

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**11/2019**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresagastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

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 *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### ARTICOLI

G.L. GATTA, <i>Sistema penale: una nuova rivista online e un rinnovato progetto scientifico e culturale (editoriale)</i> .....	5
P. PIRAS, <i>L'atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017</i> .....	11
E. DOLCINI, <i>Quale futuro per la pena carceraria?</i> .....	21
S. FINOCCHIARO, <i>La natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e il problema dell'estensione ai concorrenti: la questione rimessa alle Sezioni unite</i> .....	49
M. BARGIS, <i>L'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo fra scelte positive e lacune strutturali</i> .....	61

### ALTRI CONTRIBUTI

<i>Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale</i> .....	87
M. LUCIANI, <i>Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU</i> .....	91
S. ZIRULIA, <i>La (perenne) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro</i> .....	99
S. FINOCCHIARO, <i>Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)</i> .....	107
G. AMARELLI, <i>Mafie delocalizzate: le Sezioni unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416-bis c.p. 'non decidendo'</i> .....	114
M.C. UBIALI, <i>Le Sezioni Unite escludono la (cripto) legalizzazione dei derivati della c.d. 'cannabis light'</i> .....	123
D. ALBANESE, <i>Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34-bis, co. 6, d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione</i> .....	130
F. LAZZERI, <i>Le Sezioni unite sulla rilevanza penale della copia di atto pubblico inesistente: sussiste falso materiale in caso di "apparenza di originalità" (e anche di semplice "idoneità documentativa")</i> .....	139
A. GALLUCCIO, <i>Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato</i> ...	148
S. BERNARDI, <i>Alle Sezioni unite il compito di fare chiarezza intorno al concetto di "atti di concorrenza" nel delitto di cui all'art. 513-bis c.p. (illecita concorrenza con minaccia o violenza)</i> .....	156
P. BERNARDONI, <i>Rimessa alle Sezioni Unite una questione relativa alla compatibilità tra traffico di stupefacenti "di lieve entità" e attenuante del lucro di speciale tenuità</i> .....	162



**SISTEMA PENALE:  
UNA NUOVA RIVISTA ONLINE  
E UN RINNOVATO PROGETTO SCIENTIFICO E CULTURALE**

*Editoriale*

di Gian Luigi Gatta

Questa *Rivista* nasce, su iniziativa di un gruppo di studiosi delle scienze penalistiche e di operatori della giurisdizione, per proseguire e sviluppare, con rinnovato entusiasmo, **un'operazione scientifica e culturale** animata da molti di noi, sin dal 2010, attraverso *Diritto penale contemporaneo*. Le sollecitazioni a continuare il nostro lavoro, ricevute dalla comunità scientifica dei penalisti e dei processualpenalisti, da magistrati, avvocati, e anche da studenti universitari, sono state tali, in queste settimane, da confermarci che **l'esperienza del nostro progetto**, al quale da anni ci dedichiamo nell'ambito dell'università, **merita di essere proseguita**.

La nuova sede editoriale della nostra iniziativa è rappresentata da *Sistema penale*: una rivista *online*, **aggiornata quotidianamente** e ad **accesso libero**, edita da un'associazione senza fini di lucro, denominata "[Progetto giustizia penale](#)", nella quale sono associati alcuni professori universitari e magistrati. La stessa associazione, costituita nel 2017 per finalità scientifico-culturali, ha sede a Milano, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università Statale, ed è da allora proprietaria ed editrice di [Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale](#) (rivista scientifica classificata in classe A da ANVUR – Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca). I Colleghi e gli amici dell'associazione che edita le due riviste hanno voluto affidare a me la responsabilità della direzione di entrambe: li ringrazio pubblicamente per la fiducia, come anche ringrazio i tanti e autorevoli docenti universitari, magistrati e avvocati che hanno dato la loro disponibilità a contribuire al nostro progetto entrando a far parte della direzione, del comitato editoriale e del comitato scientifico di *Sistema penale*. Un ringraziamento personale – mia sia consentito – va in particolare a quanti hanno con me condiviso più da vicino il progetto, ora come in passato: il Cons. **Guglielmo Leo** e il Prof. **Luca Luparia**, vice direttori di *Sistema penale*.

La nostra nuova iniziativa editoriale compone e completa **un ambizioso network**, promosso dall'associazione "Progetto giustizia penale": a *Sistema penale*, rivista quotidiana che sarà fascicolata mensilmente, si affiancano [Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale](#) – alla quale saranno destinati i contributi scientifici di **maggiore approfondimento**, e [Criminal Justice Network](#), che rappresenta **la costola**

**internazionale del progetto:** un **blog** che ambisce a creare un ponte tra i penalisti di paesi diversi; uno spazio comune di discussione tra studiosi che parlano e scrivono in lingue diverse, ma che condividono un *background* culturale in larga parte comune, e che si trovano ad affrontare, ciascuno nel proprio paese ovvero su scala transnazionale, problemi analoghi.

Non ci limitiamo pertanto a presentare, oggi, una nuova *Rivista*: siamo qui a presentare e a rilanciare **un progetto più complessivo ed ambizioso, che si compone di iniziative parallele, collegate tra di loro e, idealmente, accessibili attraverso un'unica porta d'ingresso**, rappresentata, almeno per il lettore italiano, da *Sistema penale*. Nella parte bassa della *home page* è infatti presente uno spazio con i link ai siti internet di *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale* e del blog *Criminal Justice Network*. Non solo. Per favorire l'osmosi tra le diverse iniziative, nell'ambito del comune progetto, anticiperemo su *Sistema penale* alcuni dei contributi destinati a *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale* e segnaleremo nella *home page* di *Sistema penale* alcuni dei post, più interessanti per il lettore italiano, che appariranno sul blog *Criminal Justice Network*. I tre progetti (le due riviste e il blog) saranno insomma coordinati nel contesto di un progetto unitario, per realizzare il quale contiamo sulla collaborazione di un gruppo autorevole di studiosi, italiani e stranieri, nonché sulle energie fresche e sulla passione di **un gruppo di giovani**, che nelle diverse sedi universitarie coinvolte animeranno la nostra iniziativa, a partire dalla Redazione, accompagnandoci nel lavoro quotidiano e crescendo con noi e insieme a noi.

La comunicazione periodica con i lettori sarà assicurata da due diverse **newsletter** – una di *Sistema penale* e una del blog *Criminal Justice Network* – alla quale invitiamo sin d'ora a iscriversi tutti i lettori interessati.

- [clicca qui per iscriverti alla newsletter di Sistema penale](#)
- [clicca qui per iscriverti alla newsletter di Criminal Justice Network](#)

I contenuti di *Sistema penale* saranno inoltre veicolati attraverso i social network:

- [clicca qui per la pagina Facebook](#)
- [clicca qui per il profilo su Instagram](#)
- [clicca qui per il profilo su Twitter](#)
- [clicca qui per il profilo su LinkedIn](#)

Veniamo allora al nuovo nato, *Sistema penale*. La scelta del titolo della rivista può suonare *retrò*, evocando – almeno in apparenza – gli sforzi di ricostruzione del “sistema” penalistico, trasfusi in autorevoli manuali del secolo passato, in Italia (da quelli di Frosali e di Foschini a quello di Nuvolone) e in Germania (a partire dal ‘classico’ *System des Strafrechts* di Welzel).

Immediata l'obiezione: il diritto penale odierno è ben lontano, oggi, dal costituire un ‘sistema’ organico e coerente; e ogni sforzo mirante a ricostruire in via interpretativa un tale ‘sistema’ è destinato a scontrarsi con una situazione di *caotica frammentazione* della nostra materia, che ha condotto, con le parole di Giovanni Fiandaca,

alla perdita di una “razionalità sistemica unitaria”<sup>1</sup>. In un’epoca come quella attuale, in cui si assiste, come esito della legislazione delle emergenze (terrorismo, mafia, corruzione, violenza di genere, ambiente) a fenomeni di “polverizzazione del sistema” (così Francesco Palazzo<sup>2</sup>), **il concetto di sistema penale può sembrare un’anticaglia.**

E la sensazione si rafforza considerando un’altra realtà dell’universo penalistico: **la rottura degli argini tra i diversi settori dell’ordinamento giuridico nazionale e internazionale**, che ne ha reso più evanescenti i confini. Penso ad esempio, sul primo versante, ai rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo punitivo, così come alle misure di prevenzione *ante delictum*. Penso ancora, sul secondo versante, al **sistema delle fonti** che, nella prassi, è sempre più avvertito come multilivello e ha dato luogo a scenari – compreso il c.d. dialogo tra le corti nazionali e sovranazionali – letteralmente inimmaginabili, almeno per il penalista, fino a pochi anni fa.

Tuttavia, anche a fronte di una realtà come quella appena descritta, il riferimento all’idea di “sistema penale” conserva un suo significato in una differente accezione, derivata dall’**uso scientifico anglosassone**, e riferita al **“sistema istituzionale” chiamato ad applicare il diritto penale**. Un sistema complesso, che abbraccia fenomeni, attività, corpi normativi e luoghi diversi.

Ed allora, l’ambizione della nostra rivista è proprio quella di riflettere su questo intero sistema istituzionale, che si estende dall’attività di polizia, nell’immediatezza della manifestazione del reato, alle indagini, al processo, fino alla decisione sulla pena e alla relativa esecuzione.

Il titolo della nuova rivista evoca da questo punto di vista una vocazione e al tempo stesso un *commitment* che dovrebbe coinvolgere primariamente ciascuno studioso delle nostre discipline. **Occorre allargare lo sguardo ben oltre la mera e sola dimensione sostanziale o processuale della materia e guardare all’intero e più vasto orizzonte del sistema penale**, compreso ciò che sta a monte (oggetto di studio della *criminologia*, autorevolmente rappresentata nel comitato editoriale e nel comitato scientifico della nostra *Rivista*) e ciò che sta a valle (l’esclusione e il reinserimento sociale: profili troppo a lungo negletti e oggetto invece di interessanti studi in altri paesi: è il caso dei *reentry studies* di autorevoli sociologi americani<sup>3</sup>). Senza rinunciare peraltro a valorizzare la dimensione sistemica, pur nel contesto sopra evocato, in modo da fornire all’interprete una bussola utile per orientarsi in un universo penalistico in continua trasformazione, nelle cui maglie finiscono ogni giorno persone, i cui diritti fondamentali devono essere tutelati in conformità ai principi costituzionali del sistema (appunto).

È un programma culturale e scientifico che d’altra parte avevamo già fatto nostro agli albori dell’esperienza di *Diritto penale contemporaneo* e che oggi intendiamo riprendere e sviluppare in questa nuova sede. Nel 2010, in [uno dei primi editoriali di quella Rivista](#), intitolato “*L’avventura è iniziata*” e firmato dal Comitato scientifico, si leggeva quanto mi piace riportare qui testualmente, facendolo mio:

<sup>1</sup> G. FIANDACA, Prima lezione di diritto penale, Laterza, 2017, p. 186.

<sup>2</sup> F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, 2018, p. 41.

<sup>3</sup> V. ad es. B. WESTERN, *Homeward. Life in the Year after Prison*, Russel Sauge Foundation, 2018.

*Questa rivista avrà realmente un futuro se saprà porsi, nel panorama delle offerte reperibili on line, come un luogo di discussione tra i molti attori del sistema penale italiano, e tra questi attori e gli studiosi di tale sistema. Ciò comporta, anzitutto, il rifiuto di qualsiasi logica 'settoriale' che distingua – artificiosamente – tra dimensione sostanziale, processuale e criminologica dello ius criminale. Il nostro progetto nasce da un'iniziativa di un piccolo gruppo di operatori del diritto penale e di studiosi di formazione sostanzialistica – ciò che dà ragione dell'attuale composizione del comitato scientifico –; ma è, diremmo per vocazione, aperto al contributo di tutti coloro che coltivino da ogni angolo visuale le scienze penalistiche, nonché tutti gli altri settori del sapere (giuridico e non) che abbiano una qualche interferenza con il diritto penale e la sua quotidiana applicazione nelle nostre aule giudiziarie. I magistrati e gli avvocati – destinatari ed interlocutori privilegiati delle nostre discussioni – sono del resto soliti considerare il sistema penale come un corpo unico, nel quale i profili sostanziali e processuali sono inscindibilmente connessi; e sarebbe tempo, davvero, che anche gli accademici delle due discipline cominciassero a discutere e a confrontarsi in modo assai più serrato che nel passato, anche grazie a luoghi come questa rivista.*

*Sistema penale* – come è evidente – non ambisce soltanto a rappresentare **uno strumento di informazione e di aggiornamento** sulla realtà, complessa e composita, della giustizia penale, intesa in senso lato. La nostra autentica ambizione è infatti di contribuire in qualche misura a **incidere sul sistema penale nella sua dimensione concreta, favorendo il dialogo tra mondi diversi**, che si occupano della medesima realtà e che rischiano nonostante ciò di rimanere reciprocamente isolati.

Ci riferiamo anzitutto alla **dottrina** e alla **giurisprudenza**: la nostra *Rivista*, attraverso lo **studio scientifico del diritto vivente**, si propone di gettare **un ponte tra accademia e giurisprudenza**, con l'auspicio che le stesse possano trarne un beneficio reciproco: la prima, per non arroccarsi nel cielo dei concetti, per alimentarsi della straordinaria varietà dei casi che si presentano nella prassi e per **mettere i risultati della ricerca e della riflessione scientifica al servizio della giustizia penale**, nel suo svolgersi quotidiano; la seconda, per non rimanere sorda alle sollecitazioni della riflessione teorica e della ricerca in ambito penalistico, cadendo nella tentazione di trascinarsi in massime tratte, e per **elevare la qualità complessiva della giustizia penale, intesa come servizio pubblico**.

Confrontarsi con il c.d. diritto vivente, naturalmente con spirito critico, non significa affatto esaltare il c.d. formante giurisprudenziale e il ruolo del giudice, a discapito di quello della legge: è piuttosto un compito sempre più ineludibile per lo studioso delle scienze penalistiche, essendo il sistema penale foggato non solo dalla *law in the books*, ma anche e soprattutto, piaccia o meno, dalla *law in action*, che poi è quella che produce effetti sulla *vita delle persone* attratte nelle maglie della giustizia penale.

*Sistema penale* si propone inoltre quale **luogo aperto e plurale di discussione dei temi oggetto di riforme legislative**: il 'penale' è sempre più spesso al centro dell'agenda politica del Governo e del Parlamento ed è quanto mai opportuno un luogo che favorisca il dibattito sui temi all'ordine del giorno, attraverso **un confronto tra studiosi che possa risultare utile per chi è chiamato a compiere scelte di politica criminale**. Ciò implica che alla velocità dell'informazione e della riflessione si accompagni **uno stile comunicativo efficace**, in grado di poter stabilire **un dialogo con i decisori politici** così

come con il **grande pubblico** che, nelle nostre intenzioni, potrà trovare in *Sistema penale* un luogo accessibile per riflessioni, anche a caldo, sui temi dell'attualità.

Siamo convinti in altri termini che il discorso dei giuristi – degli accademici in particolare – debba e possa essere **utile**, per il diritto positivo come per il c.d. diritto vivente. Crediamo inoltre, ancor più in un'epoca come quella attuale, segnata da un populismo diffuso, che sia opportuno intraprendere **un'iniziativa culturale volta a difendere i principi, le garanzie e i diritti fondamentali in materia penale**, la cui centralità, anche nel discorso pubblico, è oggi a rischio. *Sistema penale* cercherà insomma di **far sentire la voce dei giuristi "fuori dai recinti accademici"**, secondo l'autorevole auspicio di Giovanni Fiandaca, in modo da recuperare, come professori, "un ruolo di esperti capaci di interloquire con autorevolezza e credibilità nel dibattito pubblico e da riuscire a orientare assai più di quanto non accada le scelte di politica in materia di delitti e pene"<sup>4</sup>.

\* \* \*

Un programma così ambizioso può essere attuato solo nel contesto di una rivista – e di una complessiva iniziativa editoriale – che metta a frutto la tempestività e la capacità diffusiva del mezzo di internet e si presti al tempo stesso a **livelli di lettura diversi**: dal post, al commento o alla nota a prima lettura, fino ai tradizionali articoli o note a sentenza. Il tutto senza mai rinunciare – almeno nelle nostre intenzioni – alla **qualità**, sulla quale vigileranno un comitato editoriale e un comitato scientifico che annoverano autorevolissimi studiosi, di provenienza, formazione e sensibilità diverse.

Non ci resta, dunque, che cominciare l'avventura!

---

<sup>4</sup> G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 193.



**L'ATTO MEDICO SENZA IL CONSENSO DEL PAZIENTE.  
A DIECI ANNI DALLE SEZIONI UNITE  
E DOPO LA LEGGE 219 DEL 2017**

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. Una domanda storica e una legge nuova – 2. Ambito della domanda. – 3. Giurisprudenza maggioritaria. Critica. – 4. Alternative alla giurisprudenza maggioritaria.

### **1. Una domanda storica e una legge nuova.**

Ci sono domande che affliggono e allo stesso tempo affasciano il penalista.

Una di queste è la seguente: è punibile o no l'atto medico senza il consenso del paziente?

La domanda affligge, perché è un vero e proprio rompicapo anche per il penalista più vissuto. E affascina, perché la domanda potrebbe riguardarlo personalmente, in quanto sullo sfondo c'è anche la sua salute e quella delle persone che ama.

La domanda non è nuova, anzi è una domanda storica: afflizione e fascino d'epoca.

La sana tentazione è quella di andare a vedere se il codice penale dia risposta alla domanda. È questa una tentazione che bisogna sempre assecondare, per dedizione alla legalità. Ma sappiamo già, senza aprirlo, che il codice non dà una risposta espressa a questa domanda, non prevede cioè una fattispecie incriminatrice *ad hoc*. Non solo: non dà neppure indicazioni su come poter dare una risposta.

Si sperava che un aiuto giungesse da una legge successiva. Apro un qualunque link della legge 219 del 2017, gli occhi cadono subito sul titolo: "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*". E torna la sana tentazione di verificare se il legislatore abbia dato qui risposta alla storica domanda. È ovvio che sapeva che la domanda è orfana di una risposta legislativa. Però purtroppo ha deciso di non dare risposta, deludendoci un po', ma scoraggiandoci mai. La legge 219, come si sente dire nelle aule convegnistiche, è una legge "gentile", una legge delle colombe, non prevede sanzioni penali.

Peraltro, con riferimento al consenso informato, alla legge va il merito di avere previsto:

- l'oggetto dell'informazione, cioè diagnosi, prognosi, benefici, rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, possibili alternative,

- conseguenze dell'eventuale rifiuto degli accertamenti e dei trattamenti (art. 1 III co. prima parte)
- il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, l'informazione (art. 1 III co. seconda parte)
  - il diritto di indicare familiari o una persona di fiducia quali incaricati di ricevere le informazioni e di esprimere il consenso (art. 1 III co. seconda parte)
- l'inserimento del consenso informato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (art. 1 IV co.)
- la prestazione del consenso per minori e incapaci da parte dei rappresentanti legali, salvo comunque tenere conto della volontà dei primi, in relazione al grado di maturità e capacità (art. 3)

Queste sono state le innovazioni legislative sul consenso informato.

Nulla di nuovo apporta l'enunciazione di principio posta dall'art. 1 I co. *"Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge"*.

Il principio è categorico, lapidario, perentorio. Non ammette repliche di sorta. Veniva già tratto dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e dagli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Sono disposizioni che lo stesso art. 1 della legge 219 richiama prima di enunciare il principio, forse per assicurargli un'impenetrabile corazza normativa. Ma nessuno dubitava dell'operatività del principio e d'altra parte era già contenuto, più o meno con le stesse parole, nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo.

Ma ciò che davvero interessa è quali conseguenze giuridiche si producono se il principio viene violato. E dicevamo nessuna risposta nella legge 219. Non resta che dire arivederci al legislatore. A forse mai.

## 2. Ambito della domanda.

Abbandonata dal legislatore, la domanda si è spostata sul nostro tavolo e non se ne vuole andare, resta ed è difficile, ma non può andarsene senza risposta. Ci chiede di essere adottata. Facciamolo.

Vediamo di conoscerla più da vicino. L'abbiamo formulata così: è punibile o no l'atto medico senza il consenso del paziente?

Tracciamone ora i confini.

Consenso invalido.

Per un certo verso la domanda è più ampia di quella che sembra in prima battuta. Infatti l'ipotesi della mancanza di consenso va equiparata a quella del consenso invalido, del consenso cioè mancante di suo requisito: personalità, libertà, attualità, informazione e forma scritta, se richiesta dalla legge. È fuori discussione che il consenso ci deve essere e deve essere valido, affinché l'atto medico sia scriminato. E ciò prescindere dalla controversa collocazione del consenso del paziente nel sistema delle scriminanti. Collocazione che in fondo nella pratica giudiziaria non risulta importante: quello che conta è che ci sia un consenso valido. Nelle aule giudiziarie di solito non si sente fare questioni di collocazione sistematica del consenso, se non per ragioni teatrali, in quanto tali solo battenti bandiera emotiva nella navigazione processuale.

Rifiuto del paziente.

Per altro verso la domanda risulta invece più ristretta. Sparisce veloce dal nostro tavolo se c'è il rifiuto del paziente. Infatti l'ipotesi del consenso assente o invalido va tenuta ben distinta dall'ipotesi dell'espresso rifiuto<sup>1</sup>. Possiamo chiamarlo anche aperto dissenso o manifestata opposizione, se vogliamo essere più chiari usando sinonimi.

In ipotesi di espresso rifiuto, il paziente è stato dovutamente informato e dice no alla proposta di trattamento. Corrono alla mente le parole dell'art. 32 II co. Cost. "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". In questa ipotesi la giurisprudenza asserisce la sicura punibilità del medico che procede comunque al trattamento<sup>2</sup>: di fronte al manifestato no del paziente, il medico si deve "fermare"<sup>3</sup>. La punibilità può essere affermata, secondo i casi a titolo di violenza privata (art. 610 c.p.), se il sanitario fa uso della forza fisica o morale per costringere il paziente a tollerare un certo trattamento<sup>4</sup>; sequestro di persona (art. 605 c.p.), se vi è stata privazione della libertà personale; stato d'incapacità procurato (art. 613 c.p.), se il paziente viene, ad es., posto in stato di anestesia generale<sup>5</sup>.

Nell'ipotesi di mancanza o invalidità del consenso siamo invece di fronte ad un forse: non si sa quale sia il reale volere del paziente, perché da lui non manifestato o da lui manifestato ma invalidamente. Un caso frequente è quello del c.d. viraggio chirurgico, che si ha quando nel corso di un intervento chirurgico su un paziente in stato di anestesia generale, il medico procede ad un intervento diverso, anche solo in parte, da quello per il quale ha avuto il consenso, ad es., asporta una massa tumorale, avendo avuto il consenso solo ad una laparotomia esplorativa.

La differenza fra espresso rifiuto e mancanza o invalidità del consenso riflette la ben nota differenza fra il no e il forse, la cui chiarezza affonda le radici nella nostra infanzia, quando chiedevamo un costoso arnese ludico lontani dalle feste natalizie.

Attualmente, oltre all'art. 32 II co. Cost., anche l'art. 1 V co. della già citata legge 219 attribuisce il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico

<sup>1</sup> L'esigenza di tenere separate le ipotesi è rimarcata da M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 461

<sup>2</sup> Sez. Un., 2437-09, Giulini, est. Macchia, Rv. 241752, che parla di "sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili "contro" la volontà del paziente", p. 25; prima ancora un'altrettanta risoluta presa di posizione è assunta da Sez. IV, 2453-01, Cicarelli, est. Losapio, in *Cass. pen.*, 2002, 1346, che annulla senza rinvio una sentenza che aveva ritenuto un medico responsabile per non avere violato il dissenso del paziente e reca: "Su questo aspetto della decisione di merito la Corte di legittimità non può non assumere che un atteggiamento fermo e di incondizionata ripulsa". V. anche, Sez. IV, 10626-13, Morgando, est. Piccialli; Sez. IV, 19556-13, Pace, est. Blaiotta.

<sup>3</sup> Sez. I, 26446-02, Volterrani, est. Rossi, in *Cass. pen.*, 2003, 1945, con nota G. Marra e 2659 con nota G. IADECOLA.

<sup>4</sup> Sez. 5, 38914-15, Tonchia, est. Pezzullo, Rv. 265511

<sup>5</sup> In un caso si è ritenuto in giurisprudenza configurabile il delitto di lesioni personali dolose, avendo il paziente espresso il dissenso ad un certo intervento (correzione miopia con metodo prk), al quale poi si è sottoposto comunque, essendo stato fraudolentemente carpito il consenso, perché gli si è prospettato che sarebbe stato sottoposto all'intervento che invece voleva (correzione miopia con metodo lasik): Sez. IV, 21799-10, Petretto, est. Massafra, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1321, con commento di G. IADECOLA, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente e responsabilità penale*.

o trattamento sanitario. Questa disposizione è contenuta appunto nell'art. 1, però rubricato "Consenso informato". E la disposizione è collocata quindi in casa d'altri, perché il rifiuto alle cure viene espresso una volta che l'informazione è stata data: il consenso informato è questione chiusa ormai, clinicamente e giuridicamente. Chiarezza avrebbe voluto che, anche nel testo legislativo, le ipotesi di espresso rifiuto e mancanza o invalidità del consenso fossero state separate, perché la sovrapposizione dei piani è foriera di confusioni: mentre è certa la punibilità dell'atto medico in presenza del rifiuto, rimane tutta da discutere la punibilità dell'atto medico in mancanza o invalidità del consenso.

Tenere i piani separati regala la chiarezza necessaria per escludere che l'atto medico in assenza o con consenso invalido del paziente sia punibile anch'esso a titolo di violenza privata. In ipotesi di viraggio chirurgico senza consenso, è invero presente il requisito della violenza, inteso quale uso della forza fisica *corpore corpori illata*, ma manca il requisito della costrizione, che si ha invece solo in ipotesi di manifestata contrarietà del paziente. Si ha invece un abuso, che in quanto tale è punibile solo se la legge lo prevede espressamente, come avviene, ad es., nell'art. 609 bis c.p.<sup>6</sup>

Emergenza o urgenza.

La domanda vola via discreta dal nostro tavolo, anche nell'ipotesi di atto medico svolto in emergenza o urgenza e ovviamente in assenza del consenso. Ad es., paziente emorragico a seguito d'incidente stradale, che giunge in ospedale in stato d'incoscienza e viene sottoposto ad intervento chirurgico per rendere inattivo il fronte di sanguinamento. In questa ipotesi l'atto è non punibile a prescindere dal consenso. La non punibilità viene asserita spesso richiamando l'art. 54 c.p.: lo stato necessità scriminerebbe il medico.

Tuttavia l'applicazione dell'art. 54 c.p. dovrebbe essere esclusa, dopo la legge 219, che all'art. 1 VII co. prevede: "*Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle*". L'atto medico è quindi scriminato dall'adempimento del dovere ex art. 51 c.p. Con ulteriore vantaggio clinico per il paziente: il personale sanitario "*deve*" e non solo "*può*" intervenire, come invece avviene se si ritiene operante lo stato di necessità, che solo facoltizza l'intervento. E con ulteriore vantaggio giuridico per il personale sanitario: evitare il rischio di richiesta di un indennizzo da parte del paziente, ex art. 2045 c.c., che prevede appunto la relativa azione nei confronti di chi ha commesso il fatto in stato di necessità.

Atto medico colposo.

Infine la domanda non si pone quando l'atto medico, svolto in mancanza o invalidità del consenso, è colposo. In questa ipotesi, l'atto medico è senz'altro punibile, ex artt. 43 alinea terzo c.p. e 589 o 590 c.p., a prescindere dal consenso. Ad es., nel corso di un viraggio chirurgico, vengono imperitamente lesi certi vasi del paziente, che viene perso per shock emorragico intra o post operatorio. In questa ipotesi la punibilità va appunto affermata, a prescindere dal consenso, derivando la punibilità dall'applicazione

---

<sup>6</sup> Sez. un., cit., 28

dei comuni principi di ascrizione del reato<sup>7</sup>. La funzione del consenso è infatti solo quella di scriminare la lesione ad un bene penalmente protetto, che il più delle volte è l'incolumità individuale. Non è certo quella di rendere lecita una condotta colposa.

Riassumendo, la fattispecie della quale ci occupiamo è composta da questi requisiti:

- un atto medico
- assenza di rifiuto
- assenza di emergenza o urgenza
- assenza di colpa
- assenza di consenso o presenza di consenso invalido

Vista quindi da vicino la nostra domanda suona: è punibile l'atto medico non rifiutato, non in emergenza o urgenza, non colposo e in assenza del consenso?

### 3. Giurisprudenza maggioritaria. Critica.

Sulla scia della sentenza delle Sezioni Unite, la c.d. Giulini, la giurisprudenza di legittimità maggioritaria opta per la non punibilità, dando diversa motivazione a seconda che l'atto medico abbia avuto esito fausto o infausto.

Esito fausto.

Si afferma che se l'esito è fausto il fatto non è tipico ex art. 582 c.p., perché non c'è malattia<sup>8</sup>, ma un miglioramento delle condizioni di salute<sup>9</sup>.

L'opinione si espone a una triplice critica.

Sotto il profilo letterale. Anche se l'esito è fausto, c'è pur sempre una malattia ex art. 582 c.p., cioè una significativa limitazione funzionale dell'organismo, secondo la nozione ormai unanimemente accolta in giurisprudenza<sup>10</sup>. Ad es., una resezione di 30 cm. nell'addome, per l'exeresi di tessuti neoplastici, dà luogo ad una malattia. E' vero che si tratta di una malattia iatrogena provocata "a fin di bene". Una "malattia ponte", intermedia, necessaria per guarirne un'altra, ma è comunque una malattia. Dalla ferita chirurgica bisogna pur sempre guarire, la ferita produce indiscutibilmente una significativa limitazione funzionale dell'organismo, dovuta appunto agli effetti che la ferita produce<sup>11</sup>.

Sotto il profilo teleologico. Non è la salute il bene penalmente protetto, ma l'incolumità individuale<sup>12</sup>, perché così espressamente denominato nel codice dal capo I

<sup>7</sup> Sez. 4, 28132-01, Barese, est. Brusco, Rv. 222579

<sup>8</sup> In tal senso in dottrina: A. MANNA, voce *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 1291; più di recente ID., *Medicina difensiva e diritto penale*, University Press Pisa, 2014, 18.

<sup>9</sup> V. ad es., di recente, Sez. IV, 41368-18, Bianchi, est. Bruno.

<sup>10</sup> *Ex plurimis*, Sez. 5, 54005-17, Martino, est. Riccardi, Rv. 271818; la nozione è accolta anche dalla *Giulini*.

<sup>11</sup> In tal senso e per approfondimenti v. F. VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p.*, in E. Dolcini, G. Marinucci, G. Gatta, *Codice Penale Commentato*, Wolters Kluwer, 2015, 832. Dello stesso Autore, nella stessa linea di pensiero: *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141

<sup>12</sup> Sul punto: R. BLAIOTTA, *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione*

del titolo XII *“Dei delitti contro la vita e l’incolumità individuale”*. E l’incolumità individuale viene lesa dall’atto medico arbitrario anche se l’esito è fausto. La scelta dei compilatori del codice di non riferirsi in alcun modo alla salute, è ben consapevole, se si ha a mente che il codice Zanardelli, con riguardo al delitto di lesioni personali, si riferiva invece alla salute e puniva *“Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente, è punito...”*.

Non essendo la salute, ma l’incolumità individuale il bene tutelato, risultano inutili quegli sforzi giurisprudenziali secondo i quali il fatto sarebbe inoffensivo in ipotesi di esito fausto<sup>13</sup>, perché appunto l’incolumità individuale è comunque lesa.

Sotto il profilo della determinatezza. Chi decide se c’è stato o no un miglioramento delle condizioni di salute? Il medico o il paziente? Letteratura medica alla mano, un atto medico mutilante potrebbe essere perfettamente riuscito, ma per il paziente lo stato derivatone potrebbe essere esattamente il contrario della salute. Il paziente potrebbe pensarla, eccome, diversamente. In termini congeniali al penalista: si deve apprezzare il miglioramento sul piano oggettivo o soggettivo? Ecco come testualmente cerca di risolvere il quesito la Giulini: *“... per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente”*. Come si può agevolmente notare, il quesito rimane irrisolto<sup>14</sup>: a cose fatte, cioè ad atto medico compiuto senza il consenso, se il paziente ritiene che le sue condizioni di salute non siano migliorate, l’esito è fausto o infausto?

Né di ausilio risulta la definizione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità secondo la quale *la salute non è la semplice assenza di malattia, ma uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale*. Sembra più la definizione dell’innamoramento che della salute.

Esito infausto.

Secondo la giurisprudenza nettamente maggioritaria, se l’esito è infausto c’è la malattia, perché non c’è un miglioramento delle condizioni di salute. Si ritiene tuttavia che l’atto medico non sia punibile, perché manca il dolo: il fine terapeutico esclude il dolo, perché nel medico manca la volontà di ledere. Così espressamente la giurisprudenza di legittimità *“Una finalità curativa è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni... non è possibile sostenere che il medico, il quale agisca in assenza di consenso*

terapeutica, in *Cass. pen.*, 2010, 3361

<sup>13</sup> V. Sez. IV, 34521-10, Huscher, est. Brusco, in GIUNTA E A., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011. In dottrina l’opinione è sostenuta da G.M. PALMIERI, *Trattamento medico terapeutico con esito fausto: principio di offensività ed irrilevanza penale del consenso*, in *Giust. pen.*, 2012, 55

<sup>14</sup> In giurisprudenza particolarmente chiara e critica suona: Sez. IV, 41190/12, De Bernardinis, est. Montagni, per la quale *“suscita plurimi profili di perplessità”* l’opinione sostenuta dalle Sezioni Unite e che poggia sull’esito, fausto o infausto, in quanto *“il concetto di salute e di esito più o meno fausto sortito dal trattamento chirurgico, dovrebbe necessariamente postulare anche l’apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente, il quale ben può avere, della propria salute, un’opinione affatto diversa da quella del medico”*.

*espresso del paziente, sia mosso dalla consapevole intenzione di provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa...*<sup>15</sup>.

Anche per l'ipotesi di esito fausto fiorisce una triplice critica.

Sotto il profilo del dolo. Il fine terapeutico è del tutto ignoto alla fattispecie incriminatrice, non figura fra i suoi elementi costitutivi e quindi, così facendo, si trasforma un delitto a dolo generico in un delitto a dolo specifico. Si sta in sostanza riscrivendo l'art. 582 c.p. in questi termini: *"Chiunque, a fine non terapeutico, cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente"*. In altri termini: s'introduce surrettiziamente l'*animus nocendi* fra i requisiti costitutivi della fattispecie.

Sotto il profilo della determinatezza. Quando il fine è terapeutico?

In giurisprudenza non viene data risposta a questa domanda. Si danno solo indicazioni su quando il fine non è terapeutico. Si è asserito più di una volta che il medico non agisce a scopo terapeutico e quindi versa in dolo quando provochi coscientemente un'inutile menomazione al paziente o agisce per scopi estranei alla salute del paziente, scientifici, di ricerca, di sperimentazione, dimostrativi, didattici, esibizionistici<sup>16</sup>.

Che cosa vuol dire a scopo scientifico? La medicina procede anche a questo scopo. Ricorrono al riguardo due esempi: Barnard espantò il cuore ad una paziente e lo impiantò ad un altro paziente, che sopravvisse solo per 18 giorni. Sarebbe stato punibile Barnard?

Moriz vinse il premio Nobel per la psicotomia, per la lobotomia prefrontale, che era stata praticata su decine di migliaia di psicotici. Poi ne venne provata l'inefficacia e venne bandita...

Il fine terapeutico può essere invero escluso in casi per lo più di scuola, come quello dell'urologo che si trova sotto i ferri l'amante della moglie e coglie la fortunata occasione per provocargli l'*impotentia coeundi*. O in un noto ma raro caso, nel quale si è ritenuto che l'attività medica fosse guidata dal fine economico di lucrare il rimborso dal servizio sanitario dovuto per gli interventi chirurgici<sup>17</sup>. Quando cioè il medico non lede per curare, ma lede per guadagnare.

Sotto il profilo della tutela. Il confine fra punibilità e non punibilità è in definitiva segnato dalla presenza o no del fine terapeutico. A prescindere dall'esito fausto o infausto, in presenza del fine terapeutico si ha comunque la non punibilità. In termini ancora più semplici, per la non punibilità è sufficiente provare che il fine è terapeutico e ovviamente che la condotta non è colposa. Il medico ha quindi la non punibilità garantita, se agisce a fine terapeutico e osservando le *leges artis*. Il consenso degrada ad un *optional*.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Sez. IV, 11335-08, Huscher, est. Piccialli, Rv. 238967. Nello stesso senso: Sez. V, 33136-11, Gallotti, est. Savani; Sez. V, 16678-16, Crotti, est. Settembre, Rv. 266864.

<sup>16</sup> Sez. IV, 34521-10, Huscher, est. Brusco, cit.

<sup>17</sup> Sez. I, 14776-18, Brega Massone, est. Sandrini.

<sup>18</sup> Lo si afferma a chiare lettere in un principio giurisprudenziale ormai tralaticio: *"...la valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale... non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza del consenso"*. Fra le prime sentenze: Sez. IV, 37077-08, Marazziti, est. Piccialli, Rv. 240963; ancora: Sez. IV, 43454-13, Savasta, est. Ciampi; Sez. IV, 2354-18, Huscher, est. Piccialli.

Sembra davvero insufficiente la tutela penale che viene offerta ad un diritto solennemente “consacrato” a livello costituzionale, di legge ordinaria e sovranazionale.

#### 4. Alternative alla giurisprudenza maggioritaria.

Quali alternative?

Questa domanda forse è un po’ affrettata. La fretta deriva dal fatto che le critiche che abbiamo esposto suonano fondate.

Vediamo anche gli effetti sociali che produce l’opinione maggioritaria. Sono benefici? Lo sono eccome, perché riducono la medicina difensiva: si scaccia lo spettro della responsabilità penale che aleggia sul medico in materia di consenso del paziente. Non è cosa da poco. Il medico sa che rischia solo civilmente<sup>19</sup> e deontologicamente<sup>20</sup>. E si mette a pensare di più alla salute del paziente, anziché alle sue paure. Di fronte a questo vantaggio nella pratica clinica, tutte le critiche tendono ad allontanarsi, appannarsi, svanire...

D’altra parte l’alternativa non può essere rappresentata dall’opposta opinione dell’equiparazione del bisturi al pugnale e cioè il medico che agisce senza il consenso del paziente o con consenso invalido non ha in mano un bisturi, ma appunto un pugnale. Risponde quindi di lesioni personali<sup>21</sup>: il fatto è tipico ex art. 582 c.p., doloso perché si vuole cagionare una lesione personale ed è antigiuridico perché manca o è invalido il consenso del paziente. Coerentemente si ritiene che in caso di morte del paziente, il medico debba rispondere di omicidio preterintenzionale<sup>22</sup>.

Questa opinione lega le mani al medico quando non può chiedere il consenso al paziente, ad es., nei casi di viraggio chirurgico con paziente incosciente. Pensiamo al caso di consenso prestato solo per l’escissione del colon ascendente fino alla flessura epatica, mentre poi a cielo aperto si nota l’infiltrazione neoplastica anche di parte del trasverso, con indicazione quindi all’ulteriore escissione non acconsentita. Sul colon ascendente il chirurgo avrebbe in mano un bisturi, sul trasverso un pugnale. Per non commettere il delitto di lesioni personali, escidendo la parte infiltrata del trasverso, dovrebbe attendere che il paziente recuperi coscienza e procedere ad un secondo

<sup>19</sup> Per la giurisprudenza di legittimità civile, è risarcibile il danno da lesione del diritto all’autodeterminazione in sé considerato anche in assenza di danno alla salute. Secondo una certa opinione è necessario provare l’esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla lesione del diritto (Sez. III, 10423-19, Cadoni contro Azienda Ospedaliera Brotzu, est. Guizzi, Rv. 653580). Secondo altra opinione tale prova non è necessaria, corrispondendo il danno all’ *id quod plerumque accidit* (Sez. III, 11749-18, Labruna contro Memi srl, est. Spaziani, Rv. 648644). Qualora vi sia stato un danno alla salute, si ritiene che la risarcibilità del danno sia subordinata alla prova che il paziente non si sarebbe sottoposto al trattamento, qualora fosse stato informato: v. le sentenze citate.

<sup>20</sup> L’art. 35 II co. del codice di deontologia medica prevede: “*Il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato*”.

<sup>21</sup> In quest’ordine di idee è chiarissima Sez. IV, 5976/10, Petretto, est. Marzano.

<sup>22</sup> V. la celeberrima Sez. V, 5639-92, Massimo, est. Pandolfo, Rv. 190113 e in *Cass. pen.*, 1993, 63, con nota di G. MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*.

intervento, anche quando un solo intervento è molto rischioso per la clinica scaduta del paziente. Questa conseguenza risulta per il paziente davvero indesiderata.

Fra le due opposte opinioni ce n'è tuttavia una intermedia, che non ruota intorno all'asse del fine terapeutico, ma ruota intorno all'asse dello stato di coscienza del paziente.

Paziente cosciente.

Se in questa ipotesi il paziente non viene informato, non c'è ragione alcuna per escludere l'ipotizzabilità del delitto di lesioni personali, come negli interventi chirurgici con il paziente che è in grado d'interloquire. O anche nei trattamenti farmacologici, ad es., il rischio emorragico con l'assunzione di antiaggreganti o il rischio gastrolesivo con l'assunzione di farmaci antinfiammatori non steroidei. Sempreché ovviamente ne derivi una malattia al paziente. In casi come questi il medico sa di non avere informato il paziente e versa in dolo, perché sa quali conseguenze dannose potrebbero derivare dal trattamento.

Si stigmatizzano così note prassi lassiste, date dalla firma di un modulo senza effettiva informazione<sup>23</sup>. Si sfavorisce il paternalismo medico, per il quale il medico sa quello che si deve fare, non importa che lo sappia anche il paziente. E si favorisce invece l'alleanza terapeutica, della quale l'informazione costituisce la base di edificazione.

Paziente incosciente.

In questa ipotesi, c'è da accertare se il paziente acconsentirebbe all'atto medico<sup>24</sup>. Ad es., viraggio chirurgico in laparotomia esplorativa: si trova una massa neoplastica intraddominale e la si asporta anche se prima non acconsentita, sul presupposto appunto che il paziente acconsentirebbe. La controversa questione circa l'applicabilità dell'art. 50 c.p. dovrebbe essere attualmente cessata<sup>25</sup>. Infatti, come già rilevato, l'art. 1 VII co. della 219 prevede: "*Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirlo*". L'urgenza, nel viraggio chirurgico con paziente incosciente, non pare potersi mettere in discussione. Con la conseguenza che l'atto medico è scriminato dall'adempimento del dovere ex art. 51 c.p.<sup>26</sup>.

Non così invece se si tratta d'intervento invalidante, ad es., *exenteratio* di un occhio, creazione non temporanea di ileostomia, isterosalpingectomia, amputazione di un arto ecc. In questi casi, sarà necessario attendere il risveglio del paziente e correre i rischi, a volte non pochi a causa del quadro, di un secondo intervento. L'art. 1 VII co. cit. poggia infatti sul rispetto della volontà del paziente.

---

<sup>23</sup> Prassi talvolta avallate in giurisprudenza: Sez. IV, 18180-13, Buffolano, est. Esposito; Sez. IV, 39962-13, Cosentino, est. Esposito.

<sup>24</sup> Questa opinione non risulta sostenuta in giurisprudenza. In dottrina è sostenuta da F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 13 ss., che parla di consenso presumibile.

<sup>25</sup> V. sul punto in termini generali G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Giuffrè, 2018, 289.

<sup>26</sup> Alla stessa conclusione si giunge se si aderisce all'opinione per la quale la liceità deriva "dall'oggettiva conformità della condotta all'interesse ("complessivo", tenuto conto dei dati della situazione concreta)", così testualmente M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, 539.

In estrema sintesi conclusiva, abbiamo affacciate tre risposte alla nostra domanda:

- non punibilità sempre, salvo il rarissimo caso di assenza di fine terapeutico
- punibilità sempre: il medico non ha in mano un bisturi ma un pugnale
- punibilità se il paziente è cosciente, punibilità no se il paziente è incosciente e si può presumere il consenso

Lasciamo pure i pugnali nella cucina degli ospedali, non mettiamo le manette ai medici che vogliono curare e chiediamoci: ci sta più a cuore la serenità del medico o l'autodeterminazione del paziente?

Se ci sta più a cuore la serenità del medico, che è strumentale alla cura del paziente, allora scegliamo la risposta della non punibilità, che combatte la medicina difensiva.

Se ci sta più a cuore l'autodeterminazione del paziente, scegliamo la risposta che diversifica in ragione della clinica del paziente, senza rinunciare però alla sua cura quando non può esprimersi.

La scelta finale è all'evidenza frutto di un bilanciamento di beni ed è fortemente condizionata da fattori emotivi e di vissuto personale.

Al fondo troviamo proprio questo. Ciò che ci sta più a cuore fra i beni coinvolti.

## QUALE FUTURO PER LA PENA CARCERARIA? (\*)

di Emilio Dolcini

SOMMARIO: 1. Il carcere in Italia al 30 settembre 2019. – 2. *Questa* pena carceraria a confronto con l'art. 27 co. 3 Cost. – 3. Istruzione, lavoro e religione in carcere: strumenti reali di rieducazione? – 4. Carcere e rieducazione: ulteriori profili problematici. – 5. Pena detentiva e diritti dell'uomo. – 6. La salute in carcere – 7. Conclusioni.

Per dare una risposta a questo interrogativo – un interrogativo ampiamente presente nelle riflessioni dei penalisti<sup>1</sup> –, muovo da una premessa, dedicata a tratteggiare i caratteri essenziali della pena detentiva oggi, nel nostro ordinamento; successivamente, metterò a confronto la realtà del carcere con i principi relativi alla pena enunciati nell'art. 27 co. 3 Cost.: il principio della rieducazione del condannato e il principio di umanità della pena.

### 1. Il carcere in Italia al 30 settembre 2019.

**1.1.** Al 30 settembre 2019 la *capienza regolamentare* degli istituti penitenziari italiani (in tutto, 190 istituti, inclusi quelli destinati all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive) era di 50.472 posti, un numero sostanzialmente equivalente a quello registrato alla fine dello scorso anno (50.581)<sup>2</sup>.

Rammento che il computo viene eseguito sulla base di *9 mq per singolo detenuto + 5 mq* per ogni detenuto che si aggiunge al primo. Il criterio è lo stesso utilizzato in Italia per l'abitabilità delle case civili, più favorevole per il detenuto rispetto ai *6 mq + 4* adottati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura.

---

(\*) Versione ampliata, e corredata da note bibliografiche, di una relazione presentata al Convegno "*Meriti e limiti della pena carceraria*", Università degli studi di Firenze, 11 novembre 2019. Il Convegno si inseriva in una più ampia iniziativa, intitolata "*Bisogna aver visto*", che proponeva inoltre la proiezione del film-documentario "*Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri*".

<sup>1</sup> Nella recente letteratura, cfr. F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione, Studi in onore di E. Dolcini*, 2018, t. II, p. 521 ss.

<sup>2</sup> I dati presenti nei §§ 1, 3 e 6 sono tratti dai seguenti siti internet: *www.giustizia.it* (carcere e probation; adulti in area penale esterna); *www.dat.istat.it*; *www.ristretti.it* ("*Morire di carcere*"); *www.coe.int* (Space I – 2018); *www.antigone.it*; *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*.

Secondo un filone di giurisprudenza della Corte Edu, 3 mq per detenuto sono lo spazio minimo, sotto il quale scatta una presunzione assoluta di violazione dell'art. 3 Cedu<sup>3</sup>. Secondo un diverso, successivo orientamento, si è peraltro ritenuta superabile la presunzione in considerazione di alcuni fattori compensativi, quali la durata della detenzione, i margini di libertà di circolazione fuori dalla cella, l'offerta di attività esterne e il decoro complessivo delle condizioni di detenzione<sup>4</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che i 9 mq vanno calcolati al netto degli arredi, incluso il letto<sup>5</sup>.

I *detenuti presenti* erano 60.881, con un aumento – interamente dovuto a minori uscite dal carcere – di oltre 1.200 unità rispetto al 31 dicembre 2018 (allorché i detenuti ammontavano a 59.655).

Tra il 2016 e il 2018 la popolazione carceraria italiana è aumentata del 7,5% (a fronte di una diminuzione del 4,7% dei delitti denunciati dalle forze di polizia all'autorità giudiziaria<sup>6</sup>).

La presenza di detenuti in numero eccedente la capienza regolamentare per oltre 10.400 unità comportava un *tasso di affollamento* di 120,6% (era 118% al 31 dicembre 2018).

I valori massimi – per la popolazione penitenziaria e per l'affollamento delle carceri – erano stati raggiunti nel 2010, con 68.000 detenuti presenti e un tasso di affollamento di 151%. In alcuni istituti italiani, attualmente, il tasso di affollamento sfiora peraltro il 200%: tra questi, le carceri di Como, Brescia e Taranto. Tra gli istituti che soffrono di un grave sovraffollamento, superiore a 150%, si annoverano alcune carceri di grandi dimensioni, tra le quali Regina Coeli (Roma), Le Vallette (Torino) e Sollicciano (Firenze).

Secondo le più recenti rilevazioni del Consiglio d'Europa – *Space I-2018*, diffuso a giugno 2019 –, al 31 gennaio 2018 il tasso di affollamento delle carceri italiane era di 115%. Tale valore collocava l'Italia al quarto posto per sovraffollamento carcerario tra i Paesi del COE: al primo posto la Macedonia del Nord (con 122,3 detenuti per ogni 100 posti), al secondo la Romania (120,3), al terzo la Francia (116,3).

**1.2.** Passando a considerare la composizione della popolazione carceraria, segnalò innanzitutto che, al 30 settembre 2019, gli *stranieri* erano 20.225 (un numero sostanzialmente coincidente con quello registrato a fine 2018: 20.255): si trattava, all'incirca, del 33,5% del totale. Tra i detenuti stranieri, le quote più rilevanti riguardavano, nell'ordine, marocchini, albanesi, rumeni, tunisini e nigeriani, per un totale pari al 61%.

---

<sup>3</sup> In questo senso, cfr. Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2016, Mursic c. Croazia. In questo senso v. anche Cass. Sez. VI, 9 novembre 2017, n. 53031, P., CED 271577; Cass. Sez. V, 7 giugno 2018, n. 53731, Ministero della Giustizia, CED 275407-01.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Sez. I, 26 maggio 2017, n. 41211, Gobbi, CED 271087-01.

<sup>6</sup> Il totale dei delitti denunciati è passato da 2.487.389 a 2.371.806. Gli omicidi dolosi consumati sono passati da 400 a 331, i furti da 1.346.630 a 1.192.592, le rapine da 32.918 a 28.441.

Negli ultimi dieci anni, la quota di stranieri in carcere è calata di 3,68 punti percentuali: e il calo è costante. Nel 2003 su ogni cento stranieri regolarmente presenti in Italia l'1,16% finiva in carcere, mentre oggi la percentuale è scesa a 0,36%. Sia i valori assoluti, sia, soprattutto, l'andamento nel tempo della presenza di stranieri in carcere sembrano dunque smentire la tesi, tanto propagandata nel nostro Paese, secondo cui saremmo oggi in preda ad una vera e propria emergenza, determinata dalla criminalità degli immigrati<sup>7</sup>.

Le persone che si trovavano in carcere *non* avendo riportato una *condanna definitiva* erano 19.406 (19.587 a fine 2018), dei quali 10.098 in attesa di un primo giudizio e 9.308 condannati con sentenza non definitiva; in percentuale, si trattava del 34% (il valore medio europeo, rilevato da *Space I-2018*, era 22,4%)<sup>8</sup>. I *condannati* con sentenza passata in giudicato erano 41.079 (a fine 2018, 39.738), mentre gli *internati* erano 341 (330 al 31 dicembre 2018).

Prendendo in considerazione la *pena inflitta*, rilevo che il 50% dei condannati definitivi (in valore assoluto, circa 20.000) stava scontando una pena compresa fra 3 e 10 anni. Gli ergastolani erano 1.776 (il dato è riferito al 30 giugno 2019), dei quali circa 1.200 in ergastolo 'ostativo'<sup>9</sup>. Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.<sup>10</sup> – che riguarda i condannati per i delitti *ex art. 4 bis* co. 1, se ricorrono “elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'organizzazione criminale” – al 3 gennaio 2019 si applicava a 748 detenuti<sup>11</sup>.

Quanto al livello di *istruzione* dei detenuti, premesso che la rilevazione ministeriale non copre l'intera popolazione penitenziaria, al 30 settembre 2019 risultavano: 698 laureati; 28.000 detenuti con la sola licenza elementare o la sola licenza di scuola media inferiore; oltre 1.000 analfabeti, dei quali ben 350 italiani (in Italia gli analfabeti sono lo 0,8%; in carcere la percentuale raddoppia).

---

<sup>7</sup> “Nonostante una forte retorica anti-immigrati presente in molti Paesi, nonostante le difficili condizioni sociali in cui gli immigrati vivono un po' dappertutto a causa di processi di marginalizzazione e stigmatizzazione, nonostante una minore disponibilità di strumenti di difesa legale, i numeri non sono così elevati da giustificare allarmi per la sicurezza. La criminalità straniera non costituisce l'urgenza politica e giudiziaria dell'Europa”: così P. GONNELLA, *Detenuti stranieri in Italia*, in *Antigone*, 2014, fasc. 2, p. 34.

<sup>8</sup> Sottolinea come, nel quadro di un sistema costituzionale che riconosce carattere inviolabile alla libertà personale e che considera l'imputato non colpevole sino alla condanna definitiva, si tratti di cifre preoccupanti, ancorché in calo rispetto al passato, S. MOCCIA, *Per una riforma del sistema sanzionatorio. Qualche considerazione*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, 2017, p. 415.

<sup>9</sup> Sull'ergastolo ostativo, cfr., fra molti, L. EUSEBI, *Ergastolano “non collaborante” ai sensi dell'art. 4 bis co. 1 ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1221 ss., nonché, da ultimo, E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, con prefazione di M. Palma, 2019.

<sup>10</sup> V. per tutti A. DELLA BELLA, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, 2016.

<sup>11</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, VIII ed., 2019, p. 758.

La stragrande maggioranza dei detenuti *proviene* dall'estero o dall'Italia meridionale: è vero, oggi come ieri, che "in carcere ci finisce chi arriva da situazioni di povertà economica e culturale"<sup>12</sup>, spesso da condizioni di disoccupazione<sup>13</sup>.

Gli stranieri e i detenuti provenienti dalle quattro regioni meridionali più popolate (Campania, Puglia, Sicilia e Calabria) rappresentavano il 77% del totale dei detenuti. Se si aggiungono i detenuti provenienti da Sardegna, Basilicata, Abruzzo e Molise, si supera l'80%. Tutto il resto del Paese, tendenzialmente più ricco, produce dunque il 20% della popolazione carceraria.

Nulla di nuovo, rispetto al passato, in ordine alla *tipologia dei reati* commessi (o oggetto di imputazione): prevalgono i reati contro il patrimonio (presenti nel curriculum del 55% dei detenuti al 30 giugno 2019), i reati contro la persona (40,5%) e i *reati relativi alla droga* (35%)<sup>14</sup>. Quest'ultimo dato è superiore a quello rilevato, per 2018, dal Consiglio d'Europa: secondo il Rapporto *Space I-2018*, in Italia i condannati per reati relativi alla droga erano il 31% della popolazione penitenziaria, contro una mediana europea del 16,8%.

**1.3.** Alcuni dati, da ultimo, sui *suicidi* in carcere, che traggio dalle statistiche ufficiali del Ministero della Giustizia: 39 nel 2016, 48 nel 2017, 61 nel 2018. Un crescendo davvero impressionante.

Il numero più alto di suicidi si è verificato in istituti con grave sovraffollamento: emblematico il caso di Napoli Poggioreale.

I suicidi sono equamente distribuiti tra detenuti italiani e stranieri.

Fonti diverse dalle statistiche ministeriali segnalano per il 2018 un numero di suicidi ancora più elevato: 64 secondo la Relazione 2019 al Parlamento del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà, 67 secondo il dossier "Morire di carcere" di "Ristretti orizzonti", dal quale emerge anche che tra il 2000 e il 2019 i suicidi in carcere sarebbero stati 1.088.

Il tasso di suicidi nel 2018 è stato 10,4 per 100.000 detenuti presenti; era 8,4 nel 2017 (ben al di sopra della mediana europea, di poco superiore a 7).

**1.4.** Uno sguardo, per finire, al di là delle mura del carcere: sulla c.d. *area penale esterna*, limitatamente agli adulti.

Al 15 settembre 2019 erano in corso di esecuzione 29.708 *misure alternative alla detenzione* (con un aumento di quasi 1.700 unità rispetto al 15 gennaio di quest'anno), così ripartite: in 17.865 casi si trattava dell'affidamento in prova al servizio sociale (al 15

---

<sup>12</sup> Così Numeri e criticità delle carceri italiane nell'estate 2019, 25 luglio 2019, a cura di Associazione Antigone.

<sup>13</sup> Studi condotti in vari Paesi europei mostrano infatti come il tasso di disoccupazione, prima dell'ingresso in carcere, tra i detenuti superi costantemente e di gran lunga il tasso di disoccupazione del Paese. Cfr. E. KALICA, *Lavorare per lavorare: quando il lavoro in carcere non reinserisce*, in *Antigone*, 2014, fasc. 2, p. 206 s.

<sup>14</sup> "Come di consueto, la repressione finisce per orientarsi verso le fasce di marginalità via via emergenti: gli 'oziosi' e i 'vagabondi' attualmente sono i tossicodipendenti e gli immigrati, preferibilmente di colore": così S. MOCCIA, *Per una riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 416.

gennaio 2019: 16.608), in 10.824 casi della detenzione domiciliare (al 15 gennaio 2019: 10.575), in 1.019 casi della semilibertà (al 15 gennaio 2019: 885).

Alla costante, impetuosa crescita delle misure alternative (e soprattutto dell'affidamento in prova) si contrappone la lenta agonia delle *pene sostitutive* (diverse dalla pena pecuniaria) della l. 24 novembre 1981, n. 689: i numeri della libertà controllata erano scesi a 104 (da 153 a gennaio), quelli della semidetenzione addirittura a 2 (da 9 a gennaio). In totale, le sanzioni in corso di esecuzione ammontavano dunque a 106.

Ben diverso il quadro offerto dal *lavoro di pubblica utilità*, sanzione sostitutiva sia della pena detentiva, sia della pena pecuniaria per la guida in stato di ebbrezza o sotto l'azione di sostanze stupefacenti (a norma degli artt. 186 co. 9 *bis* e 187 co. 8 *bis* cod. strada) o per reati di droga di lieve entità, quando l'autore sia tossicodipendente (art. 73 co. 5 *bis* T.u. stup.). Il lavoro di pubblica utilità per reati relativi alla circolazione stradale era in corso di esecuzione nei confronti di 7.868 condannati, per reati di droga nei confronti di 565 condannati. In totale il lavoro di pubblica utilità interessava dunque 8.433 soggetti, in forte aumento rispetto a inizio anno, quando le applicazioni erano 7.583.

La crescita più imponente riguardava però la *sospensione del procedimento con messa alla prova*, che, muovendo dalle 15.171 applicazioni registrate a gennaio di quest'anno, ha raggiunto a settembre quota 17.448, quasi eguagliando i numeri dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Sostanzialmente stabile, invece, il numero di applicazioni in corso della *libertà vigilata*: era pari a 4.098 al 15 settembre, con una modesta variazione rispetto a gennaio (4.030).

Il *totale* dei soggetti collocati nell'area penale esterna ammontava a 59.793 unità, contro 55.014 unità a inizio anno: numeri non lontani – inferiori soltanto di un migliaio di unità – da quelli della popolazione penitenziaria.

## 2. Questa pena carceraria a confronto con l'art. 27 co. 3 Cost.

Delineato un sommario quadro del carcere oggi, in Italia, mi pongo dall'angolo visuale dell'art. 27 co. 3 Cost.: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

Due principi – quello di umanità della pena e quello della rieducazione del condannato – che si intrecciano nell'art. 27 co. 3 Cost.<sup>15</sup>, nell'art. 3 Cedu (non nella lettera

---

<sup>15</sup> All'interno della disposizione costituzionale, la Corte costituzionale ha sottolineato da tempo come le due proposizioni siano "congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato infatti un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza": così Corte cost. 4 febbraio 1966, n. 12. In dottrina, cfr. A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Dolcini*, cit., t. II, p. 784, nonché E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 23 ss.

di questa disposizione, ma nell'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo<sup>16</sup>), e, ancora, nella legge sull'ordinamento penitenziario; quest'ultima, all'art. 1, nella versione del 2018<sup>17</sup>, sotto la rubrica "Trattamento e rieducazione", recita al co. 1: "Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona" e esplicita al co. 2 che "il trattamento... tende al reinserimento sociale".

### 3. Istruzione, lavoro e religione in carcere: strumenti reali di rieducazione?

**3.1.** Prendo in considerazione, in primo luogo, il principio della *rieducazione del condannato*, la più penetrante e impegnativa indicazione costituzionale relativa alla pena.

Nella legge sull'ordinamento penitenziario, accanto alle disposizioni dell'art. 1 alle quali ho appena fatto riferimento, va richiamato preliminarmente l'art. 15, che elenca una serie di "elementi del trattamento": lavoro, istruzione e religione – le "tre medicine" che in passato esaurivano le componenti del trattamento<sup>18</sup> – e inoltre una serie di 'nuovi' strumenti, non meno importanti dei primi: attività culturali, ricreative, sportive; contatti con il mondo esterno; rapporti con la famiglia.

Mi concentrerò sui 'vecchi' strumenti di rieducazione; lo farò, ancora una volta, con una spiccata attenzione alla prassi.

**3.2.1.** Nella legge n. 354 del 1975, il tema dell'*istruzione* è affrontato all'art. 19, da ultimo modificato nel 2018. La disposizione prevede – in forma vincolante per l'amministrazione – l'istituzione negli stabilimenti penitenziari di corsi della scuola dell'obbligo, tenuti ad adottare i comuni programmi ministeriali, e di corsi di formazione professionale; stabilisce che possano essere istituite scuole di istruzione secondaria di secondo grado (ciò che si realizza, secondo quanto stabilito dall'art. 43 co. 1 reg. esec., attraverso la creazione di succursali di scuole 'esterne'); richiama ad una "speciale attenzione all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali"; quanto agli studi universitari, prevede che ne siano "agevolati la frequenza e il compimento, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie".

---

<sup>16</sup> Cfr. da ultimo Corte Edu, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia. Per una sottolineatura di questo aspetto nella motivazione della sentenza, cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 925 ss.

<sup>17</sup> Il riferimento è al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, emanato in attuazione di una delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. legge Orlando). In proposito, nonché in relazione al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, v. per tutti A. DELLA BELLA, [Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018.

<sup>18</sup> Cfr. E. FASSONE, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1981, p. 133, nonché M. COSTANTINO, A. BERNASCONI, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6° ed., 2019, sub art. 15, p. 210.

Diversamente da quanto accadeva in passato, l'istruzione – in tutte le sue forme – è oggi oggetto non di un obbligo per il detenuto, bensì di un'offerta da parte dell'amministrazione, che il detenuto è libero di accogliere o meno<sup>19</sup>.

### 3.2.2. Alcuni dati relativi alla *prassi*.

Gli *iscritti a corsi scolastici* (inclusi i corsi della scuola dell'obbligo) a fine 2018 erano oltre 20.000 (34,6% dei presenti), in sensibile aumento rispetto all'anno precedente. La quota di stranieri superava il 50%.

Quanto alla *scuola secondaria di secondo grado*, nel 2018 i *corsi attivati* erano in numero prossimo a 700, con netta prevalenza dei corsi di istituti professionali e tecnici (tra i licei, prevaleva il liceo artistico). In alcuni istituti penitenziari (Pordenone, Lucca, Brindisi) non era attivo nessun corso. Oltre 3.500 detenuti erano *iscritti* a corsi di istituti tecnici, oltre 3.000 a corsi di istituti professionali, meno di 1.000 a corsi liceali: in totale, gli iscritti erano circa 7.500 (pari a circa il 12% della popolazione penitenziaria). I *promossi* sono stati circa 1.800 nei corsi di istituti tecnici, circa 1.600 in quelli di istituti professionali, circa 500 nei corsi liceali: il totale dei promossi ammonta a circa 4.000 (pari a oltre il 50% degli iscritti).

Venendo agli *studi universitari*, ad aprile 2018 erano 29 le università impegnate in attività di formazione in carcere: tra queste, alcune grandi università pubbliche come quelle di Torino, Milano (Statale e Bicocca), Firenze, Pisa, Roma (Sapienza, Tor Vergata, Roma 3) e Napoli (Federico II e Vanvitelli).

La possibilità di compiere studi universitari o comunque di avvalersi di attività di formazione universitaria in carcere riguarda in misura prevalente chi si trova in istituti penitenziari collocati in città universitarie; tuttavia, l'offerta si allarga talora oltre i confini cittadini: ad esempio, l'Università di Firenze opera anche a Prato, a Porto Azzurro e a San Gimignano; l'Università di Sassari ad Alghero, a Tempo Pausania e a Nuoro.

Gli *iscritti all'Università* al 31 dicembre 2018 erano 714, con un notevole incremento rispetto all'anno precedente, quando gli iscritti erano 499. Il dato è andato crescendo nel corso degli ultimi anni.

Nel 2018 hanno conseguito una laurea 28 detenuti.

**3.2.3.** Un cenno, per concludere, a un tema – quello dell'*informazione* –, a mio avviso strettamente correlato a quello dell'istruzione.

Il tema dell'informazione è affrontato dalla legge penitenziaria all'art. 18, accanto a quello dei colloqui e della corrispondenza. Nella versione originaria, la disciplina dell'informazione si esauriva in questi termini (si tratta dell'attuale co. 8): "I detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione".

Tale disposizione si completa ora – per effetto del d.lgs. 123/2018 – con quanto previsto nei commi 9 e 10, dove si stabilisce, fra l'altro, che "ogni detenuto ha diritto a

---

<sup>19</sup> Cfr. ancora E. FASSONE, *Religione e istruzione nel quadro del trattamento*, cit., p. 133 ss.

una libera informazione” e che “l’informazione è garantita per mezzo dell’accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento”.

Attualmente il mezzo di informazione più utilizzato rimane la televisione, attraverso apparecchi forniti dall’amministrazione<sup>20</sup>. È forte, peraltro, la domanda di accesso a internet<sup>21</sup>; a partire dal 2015, l’amministrazione autorizza l’accesso “nelle sale comuni dedicate alle attività trattamentali, collocate di regola nei circuiti a custodia attenuata e media sicurezza”, limitatamente a un numero chiuso di siti, raggiungibili attraverso una rete separata rispetto a quella dell’istituto<sup>22</sup>. Di fatto, tuttavia, l’accesso a internet da parte dei detenuti è totalmente escluso nell’81,3% delle carceri visitate nel 2019 dall’Associazione Antigone.

**3.3.1.** Della complessa normativa che la legge sull’ordinamento penitenziario dedica al *lavoro* (artt. 20-25 *ter*), fermo l’attenzione su due aspetti.

Il primo riguarda l’impegno assunto dal legislatore del 1975 a rimodellare il lavoro penitenziario in funzione del *reinserimento sociale* del condannato: “L’organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale” (art. 20 co. 3 ord. penit.)<sup>23</sup>.

Il secondo aspetto riguarda alcune innovazioni introdotte nel 2018 dalla riforma penitenziaria Conte-Bonafede (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, che in questa materia ha accolto una parte significativa delle indicazioni della Commissione Giostra<sup>24</sup>): tra l’altro, ha abolito il carattere obbligatorio del lavoro dei detenuti, oggetto in passato di una disposizione molto controversa<sup>25</sup>, e ha configurato il lavoro di pubblica utilità, volontario e gratuito (introdotto nel 2013 come modalità del lavoro all’esterno), come elemento del trattamento rieducativo. Il lavoro di pubblica utilità può ora svolgersi, pertanto, non solo all’esterno, ma anche all’interno del carcere, secondo quanto espressamente prevede

<sup>20</sup> Sulle modalità di utilizzo degli apparecchi televisivi negli istituti penitenziari, cfr. M. RUARO, C. SANTINELLI, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., sub art. 18, p. 270 s.

<sup>21</sup> Cfr., anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu, D. GALLIANI, [Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017.

<sup>22</sup> Cfr. M. RUARO, C. SANTINELLI, *op. cit.*, p. 271.

<sup>23</sup> Cfr. anche *Regole penitenziarie europee*, Allegato alla Raccomandazione R(2006)2, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa l’11 gennaio 2006, reg. 26.7: “L’organizzazione e le modalità di lavoro negli istituti penitenziari devono avvicinarsi, per quanto possibile, a quelle che regolano un lavoro analogo all’esterno, al fine di preparare i detenuti alle condizioni della vita professionale normale”. Il testo delle Regole penitenziarie europee è reperibile, fra l’altro, in [www.rassegnapenitenziaria.it](#). e in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 1491 ss. Un’analoga disposizione (reg. 99.1) è contenuta nelle *Regole delle Nazioni Unite sullo standard minimo per il trattamento dei prigionieri (Regole Mandela)*, adottate il 22 maggio 2015, il cui testo è reperibile in [www.antigone.it](#). Nello stesso senso v. già *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, adottate dalle Nazioni Unite il 30 agosto 1955, reg. 72.1.

<sup>24</sup> La Commissione, istituita con d.m. 19 luglio 2017, ha prodotto il Progetto di riforma penitenziaria pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018. V. anche, ora, Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, 2019.

<sup>25</sup> Cfr. G. SANTALUCIA, M. R. MARCHETTI, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., sub art. 20, p. 323 s. (e ivi ampia bibliografia).

l'art. 20 *ter* co. 2 ord. penit. A norma del 'nuovo' art. 22 ord. penit., la remunerazione di detenuti e internati viene ora determinata in misura fissa, pari a due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi: una disposizione che nasce da un'esigenza di semplificazione delle procedure, mirante ad evitare ritardi nell'adempimento degli obblighi retributivi da parte dell'amministrazione<sup>26</sup>.

**3.3.2.** Al 31 dicembre 2018 su quasi 60.000 detenuti, i *lavoranti* erano 17.614, dei quali 6.373 stranieri e 809 donne. In controtendenza rispetto al decennio precedente, la quota di detenuti lavoranti è diminuita rispetto al 2017: è passata dal 32% al 29,5%.

La stragrande maggioranza dei detenuti lavoranti prestava la propria attività per la stessa Amministrazione penitenziaria. Lavoravano alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria 15.228 detenuti (86,5%), dei quali circa 12.500 impiegati nei servizi interni. In 17 istituti (pari al 20%) nessun detenuto lavorava alle dipendenze di soggetti diversi dall'amministrazione.

Anche i *corsi di formazione professionale* in istituto erano in calo (ciò che riflette un calo delle risorse). I corsi più frequentati erano quelli di cucina e ristorazione (17%).

Come segnalato dalla Relazione al Parlamento sul lavoro penitenziario presentata dal Ministro della Giustizia il 23 aprile 2019<sup>27</sup>, nell'ottobre del 2017 le *retribuzioni* dei detenuti lavoranti, ferme dal 1994, sono state adeguate ai rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro: l'aumento medio delle retribuzioni è stato di circa l'80%.

Quanto all'impiego di detenuti in *lavoro di pubblica utilità all'esterno del carcere*, in attuazione di un accordo tra il Ministero della Giustizia e l'amministrazione comunale di Roma, nel 2018 sono stati avviati interventi di manutenzione del verde pubblico. Inoltre, attraverso il progetto "Mi riscatto per Roma" si mira ad estendere l'attività volontaria dei detenuti alla riqualificazione delle strade urbane. Questa sperimentazione dovrebbe essere replicata a Milano, Napoli e Palermo<sup>28</sup>.

**3.4.1.** Come già detto, l'art. 15 ord. penit. annovera – tuttora – la *religione* tra gli "elementi del trattamento", un elemento la cui presenza in concreto è ora rimessa ad una libera scelta del detenuto.

Il regolamento penitenziario del 1931 faceva obbligo al detenuto di partecipare alle pratiche religiose cattoliche in carcere, un obbligo derogabile solo su istanza dell'interessato: al fondo, l'idea che la mancanza di religiosità (quanto meno, in relazione alla religione cattolica) fosse causa di comportamenti criminali. Oggi si tratta, invece, del

---

<sup>26</sup> Così, in proposito, la Relazione della Commissione Giostra, *sub* art. 22, p. 171: "L'intervento normativo è finalizzato a semplificare la determinazione della remunerazione spettante ai detenuti ed agli internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, evitando, in particolare, che i ritardi della Commissione prevista dalla vigente formulazione dell'art. 22 ord. penit. possano determinare inadempimenti parziali all'obbligo retributivo che grava sull'amministrazione penitenziaria".

<sup>27</sup> *Relazione sull'attuazione delle disposizioni di legge relative al lavoro dei detenuti* (Anno 2018), p. 4, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>28</sup> *Relazione*, cit., p. 8.

riconoscimento di un *diritto di libertà* – garantito dagli artt. 8 e 19 Cost., oltre che dall’art. 9 CEDU –, il cui esercizio può favorire, agli occhi del legislatore, un processo di reinserimento sociale. In effetti, a norma dell’art. 26 ord. penit., “i detenuti e gli internati hanno libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto”.

La normativa vigente riflette un’attenzione agli atei e a chi professa una religione diversa da quella cattolica sconosciuta al passato<sup>29</sup>, senza peraltro approdare ad un regime di garanzia comune per chi professa la religione cattolica e chi professa un’altra religione<sup>30</sup>.

Secondo l’art. 26 co. 1 ord. penit., “negli istituti è assicurata la celebrazione dei riti del culto cattolico”, mentre il co. 2 dispone che “a ciascun istituto” sia “addetto almeno un cappellano”. Quanto alle religioni diverse da quella cattolica, si prevede soltanto che gli appartenenti a tali religioni “hanno diritto di ricevere, su loro richiesta, l’assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti” (art. 26 co. 3 ord. penit.). I ministri delle confessioni non cattoliche accedono agli istituti – con l’autorizzazione del direttore dell’istituto, richiesta peraltro anche per i ministri del culto cattolico (art. 67 co. 4 ord. penit.) – in virtù di apposite convenzioni o in quanto volontari, senza alcuna remunerazione. Per le confessioni religiose che non hanno stipulato alcuna convenzione con lo Stato, l’accesso alle carceri dei ministri di culto può avvenire per effetto dell’art. 17 ord. penit., quale forma di “partecipazione della comunità esterna all’azione rieducativa”<sup>31</sup>.

Correlato con il riconoscimento della libertà religiosa in carcere è la garanzia per i detenuti di un’alimentazione rispettosa del loro credo: dispone in questo senso l’art. 9 co. 1 pt. II ord. penit., nel quale compare peraltro una clausola – “ove possibile” – che intacca seriamente l’effettività della garanzia<sup>32</sup>.

### 3.4.2. Quale lo *status* di attuazione di questa normativa?

---

<sup>29</sup> Cfr. F. SIRACUSANO, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., sub art. 26, p. 374 e p. 376.

<sup>30</sup> Evidenziano gli elementi di disuguaglianza nelle modalità di esercizio della libertà religiosa stabilite dalla l. 354/1975, D. MILANI, A. NEGRI, *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza: la prevenzione della radicalizzazione jihadista in fase di esecuzione della pena*, in *www.statoecliese.it*, n. 23/2018, p. 4.

<sup>31</sup> Per una denuncia dello stato di confusione generato da questa normativa, cfr. F. SCIOTTO, *Il carcere è un luogo di pluralismo religioso?*, in *Antigone*, 2014, fasc. 2, p. 77 ss., in particolare p. 79.

<sup>32</sup> Nulla di simile, invece, nelle *Regole penitenziarie europee*: “I detenuti devono beneficiare di un regime alimentare che tenga conto del loro sesso, della loro età, del loro stato di salute, della loro religione, della loro cultura e della natura del loro lavoro” (reg. 22.1) (corsivi aggiunti). Sui problemi economici e organizzativi che hanno indotto il Consiglio di Stato francese a non consentire la previsione regolare di un menu con carne *halal* in stabilimenti penitenziari francesi, cfr. S. MONDINO, *La scelta del cibo in carcere come esercizio del proprio diritto alla libertà di religione? Alcune riflessioni a partire da una decisione storica del Consiglio di Stato francese*, in *Antigone*, 2014, fasc. 2, p. 81 ss.: l’A. sottolinea, d’altra parte, alcune ragioni che renderebbero meno problematica in Italia la predisposizione di cibo conforme alle regole religiose per i detenuti di religione islamica.

In tutti gli istituti è presente una cappella dedicata al culto cattolico.

Nel 22% degli istituti visitati nel 2018 dalla Associazione Antigone non esistevano spazi dedicati ai culti non cattolici.

Nel 13% degli istituti non c'era alcun ministro di culti diversi da quello cattolico.

Nel 10,5% degli istituti non era assicurato un menu apposito per i detenuti musulmani, che rappresentano la componente più rilevante di quanti, nelle carceri italiane, praticano una religione diversa da quella cattolica<sup>33</sup>.

3.5. Il *quadro complessivo*, relativo a istruzione, lavoro e religione in carcere, presenta luci ed ombre.

Quanto all'*istruzione*, faccio mio un titolo presente nel Rapporto Antigone 2019<sup>34</sup>: "La scuola in carcere piace. Evidentemente l'offerta di istruzione incontra i bisogni dei detenuti italiani".

In relazione al *lavoro*, la situazione, invece, non è per nulla confortante: pur tenendo conto dell'elevato tasso di disoccupazione che caratterizza il nostro Paese, a confronto con la media europea (il dato italiano di luglio 2019 era del 9,5%, a fronte di una media europea del 6,2%), al carcere non possono riconoscersi 'meriti' significativi<sup>35</sup>. La quota di detenuti lavoratori è molto bassa, e tende a ridursi progressivamente. Soprattutto la tipologia delle attività lavorative svolte appare del tutto inadeguata rispetto agli obiettivi di inserimento nel mondo del lavoro all'esterno del carcere<sup>36</sup>.

La *religione* riveste un ruolo minore nel trattamento rieducativo, e comunque qualitativamente diverso rispetto al passato. Quanto alla religione islamica, va dato atto al legislatore della necessità di confrontarsi con il rischio di radicalizzazione ideologica dei detenuti<sup>37</sup>. Condizione essenziale per il contenimento di tale rischio è quella di "stemperare il senso di isolamento ed emarginazione" di cui soffrono i detenuti provenienti da Paesi tradizionalmente musulmani<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Sulla quota di osservanti tra i detenuti provenienti da Paesi di tradizione islamica, cfr. S. MONDINO, *La scelta del cibo in carcere come esercizio del proprio diritto alla libertà di religione?*, cit., p. 88.

<sup>34</sup> Così *I numeri dell'istruzione*, in *Il carcere secondo la Costituzione – XV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di Associazione Antigone*, 2019.

<sup>35</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *La storia infinita del non lavoro carcerario*, in *Antigone*, 2015, fasc. 1, p. 21 ss.

<sup>36</sup> Sulla situazione altrettanto insoddisfacente del lavoro penitenziario in Europa, cfr. E. KALICA, *Lavorare per lavorare*, cit., p. 208 ss.

<sup>37</sup> In proposito, in dottrina, oltre a D. MILANI, A. NEGRI, *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza*, cit., cfr. F. FRONZONI, *L'Islam nel circuito penitenziario e la prevenzione della radicalizzazione violenta e del proselitismo. Profili comparatistici*, in *Diritto e religioni*, 2016, fasc. 2, p. 290 ss., nonché S. MONDINO, *Un sottile confine tra esercizio della libertà religiosa e indicatori di radicalizzazione in carcere?*, in *Antigone*, 2017, fasc. 1, p. 93 ss.

<sup>38</sup> Così *Stati generali dell'esecuzione penale*, Relazione finale, pt. III, 5.4. V. inoltre E. NANNI, *L'Islam in carcere*, all. 7 alla Relazione del Tavolo 7.

#### 4. Carcere e rieducazione: ulteriori profili problematici.

4.1. Il tema dei ‘meriti’ della pena carceraria sul piano della rieducazione non può peraltro esaurirsi in una ricognizione sugli elementi del trattamento, tanto meno in una ricognizione parziale, concentrata su alcuni elementi. Ciò che è possibile a questo punto della nostra riflessione è soltanto la formulazione di *ipotesi circa gli effetti reali del carcere*: soprattutto si possono individuare alcuni nodi problematici, sui quali si dovrebbe agire in vista di risultati migliori per il futuro. Va detto, peraltro, per inciso, che allo stato non è possibile formulare un bilancio sugli effetti che gli interventi del legislatore delegato del 2018 producono sul lavoro penitenziario.

4.2. Accenno, per flash, ad alcune ulteriori sfaccettature del tema ‘carcere e rieducazione’.

Prima ancora delle molteplici difficoltà che il carcere incontra nel promuovere un positivo reinserimento sociale del condannato, bisogna fare i conti con la connaturata tendenza della pena detentiva – in quanto pena che estirpa il condannato dal contesto sociale – a produrre effetti antitetici a quelli attesi dalla Costituzione: tendenzialmente il carcere *desocializza*, rischia cioè di restituire alla società libera una persona che incontrerà difficoltà di inserimento più gravi di quelle che incontrava prima dell’impatto con il carcere<sup>39</sup>.

4.3. Un legislatore consapevole di questo rischio dovrebbe in primo luogo fare ricorso alla pena detentiva soltanto entro limiti di *stretta necessità*.

Nelle *comminatorie legali* la pena detentiva dovrebbe essere riservata – soprattutto quando sia prevista come unica pena principale – a reati di rilevante gravità: la pena detentiva, dunque, come *extrema ratio* rispetto ad ogni altra tipologia sanzionatoria<sup>40</sup>. Con buona pace di chi, oggi, invoca il carcere sempre e dovunque, come panacea del problema criminalità, come insostituibile garanzia di sicurezza nella vita civile.

Nel *corso dell’esecuzione* la pena detentiva dovrebbe poi aprirsi verso l’esterno, in ragione degli eventuali progressi compiuti dal condannato lungo un percorso di rieducazione. Una pena detentiva che argini i rischi di desocializzazione, e che possa quindi aspirare (anche) a produrre positivi effetti di risocializzazione, deve essere una *pena flessibile*<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> In proposito, mi sembrano ancora attuali le osservazioni contenute in E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, p. 193 ss. Più di recente, v. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L’individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, 2010, p. 246 ss. (e ivi ampia bibliografia). Sull’“intensa carica criminogena” spesso presente nel carcere, cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Sicurezza collettiva, opzione carceraria, modelli alternativi di giustizia*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., p. 296.

<sup>40</sup> Cfr., fra molti, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., p. 9 (e bibliografia ivi citata).

<sup>41</sup> In dottrina, v. per tutti M. PELISSERO, *Le metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Dolcini*, cit., t. I, p. 339 ss.

È questo il modello adottato, in linea di principio, dall'attuale legislazione penitenziaria, che la riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103), attraverso una delega al Governo, mirava a migliorare in alcuni punti critici<sup>42</sup>, secondo linee che non hanno però trovato accoglimento da parte del legislatore delegato<sup>43</sup>, interprete fedele, in quella fase politica, dell'auspicio, ricorrente nel discorso pubblico, di pene immodificabili *in itinere* (parola d'ordine: "in galera tutti i delinquenti e buttiamo la chiave!")<sup>44</sup>.

Ricordo che la Corte costituzionale individua invece nella « progressività trattamentale e flessibilità della pena » una diretta « attuazione del canone costituzionale » della rieducazione del condannato<sup>45</sup>.

4.4. D'altra parte, i rischi di desocializzazione in carcere sono tanto più marcati quanto più il carcere ostacola i *rapporti del detenuto con la famiglia*.

Decisivi, sotto questo profilo, il regime dei *colloqui* (art. 18 ord. penit.), e in genere delle comunicazioni con i famigliari; il regime dei *permessi* (artt. 30-30 *quater* ord. penit.); e, ancora, la collocazione del detenuto in un *istituto prossimo alla residenza della famiglia* (artt. 14 co. 1 e 42 co. 2 ord. penit., nella versione del d.lgs. n. 123/2018): un complesso di disposizioni tese ad attuare l'indicazione di principio contenuta nell'art. 28 ord. penit., che, sotto la rubrica "rapporti con la famiglia", impegna le istituzioni a dedicare "particolare cura a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie".

Va sottolineato che il testo e la rubrica dell'art. 28 non sono stati modificati dal legislatore del 2018, che ha largamente ignorato la delega Orlando su un punto, a mio avviso, di grande rilievo sia in relazione ai rischi di desocializzazione in carcere, sia all'esigenza di garantire i diritti fondamentali del detenuto: mi riferisco all'*affettività* in carcere (art. 1 co. 85, lett. n)<sup>46</sup>, a proposito della quale la riforma si è limitata a prevedere che i "locali destinati ai colloqui con i familiari" favoriscano, "ove possibile, una dimensione riservata del colloquio" (art. 18 co. 4 ord. penit.).

La Commissione Giostra proponeva di inserire un riferimento all'affettività già nella rubrica dell'art. 28, mentre per il testo della disposizione prevedeva un nuovo comma, del seguente tenore: "È riconosciuto a tutte le persone detenute ed internate il

<sup>42</sup> Cfr. G. GIOSTRA, [La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 123; E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, ivi, 2018, fasc. 2, p. 178 ss.

<sup>43</sup> Cfr. E. DOLCINI, [Carcere: problemi vecchi e nuovi](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2018.

<sup>44</sup> In proposito, può vedersi E. DOLCINI, [A proposito di "leggi svuotacarceri"](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 3, p. 225 ss.

<sup>45</sup> Così Corte cost. 21 giugno 2018, n. 149, punto 5 del *Considerato in diritto*, con richiami alla precedente giurisprudenza della Corte. In dottrina, in questo senso M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 263.

<sup>46</sup> V. soprattutto AA.VV., *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, fasc. 2bis, con contributi, fra gli altri, di A. PUGIOTTO, *La castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, e di M.E. SALERNO, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*.

diritto di intrattenere relazioni affettive. Il convivente è equiparato al coniuge e alla parte dell'unione civile<sup>47</sup>.

In tema di assegnazione e di trasferimenti dei detenuti, la riforma penitenziaria del 2018 ha invece recepito quasi integralmente le proposte della Commissione Giostra, che così si esprimeva nella Relazione illustrativa, *sub* art. 14: "L'assegnazione in luoghi lontani (quando subita) è uno dei principali elementi di ostacolo ai contatti con la famiglia...; spesso i trasferimenti repentini interrompono percorsi intrapresi e sono anche una delle cause ricorrenti di tentativi di suicidio"<sup>48</sup>.

4.5. Un carcere che aspiri a promuovere il reinserimento sociale del detenuto deve riprodurre, fin dove possibile, le condizioni di vita nella società libera. Un aiuto al reinserimento sociale non può infatti realizzarsi in condizioni in cui nulla sia rimesso alle scelte e alla responsabilità individuale, dove tutto sia predeterminato e imposto dall'alto<sup>49</sup>. Ne segue, fra l'altro, che la c.d. *sorveglianza dinamica* debba ritenersi strettamente correlata all'idea di rieducazione<sup>50</sup>.

Anche quello della sorveglianza dinamica, peraltro, rappresenta oggi un punto critico nel nostro sistema penitenziario, come hanno evidenziato da ultimo le «*Linee programmatiche*» dettate dal Capo Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria in una circolare del 5 dicembre 2018<sup>51</sup>: quelle linee programmatiche segnano infatti un vistoso arretramento – forse, una 'conversione a u' – rispetto a precedenti circolari (in particolare, la circolare 24 novembre 2011 n. 445330 e la circolare 13 luglio 2013 n. 251644) che disponevano l'introduzione della sorveglianza dinamica negli istituti a custodia attenuata e in quelli di media sicurezza, con possibilità di estensione ad altri istituti, ad eccezione dei reparti di alta sicurezza.

4.6. Ho accennato, incidentalmente, alla presenza nel nostro ordinamento, a partire dal 1993 (circolare DAP 21 aprile 1993 n. 3359/5808), di *circuiti penitenziari differenziati*<sup>52</sup> (attualmente: circuiti a custodia attenuata, a media sicurezza e ad alta

<sup>47</sup> Cfr. Commissione Giostra, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, cit., p. 178.

<sup>48</sup> Cfr. Commissione Giostra, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, cit., p. 132.

<sup>49</sup> In questo senso, efficacemente, da ultimo, M. BORTOLATO, *Rieducare una persona tenendola chiusa fino all'ultimo giorno in carcere?*, in *Ristretti orizzonti*, 2019, fasc. 2, [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it).

<sup>50</sup> La sorveglianza dinamica comporta "l'apertura delle celle per i soggetti detenuti in media e bassa sicurezza per almeno 8 ore al giorno e fino a un massimo di 14, la possibilità per gli stessi di muoversi all'interno della propria sezione e eventualmente all'infuori di essa e di usufruire di spazi più ampi per le attività, e il contestuale mutamento della modalità operativa in sezione della Polizia penitenziaria, non più chiamata ad attuare un controllo statico sulla popolazione detenuta, ma piuttosto un controllo incentrato sulla conoscenza e l'osservazione della persona detenuta che presuppone libertà di movimento dei detenuti nelle ore diurne all'interno della sezione": così G. FABINI, *Sorveglianza dinamica, questa sconosciuta. Come è cambiata la quotidianità detentiva e la sicurezza nelle sezioni*, in *Un anno di carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, a cura di Associazione Antigone, 2018, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it). Anche con riferimento a fonti sovranazionali, cfr. inoltre E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1680 s. (e *ivi* nt. 53); sul nesso tra sorveglianza dinamica e principio della rieducazione del condannato, cfr. ID., *Pena e Costituzione*, cit., p. 25 ss.

<sup>51</sup> Le circolari alle quali faccio riferimento sono pubblicate in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Per una netta valutazione critica della circolare del 2018, cfr. F. MAISTO, *Il carcere nel tempo della paura*, 2.1.2019, in [www.ilmanifesto.it](http://www.ilmanifesto.it).

<sup>52</sup> Cfr. *Un anno di carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, a cura di Associazione Antigone, cit.

sicurezza), il terzo dei quali include gli istituti nei quali trova attuazione il regime detentivo speciale previsto all'art. 41 *bis* ord. penit.

Non entro nei dettagli. Mi limito ad osservare che la scelta di principio a favore di circuiti penitenziari differenziati (e di regimi detentivi differenziati)<sup>53</sup> è coerente con l'esigenza di consentire alcune scelte di comportamento autonome e responsabili a chi, pur trovandosi in stato di detenzione, non presenta un grado qualificato di pericolosità.

Problematici risultano semmai singoli aspetti di questo o quel regime: penso, fra l'altro, all'esigenza di limitare le restrizioni *ex art.* 41 *bis* a quelle realmente imposte da "gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica" (secondo la lettera dell'art. 41 *bis* co. 2 ord. penit.)<sup>54</sup>, un'esigenza della quale si è fatta ampiamente interprete, a più riprese, la Corte costituzionale<sup>55</sup>.

4.7. Un complesso discorso a parte meriterebbe l'*ergastolo*. Mi limito a ribadire, in proposito, quanto ho detto in altre occasioni. Il principio costituzionale della rieducazione del condannato non tollera, a mio avviso, una pena la cui idea di fondo – pur temperata nel tempo, ad opera ora del legislatore, ora della Corte costituzionale – risiede in una perpetua, definitiva espulsione del condannato dal consorzio civile. L'*ergastolo* tende non già a reinserire il condannato nella società, bensì ad escluderlo per sempre; tende a produrre la morte civile del condannato<sup>56</sup>.

Una vocazione dell'*ergastolo* che trova la sua espressione più radicale nel c.d. *ergastolo ostativo*, sulla cui permanenza nell'ordinamento si addensano peraltro, finalmente, molte nubi, per effetto della sentenza della Corte Edu, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia<sup>57</sup>, e della sentenza della Corte costituzionale, preannunciata da un comunicato stampa dello scorso 23 ottobre, che dichiarerà l'illegittimità costituzionale

<sup>53</sup> Sulla distinzione concettuale tra 'circuiti' e 'regime' penitenziario, cfr. S. SANTORSO, *Un carcere fatto a circuiti: tra definizione formale e pratiche*, in *Un anno di carcere. XIV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, a cura di Associazione Antigone, cit.

<sup>54</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 535.

<sup>55</sup> Cfr., fra le altre, Corte cost. 26 settembre 2018, n. 186, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di cuocere cibi previsto all'art. 41 *bis* co. 2 *quater*, lett. f, ord. penit. A commento, cfr. G. ALBERTI, [Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2018.

<sup>56</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Dolcini*, cit., t. I, p. 30: "Cancellata come istituto giuridico nefando, la pena di morte è, per così dire, ricomparsa come formula efficacemente espressiva volta a stigmatizzare certe modalità di esecuzione della pena detentiva di lunga durata, *in primis* quella dell'*ergastolo*, particolarmente nella sua versione c.d. «ostativa»: non pena di morte, ma morte per pena".

<sup>57</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., p. 925 ss.; D. GALLIANI, "La forza della democrazia è non avere paura", in [www.ristretti.org](#), 16 giugno 2019; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, 4/2019, in [www.osservatorioaic.it](#); D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, in *SIDIBlog*, 20 giugno 2019; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019; S. SANTINI, [Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana](#), in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

dell'articolo 4 *bis* co. ord. penit. nella parte in cui prevede un divieto assoluto di concessione di permessi-premio in assenza di collaborazione con la giustizia.

Si adatta perfettamente all'ergastolo ostativo quanto scriveva nell'ottocento Anton Cechov a proposito delle pene che avevano sostituito in Russia la pena di morte: della pena di morte "conservano la caratteristica essenziale, cioè di valere a vita, per l'eternità, perseguendo uno scopo ereditato direttamente dalla pena di morte, ossia la rimozione del criminale dal consueto ambiente umano, per sempre. Per la società in cui è nato e cresciuto, l'individuo che ha commesso un reato grave muore, esattamente come ai tempi in cui vigeva la pena capitale... L'assenza di termine della condanna e la consapevolezza che ogni speranza in un futuro migliore è vana, che nel condannato il cittadino è morto per sempre..., inducono a concludere che la pena capitale... non è stata affatto abolita, bensì camuffata sotto altre vesti, meno scandalose per la sensibilità umana"<sup>58</sup>.

#### 4.8. *Un cenno ai rapporti tra carcere e recidiva.*

Il termine recidiva viene utilizzato in accezioni diverse: lo assumo qui in senso atecnico, con riferimento cioè non a chi viene considerato recidivo secondo il disposto dell'art. 99 c.p., bensì a chi, dopo l'espiazione della pena, commette un nuovo reato. Recidiva, dunque, come ricaduta nel reato, senza trascurare che talora si parla di recidiva per alludere al ritorno in carcere a seguito della commissione di un nuovo reato successivamente all'espiazione della pena (c.d. recidiva penitenziaria).

La recidiva, in qualsiasi accezione, non può essere considerata come l'unico indicatore del successo/insuccesso del processo di rieducazione avviato in carcere: si tratta però, innegabilmente, di un parametro essenziale per quella valutazione.

È dunque davvero inquietante il deficit di conoscenze sulla recidiva che affligge le scienze penalistiche italiane: un deficit che il penalista chiede al Ministro della Giustizia e al criminologo di colmare al più presto, cosicché sia possibile affrontare con ben altra consapevolezza il tema della rieducazione in carcere e fuori dal carcere, in esecuzione di misure di comunità.

Da tempo, siamo in grado di fare riferimento a due soli studi sulla recidiva in Italia, pubblicati l'uno nel 2007<sup>59</sup>, l'altro nel 2014<sup>60</sup>.

La prima indagine è stata condotta su un campione nazionale di condannati che nel 1998 avevano portato a compimento l'esecuzione della pena alcuni in carcere, altri in affidamento in prova: dei primi, sette su dieci hanno fatto ritorno in carcere nei sette

---

<sup>58</sup> A. CECHOV, *L'isola di Sachalin*, 1895, ed. digitale it., 2017, VII, 18 maggio.

<sup>59</sup> F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, p. 7 ss.

<sup>60</sup> G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *Prehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, EIEF Working Paper 13/14 November 2014, in [www.eief.it](http://www.eief.it); D. TERLIZZESE *Persone dietro i numeri. Un'analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva*, in *Questione Giustizia*, 2018, 3. I risultati della ricerca sono stati presentati in un convegno che si è svolto nell'Università di Milano il 23 marzo 2015.

anni successivi (fino, cioè, al 2005); tra i secondi, il ritorno in carcere ha riguardato due condannati su dieci. Va tenuto presente che gli affidati in prova vengono selezionati *ab origine*, per l'ammissione alla misura, secondo parametri oggettivi e soggettivi che consentono una prognosi più favorevole: tuttavia rimane *l'enorme distanza tra gli effetti del carcere e gli effetti della misura alternativa*. Soprattutto, in assoluto, emerge l'esito del tutto insoddisfacente di una pena detentiva eseguita interamente in carcere.

Il secondo studio è stato invece condotto su detenuti presenti nel carcere milanese di Bollate – prototipo di 'carcere aperto' – tra il 2009 e il 2011, con particolare attenzione ai detenuti trasferiti a Bollate non a seguito di selezione, bensì per il sovraffollamento dell'istituto di provenienza. Ben diversi risultano gli effetti, in termini di recidiva (intesa, questa volta, come ritorno in carcere nei tre anni successivi al 'fine pena'), prodotti dalla permanenza in un carcere 'aperto' anziché in un carcere 'chiuso': un anno a Bollate ha ridotto infatti la recidiva da 6-7 a 10-13 punti percentuali, a seconda dei criteri di misurazione adottati.

Ai fini della recidiva, dunque, non tutti modelli di carcere si equivalgono<sup>61</sup>: i rischi di recidiva sono sensibilmente più bassi per chi sconta la pena in un istituto che responsabilizza il detenuto, ne rispetta la dignità e gli offre opportunità di formazione professionale e di lavoro, anche all'esterno del carcere.

**4.9.** Qualche considerazione, da ultimo, sui rapporti tra *ordine e sicurezza* negli stabilimenti penitenziari, da un lato, e *offerta di rieducazione* in carcere, nonché sulle ricadute di questo rapporto sull'organizzazione degli istituti penitenziari.

È pensabile, con tutta evidenza, un carcere che abbia come obiettivi primari "sorvegliare e punire", nel quale la sicurezza (interna e esterna) rappresenti dunque un valore assoluto, non soggetto a bilanciamenti.

Per contro, un carcere che assuma tra i propri compiti quello del recupero sociale del detenuto considererà la sicurezza come una condizione, pur necessaria, per il soddisfacimento di tale compito: per poter proporre, cioè, un'offerta di risocializzazione.

Quest'ultima è l'opzione della nostra legislazione penitenziaria, in ossequio ai principi costituzionali.

Nell'art. 2 co. 1 reg. ord. penit. si parla in effetti della sicurezza "quale condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati" e subito dopo si aggiunge che "il direttore dell'istituto assicura il mantenimento della sicurezza e del rispetto delle regole avvalendosi del personale penitenziario secondo le rispettive competenze".

La definizione dei programmi di trattamento dei detenuti e degli internati e la loro attuazione sono affidati a personale dell'amministrazione (in primo luogo, educatore e assistente sociale), eventualmente affiancato da professionisti esterni (art. 28 co. 3 reg. ord. penit.), esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché mediatori culturali e interpreti (art. 80 co. 3 ord. penit.).

---

<sup>61</sup> Lo sottolinea, richiamando fra l'altro alcune esperienze straniere, G. GIOSTRA, [La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione](#), 9 aprile 2018, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, p. 123 s.

Il personale penitenziario competente per il mantenimento della sicurezza in carcere è invece il Corpo di polizia penitenziaria (art. 5 co. 2 l. 15 dicembre 1990, n. 395, “Ordinamento del corpo di polizia penitenziaria”).

Il direttore dell’istituto è competente per l’organizzazione, il coordinamento e il controllo dello svolgimento delle attività dell’istituto (art. 3 co. 2 reg. ord. penit.); per quanto attiene all’ordine e alla sicurezza in carcere, il direttore si avvale del Corpo di polizia penitenziaria, nel quadro di un rapporto gerarchico (art. 9 co. 1 l. 15 dicembre 1990, n. 395).

In sintesi, può dirsi che la normativa vigente individua nel direttore dell’istituto penitenziario il garante del necessario equilibrio tra sicurezza e offerta di rieducazione.

Questo assetto sembra però destinato a mutare a breve per effetto di un decreto legislativo che darà attuazione ad una delega disposta con la l. 1° dicembre 2018, n. 132, art. 1, commi 2 e 3, in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia e riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (Atti Governo 119)<sup>62</sup>. Lo Schema di decreto legislativo, il cui capo IV (artt. 29-35) è dedicato alla “revisione dei ruoli del personale della Polizia penitenziaria”, è attualmente all’esame della commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati; il termine per l’esercizio della delega è fissato al 29 dicembre 2019. La riforma in gestazione si propone, fra l’altro, di ‘rimodulare’ il rapporto di subordinazione del personale di polizia penitenziaria in servizio negli istituti penitenziari nei confronti del direttore dell’istituto: in particolare, all’art. 29, lett. c, lo Schema di d.lgs. dispone che l’art. 9 co. 1, lett. f, l. 395/1990 venga riscritto in questi termini: “Gli appartenenti al Corpo di polizia penitenziaria hanno doveri di *subordinazione gerarchica*<sup>63</sup> nei confronti... del direttore dell’istituto se il comandante del reparto riveste la qualifica inferiore a primo dirigente”; dispone invece che il rapporto di subordinazione del personale di polizia penitenziaria nei confronti del direttore dell’istituto abbia carattere *funzionale*, quando il comandante del reparto di polizia penitenziaria rivesta la qualifica di primo dirigente<sup>64</sup>.

Nel contempo, lo Schema di d.lgs. prevede che nell’art. 44 d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 venga inserito un nuovo comma di questo tenore: “Per gli effetti dell’art. 9 co. 1 *bis* l. 15 dicembre 1990, n. 395, il comandante del reparto di polizia penitenziaria, quando

<sup>62</sup> Il testo dello Schema di d.lgs., corredato da un Dossier di documentazione del 15 ottobre 2019, è reperibile in [www.senato.it](http://www.senato.it), Leggi e documenti, Attività non legislative.

<sup>63</sup> Sulla nozione di rapporto gerarchico rinvio al classico saggio di A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, 1936. L’illustre A. definisce il rapporto gerarchico come un rapporto, stabilito dal diritto, all’interno di una pubblica amministrazione, “in cui i due termini, fra i quali intercede, si contrappongono come superiore e inferiore, rispettivamente come potere-dovere” (p. 69); componenti essenziali della sovraordinazione gerarchica, accanto a una potestà di sorveglianza, sono il potere di “impartire ordini e istruzioni” relative all’esplicazione delle funzioni di ufficio del subordinato, nonché il potere disciplinare, che “garantisce con la forza delle sanzioni la potestà di comando” (p. 79 s.).

<sup>64</sup> Tra gli effetti del passaggio da un rapporto gerarchico ad un rapporto funzionale, quale prefigurato nel citato Schema di d.lgs., segnalo, tra l’altro, rilevanti modifiche nella composizione del Consiglio centrale di disciplina, del quale verrebbe a far parte, anche con funzioni di presidente, un dirigente generale del Corpo di polizia penitenziaria; l’attribuzione al comandante del reparto di polizia penitenziaria, ove rivesta la qualifica di primo dirigente, della competenza ad infliggere la sanzione disciplinare della censura; il venir meno in capo al direttore dell’istituto del potere di avocazione, di cui dispone attualmente.

riveste la qualifica di primo dirigente, assicura il mantenimento della sicurezza e del rispetto delle regole nell'istituto penitenziario, avvalendosi del personale di polizia penitenziaria (...)"

In prima approssimazione: la sicurezza in carcere diventerebbe materia di preminente competenza della polizia penitenziaria, nel quadro di un generale ridimensionamento del ruolo del direttore dell'istituto. Forse è eccessivo parlare di "militarizzazione" del carcere<sup>65</sup>: certamente, in carcere si creerebbero due poli, uno dei quali rivolto alla mera garanzia di ordine e sicurezza, con evidenti problemi di coordinamento tra l'uno e l'altro polo.

Su questa riforma è in corso un acceso dibattito, nel quale sono sin qui intervenuti, fra gli altri, Garanti dei diritti dei detenuti, l'Associazione Antigone, l'associazione Nessuno tocchi Caino, l'Unione delle Camere penali, i sindacati dei direttori penitenziari e quelli del personale della polizia penitenziaria<sup>66</sup>.

Da parte mia, esprimo una viva preoccupazione. In un quadro politico nel quale raccolgono larghi consensi forze che hanno una cieca, illimitata fiducia nel carcere quale luogo di mera segregazione, è più difficile che in passato che il carcere possa progredire nella direzione indicata dalla Costituzione. Oggi, si presenta però un rischio ulteriore: quello di una deliberata involuzione promossa per legge.

Non più buone leggi che faticano a incidere sulla realtà, ma leggi infauste già nei principi ispiratori.

## 5. Pena detentiva e diritti dell'uomo.

**5.1.** Vengo ora al *principio di umanità della pena*, espressamente enunciato sia nell'art. 27 co. 3 Cost., sia nell'art. 3 CEDU ("nessuno può essere sottoposto a... pene o trattamenti inumani o degradanti").

Quando una pena può dirsi rispettosa del principio di umanità?

Richiamo alcune fonti fra loro lontane nel tempo, ma non nello spirito.

In primo luogo, un'affermazione risuonata nel 1789 nell'*Assemblea costituente francese*: "il condannato, quando subisce la pena, perde in tutto o in parte i suoi diritti di cittadino, ma conserva sempre i diritti dell'uomo"<sup>67</sup>. La pena, dunque, deve far salvi, in capo al condannato, i diritti – tutti i diritti – che gli competono in quanto essere umano.

Un concetto affermato con forza, oltre due secoli dopo – nel 2006 –, nelle *Regole penitenziarie europee*, nelle quali si legge: "tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo" (reg. 1); "le persone private della libertà

---

<sup>65</sup> Esprime questa preoccupazione P. GONNELLA, *Alla polizia penitenziaria più poteri che ai direttori: è il carcere giallorosso*, in *Il manifesto*, 31 ottobre 2019.

<sup>66</sup> Per una panoramica, cfr. D. ALIPRANDI, *Cambia la gerarchia nelle carceri: viene meno il ruolo di garanzia del direttore*, in *Il dubbio*, 1° novembre 2019, nonché D. CAPECE, *Replica all'articolo "Cambia la gerarchia nelle carceri..."*, di Damiano Aliprandi, in *Sappe Informa*, 2 novembre 2019, reperibile in [www.ristretti.org](http://www.ristretti.org).

<sup>67</sup> A proposito di questa affermazione di Adrien Duport, resa in assemblea il 22 dicembre 1789, cfr. P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2001, p. 88.

conservano tutti i diritti che non sono loro tolti secondo la legge a causa della loro condanna” (reg. 2); “le restrizioni imposte alle persone private di libertà devono essere ridotte allo stretto necessario” (reg. 3).

Alla luce di questa normativa, può dirsi che rispetta il principio di umanità una pena detentiva che colpisca la sola libertà personale: non pregiudichi diritti diversi del condannato, né intacchi la stessa libertà personale su piani diversi dalla libertà di movimento, e lo faccia entro limiti di stretta necessità.

Ancora, la *giurisprudenza costituzionale*<sup>68</sup>.

Nel 1979 (sent. n. 114, in tema di sospensione dell’esecuzione della pena), la Corte sottolineava che “è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca”: un principio che veniva espressamente collegato al divieto di trattamenti inumani *ex art. 27 co. 3 Cost.*

Nel 1993 (sent. n. 349), pronunciandosi sull’art. 41 *bis* ord. penit., la Corte affermava che “la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell’uomo... opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com’è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta”. Aggiungeva la Corte: “la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”.

Un rilievo, quest’ultimo, più volte ribadito nella giurisprudenza successiva: fra l’altro, in una sentenza del 2000 (n. 526), nella quale si dava atto del persistere in capo al detenuto di diritti costituzionalmente protetti, e in particolare di un ‘residuo’ di libertà personale (sia pure negando che le perquisizioni personali a carico dei detenuti incidano su tale residuo).

In una sentenza del 2013, relativa a un conflitto di attribuzioni tra Magistratura di Sorveglianza e Ministro della Giustizia, si legge: “L’estensione e la portata dei diritti dei detenuti può... subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27 co. 3 Cost.”

Da ultimo, la *dottrina*. Così si è espresso, di recente, Francesco Palazzo: “Il riconoscimento dei diritti e il loro rafforzamento è il principale fattore che incide sull’umanità’ della pena detentiva e dunque sull’eventuale violazione del divieto costituzionale e convenzionale di pene *inumane*”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Diffusamente in proposito cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016, n. 3/2016.

<sup>69</sup> F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 531.

5.2. Oltre due secoli di *storia della pena detentiva* mostrano peraltro una vistosa, costante divaricazione tra la realtà del carcere e le istanze del principio di umanità della pena, nei termini che ho cercato di illustrare: una divaricazione che, in una prima fase storica, è stata anzi favorita dallo stesso legislatore, in Italia e altrove.

Tra i pregi della pena detentiva, che portarono alla sua comparsa e al suo consolidarsi nel diritto penale moderno, si annovera quello della mitezza: tale, quanto meno, a confronto con la pena di morte e con le pene corporali che tanto spazio avevano nel diritto penale dell'*ancien régime*. La pena detentiva prometteva di essere “mena tormentosa sul corpo del reo”, ma doveva nel contempo, secondo l’insegnamento di Cesare Beccaria<sup>70</sup>, “fare un’impressione... efficace e... durevole sugli uomini”. Di qui l’esigenza di conferire alla pena detentiva connotati di afflittività, anche oltre ciò che era connaturato alla stessa privazione della libertà personale.

Così scriveva un autorevole studioso di diritto penitenziario del secolo scorso, Giovanni Novelli<sup>71</sup>: “Era troppo recente il ricordo della crudeltà delle pene corporali perché potesse contrapporsi a esse un nuovo istituto con caratteri profondamente diversi. La coscienza pubblica non si sarebbe adattata a un rivolgimento così profondo... Nella tristezza della prigione si ricercò, in tutte le ore, in tutte le occasioni, in tutte le manifestazioni della vita morale e della vita materiale, la possibilità di colpire atrocemente il condannato: offese all'onore e alla dignità, lavoro a esaurimento senza utilità e senza soddisfazione, soppressione d'ogni regola d'igiene, privazione della luce e del passeggio, negazione d'un obbligo statale alla somministrazione del vitto, che bisognava attendere dalla pietà di benefattori, promiscuità di vita fra detenuti diversi per età, per criminalità, per recidiva”.

In effetti fin dal suo ingresso nel sistema delle pene il carcere ha assunto connotati inumani: un processo ulteriormente accentuato da fattori diversi, in primo luogo la scarsità di risorse. Né tale processo è stato efficacemente contrastato dall’elaborazione teorica di quanti hanno proposto modelli di pena detentiva che mirassero ad assicurare, accanto al rispetto della dignità del detenuto, anche progressi nella direzione dell’emenda o della reintegrazione sociale.

5.3. Anche sul fronte del rispetto dei diritti umani, come su quello della rieducazione, è difficile riconoscere ‘meriti’ alla pena detentiva: i meriti riguardano semmai il legislatore allorché – a fasi alterne – ha cercato di correggere alcune patenti violazioni dei diritti del detenuto.

L’impegno ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in carcere è stato assunto dal legislatore italiano soprattutto a partire dalla *riforma penitenziaria del 1975*, il cui obiettivo primario risiede nell’attuazione dei principi costituzionali<sup>72</sup>, dopo una lunga fase in cui il carcere – sottoposto ad una disciplina regolamentare risalente all’epoca fascista – era rimasto impermeabile a quei principi.

---

<sup>70</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. 1964, a cura di G.D. Pisapia, cap. XV, p. 53.

<sup>71</sup> G. NOVELLI, *Penitenziari, Sistemi*, voce in *Enciclopedia italiana*, 1935, ora in [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia).

<sup>72</sup> Cfr., fra molti, E. DOLCINI, *La “questione penitenziaria” nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1656 s.

5.4. Sul piano delle enunciazioni di principio, richiamo ancora una volta l'art. 1 ord. penit.: il co. 1 di tale articolo dispone che "il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona".

Umanità della pena e dignità della persona: l'idea sottostante alla disposizione dell'art. 1 ord. penit. è quella di una pena che rispetti istanze di umanità in quanto faccia salva la dignità della persona<sup>73</sup>. Mi torna alla mente un passaggio dello splendido libro sull'ergastolo di Elvio Fassone. Il presidente della Corte d'Assise che ha pronunciato la condanna all'ergastolo così scrive in una lettera a Salvatore, il condannato: "Potrà perdere la libertà per un tempo anche lungo, ma non deve perdere la dignità e la speranza". Così reagisce Salvatore: "La speranza so cos'è, anche se qui ci sta a fatica, ma che cos'è la dignità non sono sicuro, ce l'ho anch'io la dignità?... Se dice che non la devo perdere, vuol dire che ce l'ho già adesso, io Salvatore ho la dignità, anche se ci ho l'ergastolo addosso"<sup>74</sup>.

Il principio enunciato all'art. 1 co. 1 ord. penit. trova ora una serie di corollari, per effetto della riforma penitenziaria del 2018, nel disposto dei commi 3 ("Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno"), 4 ("Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà") e 5 ("Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari")<sup>75</sup>.

## 6. La salute in carcere.

6.1. Tra i diritti del detenuto esposti a rischio in carcere, concentro l'attenzione sul diritto alla *salute*, comprensivo sia della salute fisica, sia della salute psichica<sup>76</sup>:

---

<sup>73</sup> Il carattere altamente problematico del rapporto tra carcere e dignità è lucidamente evidenziato da G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone, F. Resta, *Abolire il carcere*, 2015, p. 110 ss. Per l'A., mentre è possibile portare rimedio a una serie di elementi della condizione carceraria che offendono la dignità del detenuto (dal sovraffollamento alle carenze igienico sanitarie, dalla negazione dell'affettività e della sessualità al carcere come scuola di criminalità), rimane un'insuperabile inconciliabilità tra carcere come tale – come realtà di segregazione – e dignità umana. "L'idea della conciliabilità appare un'illusione: una nobile illusione, ma pur sempre un'illusione" (p. 111).

<sup>74</sup> Così E. FASSONE, *Fine pena: ora*, 2015, p. 54.

<sup>75</sup> Così si legge in proposito in Commissione Giostra, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, cit., sub art. 1 ord. penit., Relazione illustrativa, p. 87 s.: "La privazione della libertà non comporta... una *capitis deminutio* del ristretto, che viceversa perde solo quella parte di libertà che è strettamente connessa alla sua condizione detentiva, mantenendo intatte le altre sue libertà con la conseguenza che l'identificazione della parte sacrificata può essere operata soltanto dalla legge. Si è così inserito il richiamo esplicito ai 'diritti fondamentali' quale patrimonio inviolabile della persona ristretta".

<sup>76</sup> Lo ha sottolineato, da ultimo, Corte cost. 20 febbraio – 19 aprile 2019, n. 99, punto 4.1 del *Considerato in diritto*. Nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel Titolo I, all'affermazione del carattere inviolabile della dignità umana (art. 1) segue il riconoscimento ad ogni persona del diritto all'*integrità fisica e psichica* (art. 3 co. 1). In dottrina, sul concetto di 'salute' nell'ordinamento italiano, v. per tutti V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari,

soltanto un test, peraltro assai significativo, dei problemi che si pongono sulla strada di un carcere rispettoso del principio di umanità della pena.

6.2. Nella legge sull'ordinamento penitenziario, la norma centrale in questa materia è contenuta nell'art. 11, sotto la rubrica "*Servizio sanitario*".

Nella versione originaria, che aveva conosciuto marginali modifiche nel 1989 e nel 2009, la disposizione prevedeva, fra l'altro, che ogni istituto penitenziario fosse dotato di un servizio medico e farmaceutico, che doveva disporre dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria; prevedeva inoltre: una visita medica generale all'ingresso in istituto, volta ad accertare eventuali malattie; la possibilità di trasferimento del detenuto in ospedali civili (disposto dal magistrato di sorveglianza), qualora fossero necessari cure o accertamenti che non potessero essere assicurati all'interno dell'istituto; la possibilità di una collaborazione tra il servizio sanitario interno e i servizi pubblici sanitari locali; la facoltà per il detenuto di essere visitato a proprie spese da un medico di fiducia; l'obbligo di visita dell'istituto due volte l'anno da parte di un medico designato dalla Regione al fine di accertare le condizioni igienico-sanitarie dell'istituto e dei detenuti.

A questa disciplina era strettamente correlata quella dell'igiene personale, dell'alimentazione e della permanenza all'aperto di cui agli artt. 8, 9 e 10 ord. penit.

Nell'insieme, si trattava di una disciplina alquanto generica, che lasciava ampio spazio alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, con il rischio, fra l'altro, che l'intervento medico e farmacologico venisse strumentalizzato ad esigenze di disciplina del carcere<sup>77</sup>.

6.3. L'ambiguità di questa normativa ha coinvolto per lungo tempo (per almeno trent'anni: tra il 1978, quando viene istituito il Servizio Sanitario Nazionale, e il 2007) anche i rapporti tra medicina penitenziaria e SSN. Dopo che il d.lgs. n. 230/1999 aveva affidato alle Aziende Sanitarie Locali la gestione dei servizi sanitari negli istituti penitenziari, il trasferimento della gestione è stato disposto solo con la legge n. 244 del 2007, alla quale ha fatto seguito – per la definizione di modalità e criteri di tale trasferimento – un d.p.c.m. 1° aprile 2008: principio ispiratore di tale disciplina, il "riconoscimento della piena parità di trattamento, in tema di assistenza sanitaria, degli individui liberi e degli individui detenuti ed internati"<sup>78</sup>.

---

G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, t. I, 2011, p. 583 ss. Sulla progressiva valorizzazione del diritto alla salute, e sull'ampliamento dei suoi contenuti, nella giurisprudenza di legittimità e nella giurisprudenza costituzionale, cfr. A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale collettiva*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 novembre 2017, p. 4 ss.

<sup>77</sup> Cfr. G. MANTOVANI, A. BERNASCONI, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., sub art. 11, p. 139 s.

<sup>78</sup> Così le *Linee di indirizzo per gli interventi del Servizio Sanitario Nazionale a tutela della salute dei detenuti e degli internati negli istituti penitenziari*, p. 2, in *www.salute.gov.it*. Sulle vicende che hanno interessato la normativa in materia di sanità penitenziaria, cfr. G. MANTOVANI, A. BERNASCONI, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., sub art. 11, p. 125 ss.

6.4. L'assetto della normativa in materia di sanità penitenziaria rimaneva comunque bisognoso di ulteriori interventi, che la legge n. 103/2017 (c.d. legge Orlando) prefigurava all'art. 1, co. 85, lett. *l*, attraverso un criterio direttivo per il legislatore delegato del seguente tenore: "revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena". La legge-delega prevedeva inoltre (lett. *m*) l'esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina, competente a deliberare le più gravi sanzioni disciplinari.

6.5. In attuazione della delega (un'attuazione, peraltro, solo parziale), il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha innanzitutto riscritto l'art. 11 ord. penit. Nel nuovo art. 11 l'esplicito richiamo (co. 1) al "rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria" conferma che al momento dell'emanazione del decreto il processo di adeguamento a quella disciplina non poteva ritenersi integralmente attuato. Previsioni di particolare rilievo contenute nel riformato art. 11 riguardano, poi, la visita medica alla quale il detenuto deve essere sottoposto all'ingresso in istituto – ripensata soprattutto allo scopo di prevenire violenze o maltrattamenti –, il diritto a ricevere informazioni complete sullo stato di salute durante la detenzione e al momento della rimessione in libertà (co. 7), nonché la garanzia della continuità terapeutica in caso trasferimento (co. 9). Al fine di evidenziare la separazione fra funzioni sanitarie e funzioni disciplinari, è stato inoltre modificato l'art. 40 ord. penit., estromettendo il medico di istituto dal consiglio di disciplina.

6.6. Quanto, in particolare, alla *salute psichica* di detenuti e internati, va sottolineato che il d.lgs. 123/2018 – in sostanziale violazione della delega Orlando – non solo ha omesso qualsiasi potenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere<sup>79</sup>, ma ha addirittura eliminato la previsione secondo la quale ogni istituto deve disporre di almeno uno psichiatra<sup>80</sup>.

In questo ambito rimanevano aperti molti problemi, evidenziati dalla Commissione Pelissero<sup>81</sup> e affrontati nello schema di d.lgs. approntato dal Governo Gentiloni, poi finito su un binario morto per la fine della legislatura: tra l'altro, la creazione di sezioni penitenziarie specializzate, da caratterizzarsi in senso nettamente terapeutico; la previsione di una forma di affidamento in prova specificamente destinata a soggetti con disagio psichico; l'equiparazione del disagio psichico al disagio fisico ai fini del rinvio della pena *ex art.* 147 c.p. e ai fini della detenzione domiciliare *ex art.* 47 *ter* co. 1 *ter* ord. penit. Quest'ultima esigenza ha trovato risposta, successivamente, da parte

---

<sup>79</sup> Sottolinea come questa indicazione fornita dal legislatore delegante fosse "estremamente significativa dal punto di vista dei diritti" F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 533 s.

<sup>80</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, cit., punti 4 e 5.

<sup>81</sup> Cfr. [Riforma della sanità penitenziaria e delle pene accessorie: la proposta della Commissione Pelissero](#), in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018.

della Corte costituzionale, con la sentenza n. 99 del 2019, che ha reso possibile un'alternativa all'esecuzione in carcere per quei detenuti che, dovendo scontare una pena detentiva di durata superiore a quattro anni, soffrono di una grave infermità psichica sopravvenuta alla commissione del reato<sup>82</sup>.

6.7. È appena il caso di rammentare, per inciso, che l'approccio dell'ordinamento penale alla malattia mentale aveva conosciuto una profonda svolta con la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, disposta nel 2012, realizzata nel 2015 e ultimata, di fatto, nel 2017 (quando sono stati chiusi gli ultimi due Ospedali Psichiatrici Giudiziari), e con la creazione delle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza. Il passaggio dagli OPG alle REMS è stato peraltro lento e faticoso, con marcate disomogeneità tra regione e regione e con carenze tuttora molto gravi, la prima e più evidente relativa all'insufficienza dei posti disponibili: basti considerare che il numero delle persone in attesa di ricovero in REMS è prossimo a quello delle persone presenti nelle strutture<sup>83</sup>.

6.8. In relazione alla *prassi*, dal rapporto Antigone del 2019 emergono alcune indicazioni tutt'altro che confortanti sulle *condizioni igienico-sanitarie* negli istituti penitenziari visitati (in tutto 85): in 6 istituti non funzionava il riscaldamento nei mesi invernali, in 24 istituti non era garantito un accesso settimanale alla palestra, in 30 istituti non era disponibile acqua calda, in 46 istituti le celle non erano dotate di doccia.

A proposito dei servizi igienici nelle camere di pernottamento, per i quali il nuovo art. 8 co. 2 ord. penit. (introdotto dal d.lgs. n. 124/2018, ma destinato a entrare in vigore soltanto il 31 dicembre 2021!) dispone che siano "adeguatamente aerati" e "collocati in uno spazio separato", rammento che, alla fine del 2018, la Commissione Giostra segnalava che "secondo i dati del DAP" vi erano "1065 detenuti ancora allocati in 1776 camere con bagni a vista"<sup>84</sup>.

Sul versante della *salute mentale* in carcere, la media nazionale delle ore di presenza settimanale di psichiatri per ogni 100 detenuti è stata di 8,9, quella degli psicologi di 13,5: ciò significa che "virtualmente, lo psichiatra dedica al singolo detenuto meno di 5 minuti alla settimana, mentre lo psicologo intorno agli 8 minuti settimanali". In 35 istituti penitenziari sono presenti 'articolarzioni per la tutela della salute mentale' (c.d. 'repartini'), nelle quali sono collocati detenuti il cui disagio psichico arriva a mettere a rischio la vita della persona e degli altri abitanti dell'istituto: in tali sezioni, non disciplinate dalla legge, appaiono particolarmente elevati i rischi per i diritti della persona.

---

<sup>82</sup> Cfr. A. CALCATERRA, [Salute mentale e detenzione: un passo avanti. è possibile la cura fuori dal carcere](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2019.

<sup>83</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, VIII ed., 2019, p. 821.

<sup>84</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla Carta costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 513.

## 7. Conclusioni.

Fallimento del carcere?

Abolizione del carcere?

La parola 'fallimento' risuona non di rado nei discorsi sul carcere<sup>85</sup>.

Innegabilmente il quadro della pena detentiva nell'Italia di oggi – *anche* nell'Italia di oggi – evidenzia pochi 'meriti' e molti 'demeriti'. Tuttavia, non mi sento di cavalcare l'utopia – pur affascinante, come ogni utopia – dell'abolizione del carcere<sup>86</sup>. È pensabile una società senza prigionieri, è pensabile un ordinamento che faccia a meno della pena detentiva: non però per il prossimo futuro.

La politica criminale non può essere rimessa al popolo, senza mediazioni, ma è altrettanto vero che il legislatore penale non può ignorare le istanze dei cittadini: e il carcere oggi gode del favore incondizionato di larghissimi settori dell'opinione pubblica, un favore che va ben oltre i 'meriti' – gli scarsi meriti – della pena detentiva. All'abolizione del carcere si potrà pensare quando l'opinione pubblica vi scorgerà un progresso di civiltà, non una resa di fronte al crimine: quando, ad esempio, non venisse avvertito come un paradosso che un volume intitolato "*Abolire il carcere*"<sup>87</sup> abbia come sottotitolo "Una ragionevole proposta per la *sicurezza* dei cittadini".

Questo, solo questo, mi sento di auspicare oggi, ancora oggi: meno carcere, un carcere migliore di quello attuale, un carcere che – secondo un auspicio di Elvio Fassone<sup>88</sup> – "non produca un'afflittività inutilmente più elevata di quella minima", non comporti cioè "effetti di degradazione della persona", né "effetti di stimolo ad una maggiore antisocialità dopo l'espiazione".

Non dico nulla di nuovo – è noto come l'istanza di un carcere migliore si sia manifestata contemporaneamente al carcere stesso<sup>89</sup> –: non mi sento però di dire nulla di diverso<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Cfr., tra gli altri, F. CORLEONE, *La riforma penitenziaria e il fallimento del carcere*, in *Questione Giustizia*, 2015, fasc. 2.

<sup>86</sup> Per un ampio quadro dell'abolizionismo, che investe non solo la pena detentiva, ma il diritto penale *tout court*, cfr. V. RUGGIERO, *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea abolizionista*, 2011. Tra i classici dell'abolizionismo, con particolare riferimento alla pena detentiva, cfr. T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, 1987, ed. it. 1996, pubblicato ora anche in *www.ristretti.it*.

<sup>87</sup> Mi riferisco a L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, cit.

<sup>88</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 all'unità d'Italia*, 1980, p. 270.

<sup>89</sup> "Il movimento per riformare le prigioni, per controllarne il funzionamento non è un fenomeno tardivo e neppure sembra essere nato dalla constatazione di uno scacco, stabilito chiaramente. La 'riforma' della prigione è quasi contemporanea alla prigione stessa. Ne è come il programma": così un celebre passo di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, ed. it. 1976, p. 255.

<sup>90</sup> In fondo, questa posizione non è lontana da quella espressa da uno dei più autorevoli fautori dell'abolizione del carcere: "A mio parere le carceri vanno abolite.... È chiaro però che non viviamo in un clima favorevole all'abolizione... Certamente oggi sarei soddisfatto se potessimo assistere a un'inversione nella salita vertiginosa del numero di detenuti, e anzi a una loro sostanziale diminuzione" Questi gli interventi suggeriti dall'A: "Diminuzione del massimo di pena, chiusura fisica delle carceri, trasferimento delle risorse così risparmiate alla prevenzione nella comunità, alle vittime del crimine e al lavoro comunicativo volto a contrastare le funzioni latenti – inaccettabili, ma importanti – che tengono in piedi la soluzione carcere. In aggiunta, andrebbero stanziati considerevoli somme per trasformare le restanti

Si tratta di proseguire lungo un faticoso cammino intrapreso da tempo, tra accelerazioni, colpi di freno e, talora, regressi.

A tale scopo, siamo chiamati ad un'intensa, ardua opera di mediazione culturale, che ha per oggetto il superamento delle facili equazioni tra carcere e giustizia<sup>91</sup>, o tra carcere e sicurezza, anzi tra carcere 'vero', quello in cui si marcisce, e sicurezza delle persone per bene: c'è bisogno che tali equazioni entrino in crisi nell'opinione pubblica, perché lo stesso legislatore rinunci ad alimentare in modo sistematico i processi di inasprimento sanzionatorio incentrati sul carcere<sup>92</sup>.

La Corte costituzionale ha dato un grande contributo in questa direzione con il suo viaggio nelle carceri, che ora prosegue idealmente nell'intera società attraverso la proiezione del bellissimo film di Fabio Cavalli. I detenuti hanno avuto la percezione diretta che la Corte costituzionale non è un'entità astratta e lontana, ma è fatta di uomini e donne in carne e ossa, uomini e donne che hanno una mente e un cuore. Chi vede il film si rende conto che in carcere non ci sono mostri: ci sono persone che hanno vissuto esperienze complesse, drammatiche, in qualche caso impensabili, persone che non recano comunque il marchio indelebile dei loro reati.

Bisogna aver visto, scriveva Piero Calamandrei<sup>93</sup>.

Oggi la Corte costituzionale ci aiuta a vedere come mai è stato possibile prima.

---

prigioni in luoghi più umani, luoghi di vita umana". Così T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, cit., p. 221.

<sup>91</sup> Sui fattori che propiziano tale equazione, e spiegano la "fortuna storica, sociale, ideale della pena carceraria", cfr. F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 526 ss.

<sup>92</sup> Su tali processi, e sull'indifferenza del legislatore ai movimenti di pensiero che denunciano l'abuso della pena detentiva, cfr. ancora F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 522 ss.

<sup>93</sup> Questo il titolo di un saggio di Piero Calamandrei, pubblicato nel 1948 su *Il ponte*, evocato dall'Università di Firenze nell'iniziativa da cui trae spunto questo scritto. Il saggio di Calamandrei è ora presente anche in P. Gonnella, D. Ippolito (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, 2019, nonché in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it).



**LA NATURA DELL'AGGRAVANTE DELL'AGEVOLAZIONE MAFIOSA  
E IL PROBLEMA DELL'ESTENSIONE AI CONCORRENTI:  
LA QUESTIONE RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE**

*Nota a [Cass., Sez. II, ord. 10 settembre 2019 \(dep. 4 ottobre 2019\),  
n. 40846, Pres. Gallo, est. Recchione](#)*

di Stefano Finocchiaro

*Il contributo contiene una riflessione a margine dell'ordinanza con cui è stata rimessa alle Sezioni unite la questione della natura – "oggettiva" o "soggettiva" – della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa prevista dall'art. 7 d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-bis.1 c.p.) e della conseguente individuazione del criterio di imputazione (colposo o doloso) necessario per riconoscere l'aggravante in capo ai concorrenti nel reato. Si riconnettono alla questione in esame anche profili problematici attinenti, da un lato, all'analogia strutturale della circostanza in esame con le fattispecie a dolo specifico e, dall'altro, all'ambito di operatività dell'art. 59, comma 2, c.p.*

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni unite e il caso di specie. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. La posizione della Sezione rimettente. – 4. Brevi riflessioni critiche. – 4.1. Il nucleo della questione. – 4.2. Preferibilità della tesi "soggettivista". – 4.3. L'oggettiva funzionalizzazione della condotta e l'analogia strutturale con il dolo specifico. – 4.4. Una diversa prospettiva: dubbi circa la concreta applicabilità del criterio di imputazione di cui all'art. 59, comma 2, c.p. – 5. Conclusioni.

**1. La questione rimessa alle Sezioni unite e il caso di specie.**

Con l'ordinanza in commento la II Sezione della Corte di cassazione ha sottoposto alle Sezioni unite la seguente questione: se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, ed oggi inserita nell'art. 416-bis.1 c.p., che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata "al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose", abbia natura *oggettiva*, concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura *soggettiva*, concernendo la direzione della volontà.

La vicenda concreta da cui origina la pronuncia vede condannato il ricorrente – tanto in primo grado dal Tribunale, quanto dalla Corte d'appello – per diversi episodi di usura aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 7 d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-bis.1

c.p.), in quanto consumati al fine di agevolare la mafia storica nota come “clan dei casalesi”.

Mentre il Tribunale aveva riconosciuto l’aggravante ritenendola di natura oggettiva, invece la Corte di appello ne aveva confermato la sussistenza qualificandola di natura soggettiva.

Secondo il ricorrente la diversa valutazione in ordine alla natura della circostanza avrebbe imposto una specifica motivazione sull’elemento soggettivo, che non sarebbe stato effettuato dalla Corte territoriale. Il ricorrente riteneva in particolare che la Corte d’appello avrebbe dovuto dare atto della prova del dolo specifico, per ritenere integrato il quale non sarebbe stato sufficiente dimostrare la sussistenza di rapporti con i correi, persone contigue all’associazione, essendo invece necessario dimostrare la consapevolezza da parte dell’imputato che i proventi dei reati contestati erano destinati all’associazione mafiosa, circostanza da ritenersi indipendente dal profilo criminale dei concorrenti.

Con motivi aggiunti la difesa del ricorrente sosteneva, anzi, che neanche la prova della consapevole destinazione dei proventi dell’attività illecita all’associazione mafiosa sarebbe sufficiente a configurare l’aggravante, laddove l’imputato – come nel caso di specie – avesse preso parte alle azioni criminose per motivi personali correlati alla sua situazione debitoria, e non per la finalità propria del dolo specifico.

## 2. Il contrasto giurisprudenziale.

La seconda Sezione della Cassazione, investita del ricorso, ha rimesso alle Sezioni unite la questione della natura giuridica dell’aggravante in questione, individuando sul punto la presenza di tre orientamenti, due antagonisti e uno intermedio.

i) Stando a un primo orientamento, si tratterebbe di un’aggravante di natura oggettiva, la cui contestazione “si giustifica tutte le volte in cui possa trarsi dalla situazione concreta conferma della finalizzazione dell’azione al finanziamento di un’associazione avente le caratteristiche mafiose”<sup>1</sup>.

Nell’ambito di tale orientamento potrebbe individuarsi un sotto-indirizzo che differenzia la natura dell’elemento soggettivo tra i concorrenti, sostenendo che non è richiesto che la consapevolezza sia condivisa da parte di tutti i correi, poiché in proposito trova applicazione il disposto dell’art. 59, comma 2, c.p., che impone di valutare le circostanze a carico dell’agente, anche quando le abbia ignorate per sua colpa<sup>2</sup>. Sarebbe quindi necessaria la prova del dolo specifico in capo ad almeno uno dei concorrenti, mentre per gli altri il criterio di imputazione soggettivo dell’elemento circostanziale sarebbe la “ignoranza colpevole” ex art. 59 c.p.

---

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., sez. II pen., 24 novembre 2016 (dep. 6 dicembre 2016), n. 52025, *Vernengo*; Cass., sez. II pen., 17 gennaio 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24046, *Tarantino e altri*.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., sez. VI pen., 30 maggio 2012 (dep. 18 giugno 2012), n. 24025, *Di Mauro*. Sul punto viene menzionata anche Cass. sez. VI pen., 22 gennaio 2009 (dep. 9 maggio 2009), n. 19802, *Napolitano*.

ii) Secondo un opposto orientamento, l'aggravante in esame avrebbe invece natura soggettiva<sup>3</sup>.

In questo senso si sono espresse anche due pronunce delle Sezioni unite, rispettivamente del 2001 e del 2009, osservando che l'aggravante di cui al citato art. 7 d.l. n. 152/1991 si articola in due differenti forme di circostanze: una a carattere *oggettivo*, costituita dall'impiego del "metodo mafioso" nella commissione del reato, l'altra di tipo *soggettivo*, che si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere, l'attività del gruppo"<sup>4</sup>.

Nel contesto di tale orientamento, alcune sentenze, pur ribadendo la natura soggettiva dell'aggravante, in quanto incentrata su una particolare motivazione a delinquere, hanno tenuto a sottolineare la necessità che tale motivazione soggettiva sia desumibile anche dalle modalità dell'azione, rilevanti quali parametri rivelatori del substrato psicologico di detta aggravante<sup>5</sup>.

Viene inoltre precisato dalla Corte che, contrariamente a quanto dedotto dal ricorrente, anche secondo l'orientamento che sostiene la natura *soggettiva* dell'aggravante in questione e che conclude che essa si risolva nella identificazione di un dolo specifico, non ritiene che la direzione della volontà debba avere come obiettivo *esclusivo* quello di agevolare la mafia di riferimento, ben potendo l'agente aver perseguito l'*ulteriore* scopo di trarre un vantaggio proprio dal fatto criminoso, purché ad esso si accompagni la consapevolezza di favorire l'interesse della cosca beneficiata<sup>6</sup>.

iii) Vi è infine un orientamento intermedio, secondo il quale alla controversia tra le citate qualificazioni dell'aggravante (soggettiva od oggettiva), come pure a quella dell'estensibilità dell'aggravante ai concorrenti, dovrebbe darsi una soluzione diversificata in base a come l'aggravante si atteggia in concreto e in base al reato in relazione al quale viene contestata<sup>7</sup>.

Quale esempio in cui l'aggravante, normalmente di natura *soggettiva*, assumerebbe natura *oggettiva* si porta quello in cui essa acceda ad un reato associativo, come può essere l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti. In questo caso, il riconoscimento della circostanza non potrebbe che dipendere dalla concreta struttura organizzativa dell'associazione: se tale struttura si pone in una situazione di prossimità all'associazione mafiosa (e ad esempio le garantisce spazi di operatività nei territori

<sup>3</sup> Cfr., *ex pluribus*, Cass., sez. VI pen., 19 aprile 2017 (dep 22 maggio 2017), n. 25510, *Realmuto*; Cass., sez. VI pen., 2 maggio 2017, n. 35677, *Mungelli*; Cass., sez. VI pen., 9 maggio 2017 (dep 3 luglio 2017), n. 31874, *Ferrante e altri*.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un. pen., 28 marzo 2001, n. 10, *Cinalli*; Cass, Sez. Un. pen., 18 dicembre 2008 (dep. 2009), n. 337, *Antonucci*.

<sup>5</sup> Cfr., tra le molte, Cass., sez. VI, 12 ottobre 2017 (dep. 19 giugno 2018), n. 28212, *Barallo ed altri*; Cass., sez. VI, 17 ottobre 2018 (dep 29 novembre 2018), n. 53691, *Belvedere*; Cass., sez. III pen., 13 gennaio 2016, n. 9142, *Basile e a.*, con nota di NINNI, [Aggravante dell'agevolazione mafiosa: perduranti incertezze applicative sulla circostanza di cui all'art. 7 d.l. 152/1991](#), in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., sez. V pen., 4 febbraio 2015 (dep. 16 marzo 2015), n. 11101; Cass., sez. I pen., 24 maggio 2012 (dep. 18 dicembre 2012), n. 49086.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., sez. VI pen., 4 ottobre 2017, n. 53646, *Aperi e altri*; Cass., sez. II pen., n. 22153 del 2019, *Barilari* (non massimata).

controllati oppure vi si rivolge per il reimpiego di profitti), allora il collegamento dell'associazione (volta alla vendita degli stupefacenti) con l'altra associazione (mafiosa) si tradurrebbe anche in finalità agevolativa. Si tratterebbe di un dato oggettivo e strutturale, che travalica la condotta del singolo associato, perché riguarda il modo di essere della associazione e dunque le modalità di commissione del fatto di reato. In questa prospettiva, attribuita natura oggettiva all'aggravante in questione, essa potrebbe essere attribuita ai concorrenti sia in caso di dolo, sia in caso di colpa *ex art. 59, comma 2 c.p.* purché conoscibile a tutti.

### 3. La posizione della Sezione rimettente.

Il contrasto giurisprudenziale di cui si invoca la composizione è stato generato, a parere della Sezione rimettente, da un'effettiva "polivalenza interpretativa" dell'espressione "al fine di" agevolare l'attività delle associazioni mafiose, contenuta oggi nell'art. 416-*bis*.1 c.p.

La locuzione si presterebbe infatti ad essere interpretata tanto in senso oggettivo, come indicativa della "funzionalità oggettiva" della condotta criminosa contestata ad agevolare l'associazione mafiosa, quanto in senso soggettivo, come indicativa della necessità che la condotta sia sorretta dal "dolo specifico", ovvero dalla precisa volontà di funzionalizzare l'azione criminosa a vantaggio dell'associazione.

Risulta invece di "critica condivisibilità", secondo il collegio rimettente, quel sotto-indirizzo dell'orientamento oggettivista, che – come si è detto – propone una differenziazione dell'elemento soggettivo tra i vari concorrenti, richiedendo l'accertamento del dolo specifico in capo ad uno di essi e accontentandosi dell'imputazione colposa in capo agli altri. Tale soluzione non terrebbe conto che nessuna diversificazione è prevista dall'art. 110 c.p. in ordine all'elemento soggettivo, che dovrebbe quindi essere omogeneo per tutti i concorrenti, oltre che corrispondente a quello individuato dalla fattispecie-tipo<sup>8</sup>.

Peraltro, la tesi oggettiva e quella soggettiva – si osserva nell'ordinanza – presentano un punto di contatto, rappresentato dalla incontestata necessità che emerga una oggettiva e concreta funzionalizzazione della condotta contestata rispetto all'agevolazione di una associazione mafiosa; il che consente di escludere che la "finalità agevolatrice" possa essere inquadrata nell'area dei "motivi" a delinquere, essendo la stessa sempre correlata, anche secondo la tesi soggettiva, ad un evento materiale ed obiettivo.

Il reale contrasto, dunque, riguarda piuttosto la copertura volitiva di tale elemento materiale: secondo la tesi *oggettiva* tale nesso funzionale può essere voluto o

---

<sup>8</sup> Sul punto la sezione rimettente fa riferimento ai seguenti precedenti giurisprudenziali: in materia di associazione mafiosa e concorso esterno (Cass., Sez. Un. pen., 12 luglio 2005, n. 33748, *Mannino*), in materia di intestazione fittizia (Cass., sez. VI, 5 maggio 2016, n. 34667), in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione (Cass., sez. V pen., 13 gennaio 2016, n. 8352).

anche solo ignorato per colpa (come previsto in generale dall'art. 59 c.p.)<sup>9</sup>; secondo la tesi *soggettiva*, invece, è necessaria una "volizione piena e specifica" ovvero la piena consapevolezza della finalità agevolatrice.

Quanto detto fa sorgere – si osserva infine nell'ordinanza – un dubbio di carattere sistematico: può un elemento strutturale del reato, qual è il "dolo", nella sua connotazione generica o specifica, essere previsto da una circostanza, ossia da un elemento accidentale ed accessorio?

In molti casi, rileva la Corte, il legislatore ha previsto reati che, pur omogenei sul piano oggettivo, si distinguono per l'elemento soggettivo, così evidenziando la "funzione strutturale della natura specifica del dolo rispetto alla fattispecie-tipo". Il riferimento è – tra l'altro – al sequestro di persona "semplice" rispetto a quello a scopo di "estorsione", di "terrorismo e di eversione" o di "coazione" (artt. 605, 630, 289-*bis*, 289-*ter* c.p.), nonché a tutti i reati aggravati dall'essere stati commessi con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*, art. 270-*quinquies* c.p., 280 c.p.).

Si chiede dunque la Corte se il dolo specifico possa essere previsto solo dalla fattispecie-tipo oppure anche da elementi esterni all'archetipo che descrive il reato.

Invero, si osserva, l'art. 70 c.p. individua come "soggettive" solo le circostanze che incidono sulla "intensità" del dolo (e sul grado della colpa), senza alcun riferimento al carattere generico o specifico del dolo.

Peraltro, se si ritenesse illegittima l'imposizione del dolo specifico per via circostanziale, sarebbe critico anche l'inquadramento dell'aggravante teleologica di cui all'art. 61 n. 2 c.p. tra le circostanze di natura soggettiva, inquadramento attualmente prevalente in giurisprudenza<sup>10</sup>.

Qualora poi – osserva il collegio – si ritenesse che il dolo specifico correlato all'aggravante in esame non incida sulla struttura del reato modificandone l'elemento soggettivo, ma che la prova della "volizione specifica" si riferisca solo all'elemento materiale della circostanza (la funzionalità agevolatrice del reato), si legittimerebbe una eccezione alla regola generale dell'imputazione colposa prevista dall'art. 59 c.p.<sup>11</sup>; regola che dovrebbe trovare applicazione rispetto alle circostanze caratterizzate da una base materiale che può essere ignorata colposamente dall'agente, ovvero nei casi in cui, come quello in esame, vi sia la possibilità che il profilo oggettivo dell'aggravante possa non essere conosciuto e voluto da tutti i concorrenti<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Al riguardo l'ordinanza parla di "volizione attenuata", riferendosi al criterio di imputazione di cui all'art. 59 c.p. (par. 2.5.1 del "considerato in diritto").

<sup>10</sup> In questo senso, Cass., sez. V pen., 26 settembre 2000, n. 11497; Cass., sez. VI pen., 17 marzo 1995, n. 5797.

<sup>11</sup> In questi termini l'ordinanza al par. 2.5.2 del "considerato in diritto", ove si osserva che tale profilo problematico è stato colto da quella giurisprudenza che ha ritenuto che la disciplina prevista dall'art. 118 c.p. ha carattere "speciale" rispetto a quella generale prevista dall'art. 59 c.p.: Cass., sez. I pen., 10 dicembre 2017, n. 52505, *Lamanna*; Cass., sez. VI pen., 19 dicembre 2017, n. 8891, *Castiglione*.

<sup>12</sup> In questi termini, ancora, l'ordinanza al par. 2.5.2 del "considerato in diritto".

#### 4. Brevi riflessioni critiche.

##### 4.1. Il nucleo della questione.

La questione in esame, attinente alla qualificazione *teorica* dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa è, in estrema sintesi, la seguente: qualora la si consideri di natura *oggettiva* la circostanza potrebbe essere imputata ai concorrenti anche a titolo di mera colpa, come richiesto in via generale dall'art. 59, comma 2, c.p.; laddove invece la si qualifichi come *soggettiva* sarebbe necessario, ai sensi dell'art. 118 c.p., accertare la direzione agevolatrice della volontà (*sub specie* di dolo specifico) rispetto ad ogni singolo partecipe.

Optare per l'una o per l'altra qualificazione giuridica, dunque, parrebbe avere quale ricaduta *pratica* la determinazione del criterio di imputazione soggettiva dell'aggravante ai concorrenti, in caso di realizzazione plurisoggettiva del reato.

Sul punto ci sembra di poter condividere – pur nei limiti imposti dalla sinteticità del presente contributo – alcune considerazioni.

Un primo (e, per molti versi, scontato) rilievo è che – poiché la dicotomia “circostanze oggettive-circostanze soggettive” è stata abbandonata a seguito della riforma del 1990 che ha modificato l'art. 118 c.p. inserendovi un espresso richiamo solamente ad *alcune* delle circostanze che l'art. 70 c.p. continua a definire “soggettive” – il problema attuale sembra essere quello di capire se l'aggravante in questione possa dirsi concernente i “motivi a delinquere”, l’“intensità del dolo” o sia “inerente alla persona del colpevole”.

L'alternativa emersa in giurisprudenza, come si è visto, è quella di ritenere che l'aggravante non rientri in nessuna delle circostanze richiamate dall'art. 118 c.p., attenendo piuttosto alle “modalità della condotta” ed assumendo quindi carattere *oggettivo* ai sensi dell'art. 70, primo comma, c.p.

##### 4.2. Preferibilità della tesi “soggettivista”.

Va rilevato che in dottrina è del tutto predominante la tesi favorevole a considerare l'aggravante in esame di natura “soggettiva” (*rectius* concernente i “motivi a delinquere” e/o “l'intensità del dolo”)<sup>13</sup>.

Anche in giurisprudenza, in particolare dal 2017 – dando seguito a quanto incidentalmente affermato dalle due pronunce delle Sezioni unite del 2001 e del 2009

---

<sup>13</sup> CIVELLO, *Il sistema delle circostanze e il complessivo carico sanzionatorio detentivo*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano B., in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito-Romano-Ronco-Spangher, Torino, 2015, p. 189 ss.; DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 48; FONDAROLI, *Profili sostanziali dei decreti legge 13/5/91 n. 152, convertito con modifiche nella l. 12 luglio 1991, n. 203, e 31 dicembre 1991, n. 346, convertito nella l. 18 febbraio 1992, n. 172*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di Corso-Insolera-Stortoni, Torino, 1995, vol. II, p. 683.

sopra citate – si è fatta strada la tesi della natura *soggettiva* e dell’applicabilità dell’art. 118 c.p.<sup>14</sup>.

Tesi, quest’ultima, che ci pare condivisibile in quanto maggiormente conciliabile (per non dire l’unica compatibile) con il tenore letterale della disposizione, e dunque con il principio di legalità. La norma, infatti, si esprime in modo estremamente chiaro nel senso di richiedere che il reato sia commesso “al fine di” agevolare l’attività dell’associazione mafiosa, il che non può non significare con quel preciso (ancorché non necessariamente unico<sup>15</sup>) scopo<sup>16</sup>.

Pare quindi difficilmente contestabile che la circostanza in esame richieda una specifica componente volitiva, consistente in particolare nell’aver di mira l’agevolazione di attività poste in essere da un’associazione mafiosa.

Ciò sembra peraltro ammesso finanche da quelle sentenze che si annoverano all’interno dell’orientamento “oggettivista”. Esse, pur affermando in linea teorica l’inquadramento dell’aggravante in esame tra le circostanze inerenti alle “modalità dell’azione”, e dunque l’inapplicabilità dell’art. 118 c.p., riconoscono che “*la consapevolezza [dello] scopo dell’azione risulta essenziale alla configurazione dell’aggravante*” (Cass. n. 24025/2012, *Di Mauro*) o che è comunque necessario che “*l’aspetto volitivo – espresso nella norma col riferimento al “fine di agevolare” l’associazione mafiosa – sussista in capo ad alcuni, o anche ad uno soltanto [dei concorrenti]*” (Cass. n. 10966/2012, *Minniti*) o ancora che alla particolare modalità dell’azione “*corrisponde sotto il profilo soggettivo il dolo specifico*” (Cass. n. 19802/2009, *Napolitano*).

La natura in questo senso “soggettiva” della circostanza in esame lascia aperta la questione della sua riconducibilità ad una delle categorie di circostanze richiamate dall’art. 118 c.p.

Al riguardo ci sembra anzitutto potersi escludere pacificamente che essa rientri tra le circostanze “*inerenti alla persona del colpevole*”, giacché la definizione di quest’ultima è offerta in modo inequivoco dall’ultimo comma dell’art. 70 c.p. e nessuna delle proposte dottrinali volte ad estendere la portata dell’art. 118 c.p. a discapito di tale definizione ha trovato seguito nel diritto vivente<sup>17</sup>.

Non appare del tutto convincente nemmeno l’alternativa di ritenere che la stessa attenga all’*intensità del dolo*. Quest’ultima locuzione (che richiama la formula impiegata all’art. 133 c. 1 n. 3 c.p.) sembra infatti attenere al grado di probabilità con cui il soggetto si è rappresentato la realizzazione del reato (dolo intenzionale, diretto o eventuale) o al

<sup>14</sup> Per tutti questi riferimenti giurisprudenziali, v. *supra*.

<sup>15</sup> Lo scopo agevolativo, lungi dal dover essere l’unico ad aver guidato la condotta illecita, ben può essere accompagnato da ulteriori finalità che il soggetto aveva di mira. Cfr. Cass., sez. VI, 3 dicembre 2014 (dep. 9 luglio 2015), n. 29311; Cass., sez. V pen., 4 febbraio 2015 (dep. 16 marzo 2015), n. 11101; Cass., sez. I pen., 24 maggio 2012 (dep. 18 dicembre 2012), n. 49086.

<sup>16</sup> Del resto la presenza di espressioni come “al fine di”, “allo scopo di” o “per” sono sintomatiche della presenza di un dolo specifico. In questo senso, tra gli altri, MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di diritto penale*, VIII ed., p. 360.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. ad esempio MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1495 s. e, già prima della riforma, circa la natura tassativa dell’art. 70, comma 2, c.p., tra gli altri, FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958, p. 5.

grado di perseveranza nel proposito criminoso (premeditazione)<sup>18</sup>; né il dolo specifico sembra potersi qualificare come una manifestazione particolarmente forte di dolo.

Ben più agevole, invece, ci sembra la possibilità di inquadrare la circostanza in esame tra quelle inerenti ai “motivi a delinquere”<sup>19</sup>. Tale locuzione può assumere infatti un significato letterale sufficientemente esteso, tale da ricomprendere non solo i motivi in senso stretto (ad esempio, motivi abietti o futili), ma anche altre finalità che comunque abbiano guidato l’azione criminosa: è infatti comunemente ritenuta tale l’aggravante del c.d. nesso teleologico *ex art. art. 61 n. 2 c.p.*<sup>20</sup>, e un discorso analogo potrebbe svolgersi – tra l’altro – per l’aggravante del fine di libidine *ex art. 573 c. 2 c.p.*, per il fine di far commettere un reato *ex art. 613 c. 3 n. 1 c.p.* e per il fine di delinquere o di sottrarsi all’arresto di cui all’art. 576 nn. 3 e 4 c.p.<sup>21</sup>.

#### 4.3. L’oggettiva funzionalizzazione della condotta e l’analogia strutturale con il dolo specifico.

In senso contrario (e cioè a favore della tesi della natura “oggettiva”) non ci sembra peraltro che possa deporre il fatto che la dottrina e la giurisprudenza, anche quella che propugna la tesi *soggettivista*, finiscano per riconoscere che l’aggravante in esame presupponga l’accertamento di una oggettiva funzionalizzazione della condotta a raggiungere l’agevolazione avuta di mira dall’agente<sup>22</sup>.

La richiesta di siffatto requisito *lato sensu* di idoneità, lungi dal qualificare in termini “oggettivi” la *ratio* e la natura della circostanza, ci sembra se mai imposto da un’esigenza di rispetto dei principi costituzionali di materialità e offensività, e cioè dalla necessità di non addossare al reo un aggravio di pena in ragione di un mero disvalore d’intento, poco consoni ai connotati di un diritto penale di impronta liberale. Se in tanto si può fondare un’incriminazione o un aggravamento sanzionatorio su di una finalità perseguita dal reo in quanto ad essa corrisponda un’effettiva messa in pericolo per il bene giuridico che si intendeva tutelare, allora ben può affermarsi che l’idoneità oggettiva funge da mero limite in concreto all’operatività della circostanza aggravante, che può nondimeno mantenere una *ratio* soggettiva nel senso anzidetto.

---

<sup>18</sup> Sul punto cfr. anche F. BASILE, *sub art. 118*, in Dolcini – Gatta, *Codice penale commentato*, IV ed., Ipsoa, p. 1867 secondo cui “rientrano le circostanze concernenti il grado di probabilità con il quale il soggetto si è rappresentato la realizzazione concreta degli estremi del reato, il grado di adesione della volontà al fatto e alle sue conseguenze, la formazione della motivazione e della decisione di agire, nonché la complessità e la durata del processo deliberativo”.

<sup>19</sup> In questo senso, oltre alla giurisprudenza già sopra citata in riferimento alla tesi della natura soggettiva, si veda in dottrina DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi*, *cit.*, p. 48.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., sez. V pen., 26 settembre 2000, n. 11497; Cass., sez. VI pen., 17 marzo 1995, n. 5797.

<sup>21</sup> Cfr. F. BASILE, *cit.*, p. 1867.

<sup>22</sup> In dottrina, in senso favorevole a ritenere necessario tale accertamento, DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3500; MERENDA, *La circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa: incoerenze sistematiche e incertezze applicative*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 3, p. 2.

L'accertamento di un'effettiva maggiore offensività che giustifichi l'aggravamento sanzionatorio è tanto più necessario rispetto all'aggravante in esame alla luce del fatto che il riconoscimento della stessa non determina solo un aggravamento della pena da un terzo alla metà, ma influisce in modo pesantemente negativo – tra l'altro – anche sul regime della prescrizione (cfr. art. 157 c.p., che rinvia all'art. 51 c. 3-*bis* c.p.p.) e sul regime penitenziario (cfr. art. 4-*bis* ss. ord. penit.).

Peraltro, la richiesta di una necessaria idoneità oggettiva della finalità agevolatrice si pone in linea di continuità con quelle autorevoli tesi che propugnano un medesimo accertamento rispetto alle fattispecie a dolo specifico, e in particolare a quelle in cui oggetto del dolo specifico è un evento offensivo di beni giuridici (ad es. il sequestro a scopo di estorsione)<sup>23</sup>. Anche rispetto a queste fattispecie l'accertamento dell'oggettiva idoneità della condotta a perseguire quel fine specifico appare necessario – al metro dei principi di materialità e offensività – per giustificare la più severa reazione ordinamentale all'illecito alla luce di un'effettiva probabile realizzazione dell'evento offensivo.

Siffatto parallelismo tra le fattispecie incriminatrici a dolo specifico e la circostanza dell'agevolazione mafiosa appare d'altronde coerente, data la peculiare struttura dell'aggravante in discorso: la volizione richiesta non ha ad oggetto un elemento del fatto tipico, cioè un elemento costitutivo del reato necessario alla sua consumazione, bensì un *quid* estrinseco al tipo. Ciò attribuisce in effetti a tale circostanza una struttura analoga a quella propria del dolo specifico<sup>24</sup>.

Siffatta analogia strutturale tra l'aggravante in esame e il dolo specifico potrebbe determinare, secondo l'ordinanza in commento, un "dubbio sistematico" circa la legittimità che il dolo di una fattispecie penale venga determinato per via circostanziale.

La questione, di ampio respiro, meriterebbe probabilmente un'approfondita disamina. Possiamo tuttavia limitarci ad osservare che non ci sembra che il dolo previsto dalla fattispecie-base venga trasformato (snaturato) dalla circostanza in esame. Non ci sembra cioè che un elemento strutturale del reato venga determinato dalla norma che descrive la circostanza anziché da quella che descrive il fatto tipico. Il tipo e i suoi elementi costitutivi rimangono infatti tali. Semplicemente, *oltre* al dolo (generico o specifico che sia) richiesto ai fini dell'integrazione del reato in forma semplice, *si aggiunge* una finalità ulteriore che – in mera analogia strutturale rispetto al dolo specifico – ha ad oggetto un risultato estraneo rispetto agli *essentialia delicti*.

---

<sup>23</sup> Cfr. MARINUCCI–DOLCINI–GATTA, *Manuale, cit.*, p. 521 e 522. Sul punto cfr. anche PROSDOCIMI, *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 248.

<sup>24</sup> In questo senso è peraltro orientata la dottrina prevalente: cfr., tra i molti, FONDAROLI, *Profili sostanziali*, *cit.*, p. 683.

#### 4.4. Una diversa prospettiva: dubbi circa la concreta applicabilità del criterio di imputazione di cui all'art. 59, comma 2, c.p.

Se dunque, alla luce di quanto detto, appare preferibile una qualificazione della circostanza in esame in termini "soggettivi", con conseguente necessario accertamento della stessa in relazione ad ogni singolo concorrente nel reato, tuttavia, ci sembra di poter ulteriormente osservare che ad analoga conclusione – quella di escludere l'estendibilità della circostanza ai concorrenti a titolo di mera colpa *ex art. 59 c.p.* – potrebbe forse giungersi anche a prescindere dalla riconducibilità della circostanza in esame tra quelle indicate all'art. 118 c.p.

Se è vero che la conseguenza di escludere l'applicabilità dell'art. 118 c.p. è che torni *in astratto* applicabile la norma generale di cui all'art 59, comma 2, c.p., è altrettanto vero che l'art. 59 c.p. può logicamente operare solamente *ove concretamente applicabile*, e cioè solo laddove non intervengano deroghe.

Infatti è pressoché pacifico che il criterio generale di imputazione delle circostanze *ex art. 59, comma 2, c.p.* soffra delle deroghe in parte esplicite (ad esempio quella dell'art. 60 c.p.) e in parte implicite, queste ultime essendo rappresentate proprio da tutti quei casi in cui la circostanza rileva solo laddove i dati di fatto che le integrano siano conosciuti dall'agente<sup>25</sup>. Tradizionali esempi in questo senso sono rappresentati – tra l'altro – dalle aggravanti del nesso teleologico *ex art. 61 n. 2 c.p.* o dell'aver adoperato sevizie *ex art. 61 n. 4 c.p.*<sup>26</sup>; così come, rispetto alle attenuanti, non può operare la regola della rilevanza oggettiva *ex art. 59, comma 1, c.p.* quando sia la stessa circostanza ad esigere l'effettiva conoscenza, come nel caso dell'essersi adoperato *spontaneamente* ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato *ex art. 62 n. 6 c.p.*

Vi sono cioè circostanze che sono ontologicamente costruite dal legislatore in modo incompatibile con un'imputazione colposa, poiché contengono nella loro stessa descrizione legale un criterio di imputazione "speciale" rispetto a quello generale scolpito nell'art. 59, comma 2, c.p.

A queste circostanze pare riconducibile quella dell'agevolazione mafiosa<sup>27</sup>, per la cui integrazione essendo richiesta una componente volitiva, addirittura contraddistinta

<sup>25</sup> Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, VIII ed., 2019, p. 442; MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale*, cit., p. 610; PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2016, p. 525, FROSALI, *Sistema*, cit., p. 584. Cfr. anche PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 141 ss., nonché MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1457 secondo cui: "laddove la formulazione sintattica della disposizione che prevede una specifica circostanza determina – comunque presuppone –, quale requisito tipico della stessa, la presenza di un coefficiente soggettivo di effettiva conoscenza da parte dell'agente, si verrà a configurare un limite implicito all'operatività della regola generale che dovrà lasciare spazio al necessario accertamento dei soli dati soggettivi postulati da quella particolare circostanza". Per un'analoga considerazione circa l'art. 59 c.p. nella versione precedente alla riforma, cfr. Padovani, *Circostanze del reato*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, p. 202.

<sup>26</sup> Cass., Sez. Un. pen., 23 giugno 2016, n. 40516, *Del Vecchio*.

<sup>27</sup> In questo senso si veda anche ALBERICO, *L'aggravante dell'agevolazione mafiosa ed il problema della sua estensione concorsuale*, in *Indice penale*, 2017, p. 250.

da uno scopo specifico, che risulta in modo inequivoco dalla formulazione sintattica della disposizione (“al fine di”) e che è riconosciuta in modo pressoché unanime dalla giurisprudenza, perfino da quella suffragante la tesi della natura oggettiva. Infatti, anche le sentenze riconducibili a quest’ultimo indirizzo – come si è già osservato – non negano la necessità di una “consapevolezza [dello] scopo dell’azione”, di un “aspetto volitivo” o di un “profilo soggettivo” corrispondente al “dolo specifico”<sup>28</sup>. Elementi, questi ultimi, che si pongono in evidente incompatibilità strutturale con un’imputazione di tipo colposo.

## 5. Conclusioni.

In estrema sintesi, diversi validi argomenti sembrano militare a favore di una qualificazione della circostanza in esame tra quelle “soggettive” richiamate dall’art. 118 c.p., e in particolare tra quelle inerenti i “motivi a delinquere”, senza che a ciò osti né la richiesta del requisito della concreta idoneità della condotta, né l’analogia strutturale rispetto al dolo specifico (*supra*, §§ 4.2 e 4.3).

Ciò posto, anche laddove si volesse sostenere la tesi della natura “oggettiva” dell’aggravante in questione, sulla scorta di un’asserita preponderanza della componente *oggettiva* relativa alle modalità dell’azione sul coefficiente *soggettivo-volitivo*, in ogni caso l’innegabile presenza di quest’ultimo tra i requisiti tipici della stessa potrebbe indurre ad escluderne un’imputazione meramente colposa *ex art. 59*, comma 2, c.p., tanto in capo all’autore del reato quanto in capo ai partecipi (*supra*, § 4.4).

A prescindere, dunque, da quale dei due canali argomentativi si ritenga di percorrere, l’esito ci sembra in ogni caso essere quello di ritenere necessario un criterio di imputazione di carattere doloso; il che dovrebbe escludere, tra l’altro, che l’aggravante in questione possa essere contestata al soggetto che sia chiamato a concorrere a titolo di concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*

Rimane peraltro aperta l’ulteriore questione di stabilire se, in caso di concorso di persone *ex art. 110 c.p.*, debba riconoscersi l’aggravante solo in capo a chi abbia condiviso lo scopo agevolativo, accertandosi cioè in capo a ciascuno dei concorrenti la specifica (ancorché non necessariamente esclusiva) finalità di agevolazione dell’attività dell’associazione mafiosa, oppure se possa ritenersi sufficiente che il correo abbia solamente conosciuto l’intento avuto di mira dall’autore del reato, ammettendosi cioè

---

<sup>28</sup> Si tratta, rispettivamente, delle espressioni usate dalle già sopra citate sentenze: Cass. n. 24025/2012, *Di Mauro*; Cass. n. 10966/2012, *Minniti* e Cass. n. 19802/2009, *Napolitano*. Tutte le altre sentenze citate dall’ordinanza di rimessione come riconducibili all’indirizzo “oggettivista” si limitano a rinviare in motivazione a queste ultime senza ulteriormente argomentare sul punto (così Cass., sez. II pen., 17 gennaio 2017, n. 24046 che richiama Cass., sez. II pen., 24 novembre 2016, n. 52025, che a sua volta si limitava a richiamare Cass. n. 10966/2012; sostanzialmente apodittica l’affermazione della natura oggettiva anche in Cass., sez. II pen., 5 dicembre 2013, n. 51424 e Cass., sez. II pen., 11 marzo 2016, n. 13707).

in capo al concorrente una contestazione a coefficiente soggettivo (pur sempre doloso ma) “attenuato” rispetto a quello richiesto in capo all’autore del reato<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> In quest’ultimo senso è orientata quella giurisprudenza che ritiene che le circostanze soggettive rientranti nel novero dell’art. 118 c.p. possano in un certo senso “comunicarsi” quando siano “fatte proprie” dai concorrenti che le conoscano e le condividano (sul punto, cfr. ad esempio, F. BASILE, *cit.*, p. 1866 ss.; nonché BALSAMO, sub *art. 118*, in Ronco – Romano, *Codice penale commentato*, IV ed., Utet, p. 789). In questo senso, cfr. anche Cass, sez. I pen., 2 febbraio 2018 (dep. 10 maggio 2018), n. 20756 che, in riferimento alla circostanza del nesso teleologico *ex art. 61, n. 2, c.p.*, pur riconoscendone la natura soggettiva in quanto “inerente ai motivi a delinquere”, ha ritenuto che “l’aggravante in questione in tanto può estendersi al concorrente in quanto i motivi a delinquere dell’autore della condotta rientrano nella rappresentazione e volizione – anche solo sotto il profilo del dolo eventuale – del concorrente medesimo”. Al di fuori dell’ambito delle circostanze, può invece rammentarsi quell’orientamento secondo cui il dolo del concorrente in una fattispecie a dolo specifico può essere generico, purché connotato dalla consapevolezza dell’altrui fine specifico: in questi termini, di recente, Cass., sez. III pen., 15 marzo 2019 (dep. 7 maggio 2019), n. 19213.

**L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2016/1919  
NEI PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE  
DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO  
FRA SCELTE POSITIVE E LACUNE STRUTTURALI**

di Marta Bargis

*Lo scritto analizza l'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato dal particolare angolo visuale delle persone ricercate nell'ambito dei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo, soffermandosi sugli esiti parzialmente positivi e sulle problematiche ancora da risolvere. Si coglie inoltre l'occasione per un "fuor d'opera" conclusivo, riservato alle modifiche attuali e prossime venture della legge attuativa dell'euro-mandato contemplate nella legge europea 2018 e nella legge di delegazione europea 2018.*

SOMMARIO: 1. L'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24): premessa e perimetro dell'analisi. – 2. Le ricadute sul procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: gli esiti parzialmente positivi. – 3. Le problematiche ancora aperte: a) i tempi della decisione sull'istanza ammissiva. – 4. Segue: b) la qualità dei servizi di patrocinio e la formazione. – 5. Segue: c) i mezzi di ricorso effettivi. – 6. Segue: d) le persone ricercate vulnerabili, con specifico riguardo al minore destinatario di un euro-mandato. – 7. Un "fuor d'opera": legge europea 2018 e legge di delegazione europea 2018, ovvero modifiche attuali e prossime venture per la legge attuativa del m.a.e.

**1. L'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24): premessa e perimetro dell'analisi.**

Il nostro legislatore ha attuato la direttiva 2016/1919/UE<sup>1</sup>, persino con qualche

---

<sup>1</sup> *Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in G.U.U.E., 4 novembre 2016, L 297/1. In proposito v. V. BONINI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, in D. Negri – P. Renon (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 413 ss.; L. CAMALDO, [La direttiva 2016/2019/UE sul gratuito patrocinio completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2016; N. CANESTRINI, *La direttiva sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 839 ss.; S. CRAS, *The*

margine di anticipo rispetto al termine fissato dall'atto europeo<sup>2</sup>, mediante il d.lgs. n. 24 del 2019<sup>3</sup>: lo scostamento dalla prassi dei cronici ritardi che hanno nel tempo caratterizzato gli incombenti attuativi va ovviamente visto con favore, sebbene un ruolo dirimente abbia di certo giocato il fatto che il provvedimento si caratterizza per dimensioni assai contenute, composto com'è di soli quattro articoli, l'ultimo dei quali dedicato alle «*Disposizioni finanziarie*». Le ragioni di questo intervento circoscritto sono spiegate nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo inviato alle competenti Commissioni parlamentari per l'espressione del loro parere<sup>4</sup>, ma va subito posto in evidenza che, soprattutto in ordine agli aspetti relativi all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali, i primi commentatori<sup>5</sup> hanno lamentato il carattere lacunoso dell'attuazione, mostrandosi «nel complesso insoddisfatti»<sup>6</sup> per la scarsa attenzione riservata dal Governo alle delicate problematiche emerse nella pratica quotidiana del sistema di patrocinio<sup>7</sup> e rimarcandone l'approccio miope, privo di qualsiasi «ripensamento critico dei meccanismi»<sup>8</sup> che caratterizzano la disciplina interna dell'istituto.

Il giudizio appare meno severo per quanto concerne l'attuazione della direttiva nella parte dedicata all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo (d'ora in avanti, m.a.e.), cui è rivolta la presente analisi: in effetti, la previsione (art. 1 d.lgs. n. 24 del 2019) riesce a superare qualche profilo critico che la dottrina aveva individuato a suo tempo nella direttiva<sup>9</sup>; purtroppo, l'estensione della disciplina del

*Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings. Genesis and Description of the Sixth Instrument of the 2009 Roadmap*, in *Euclid*, 2017, p. 35 ss.; M. FONTAINE, *Une directive relative à l'aide juridictionnelle dans l'Union, enfin?*, in *www.gdr-elsj.eu*, 22 ottobre 2016; C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: la battuta finale nel cammino verso la mappatura dei diritti procedurali fondamentali*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 4 maggio 2017; M. POSTIGLIONE, [Verso un effettivo diritto al patrocinio a spese dello Stato?](#), in *www.eurojus.it*, 20 febbraio 2017.

<sup>2</sup> Il termine per il recepimento, in origine fissato al 25 maggio 2019 (art. 12 § 1 direttiva 2016/1919), è stato in seguito anticipato al 5 maggio: cfr. *Rettifica della direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *G.U.U.E.*, 5 aprile 2017, L 91/40.

<sup>3</sup> Recante *Attuazione della direttiva (UE)2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *G.U.*, 26 marzo 2019, n. 72.

<sup>4</sup> *Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Relazione illustrativa*.

<sup>5</sup> V., in ordine cronologico, E. GRISONICH, [L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE: un timido intervento in materia di patrocinio a spese dello Stato](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, p. 213 ss.; F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato: una prima lettura*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 1209 ss.

<sup>6</sup> In questi termini, identicamente, F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1229; E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 230.

<sup>7</sup> Così E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 230.

<sup>8</sup> Cfr. F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1229.

<sup>9</sup> Sul punto v. *infra*, § 2.

patrocinio trascina con sé, anche per questa tipologia di procedimenti, le stesse problematiche sottolineate per i procedimenti penali ordinari<sup>10</sup>.

## 2. Le ricadute sul procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: gli esiti parzialmente positivi.

Prima di esaminare i profili attuativi riguardanti il procedimento di esecuzione del m.a.e., è opportuno rammentare che la direttiva (UE) 2016/1919, stabilendo norme minime comuni sul diritto al patrocinio a spese dello Stato, «integra le direttive 2013/48/UE<sup>11</sup> e (UE) 2016/800<sup>12</sup>», tanto che nessuna sua disposizione «può essere interpretata in modo da limitare i diritti conferiti da tali direttive» (art. 1 § 2). Con specifico riferimento agli “spazi” difensivi, l’art. 10 direttiva 2013/48/UE ha introdotto una importante novità, rappresentata dal diritto del ricercato alla “*dual defence*”<sup>13</sup>, cioè a usufruire di un difensore sia nello Stato di esecuzione sia nello Stato di emissione del m.a.e. (art. 10 §§ 4 e 5); per quanto attiene al patrocinio a spese dello Stato, invece, il successivo art. 11 ha semplicemente fatto salvo il diritto nazionale, da applicare in conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (d’ora innanzi, Carta) e alla c.e.d.u. Peraltro, come notava la Relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva sull’ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell’ambito di procedimenti di esecuzione del m.a.e., «mentre tutti gli Stati membri consentono l’accesso al patrocinio a spese dello Stato a indagati e imputati in procedimenti penali, non sempre lo concedono ai ricercati nell’ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d’arresto europeo»<sup>14</sup>, ostacolando così il diritto alla “duplice

<sup>10</sup> Sulle quali v. *infra*, §§ 3-6.

<sup>11</sup> *Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in G.U.U.E., 6 novembre 2013, L 294/1.

<sup>12</sup> *Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in G.U.U.E., 21 maggio 2016, L 132/1. La direttiva avrebbe dovuto venire recepita entro l’11 giugno 2019 (art. 24 § 1): compresa (n. 9) nell’elenco contenuto nell’Allegato A alla legge di delegazione europea 2016-2017 (l. 25 ottobre 2017, n. 163, in G.U., 6 novembre 2017, n. 259), tale direttiva non è stata finora attuata. Per una sintesi delle previsioni riferite al m.a.e. v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, IV ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 440 s.

<sup>13</sup> Sull’argomento v. M. BARGIS, [Il diritto alla “dual defence” nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva \(UE\) 2016/1919](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 42 ss., cui si rimanda per ulteriori citazioni dottrinali; F. SIRACUSANO, *Il diritto all’assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo*, in D. Negri – P. Renon (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, cit., p. 224 ss. Riconosce che, in tema di m.a.e., le direttive di Stoccolma hanno compiuto un «vero e proprio salto di qualità» J. DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo “embrione” di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1406.

<sup>14</sup> COM (2013) 824 def., 27 novembre 2013, p. 4, punto 11 della Relazione illustrativa, dove si chiariva come la proposta imponesse «agli Stati membri di concedere l’accesso al patrocinio a spese dello Stato anche oltre

difesa” previsto dalla direttiva 2013/48/UE: infatti, l’innovazione concretizzava un indubbio ampliamento di tutela per la persona destinataria di un m.a.e., costituendo però nel contempo un aggravio economico che non tutti i ricercati sarebbero stati in grado di sostenere, con la conseguente rilevanza prospettica della direttiva sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato. A sua volta, l’art. 17 direttiva (UE) 2016/800 ha riconosciuto al ricercato minorenne il diritto di avvalersi di un difensore ai sensi della direttiva 2013/48/UE e l’art. 18 ha stabilito che gli Stati membri provvedano affinché la legislazione nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato garantisca l’effettivo esercizio del diritto a essere assistito da un difensore.

La direttiva (UE) 2016/1919 si applica (art. 2 § 2), in seguito all’arresto nello Stato membro di esecuzione, alle persone ricercate che hanno il diritto di avvalersi di un difensore in virtù della direttiva 2013/48/UE. Secondo l’art. 5 § 1 lo Stato membro di esecuzione assicura che la persona ricercata goda del diritto al patrocinio a spese dello Stato dal momento dell’arresto (eseguito in conformità al m.a.e.) fino alla consegna o fino al momento in cui la decisione sulla mancata consegna diventi definitiva.

Dal canto suo, lo Stato membro di emissione, in caso di m.a.e. emesso per l’esercizio di un’azione penale e se la persona ricercata esercita il diritto di nominare un difensore in tale Stato perché assista il difensore nello Stato membro di esecuzione, assicura che la persona, nell’ambito del procedimento di esecuzione del m.a.e., abbia diritto al patrocinio a spese dello Stato sul suo territorio, nella misura in cui il patrocinio «sia necessario ad assicurare un accesso effettivo alla giustizia» (art. 5 § 2); per il considerando n. 21 secondo periodo, «ciò si applica quando il difensore nello Stato membro di esecuzione non è in grado di svolgere i propri compiti (...) in modo efficiente ed efficace senza l’assistenza di un difensore nello Stato membro di emissione». Il criterio, che corrisponde a quello enunciato nell’art. 47 § 3 Carta (lo ricorda il considerando n. 21 primo periodo), finiva tuttavia con il rimettere all’autorità competente dello Stato membro di emissione un giudizio discrezionale sull’attuazione del diritto in parola: e proprio su questo aspetto si erano appuntate le critiche della dottrina<sup>15</sup>.

L’art. 1 d.lgs. n. 24 del 2019, nell’attuare l’art. 5 direttiva (UE) 2016/1919, ha inserito nell’art. 75 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (t.u. sulle spese di giustizia), che regola l’ambito di applicabilità della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato, il nuovo comma 2-bis: nelle procedure passive di consegna (di cui alla l. 22 aprile 2005, n. 69, attuativa della decisione quadro sul m.a.e.), tale disciplina si applica «dal momento

---

l’ammissione provvisoria, dal momento che non sempre i ricercati sono privati della libertà personale». La proposta di direttiva era accompagnata dalla *Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali* (in *G.U.U.E.*, 24 dicembre 2013, C 378/11): la Raccomandazione concerneva pure il diritto al patrocinio a spese dello Stato per le persone ricercate soggette a procedimento di esecuzione del m.a.e.

<sup>15</sup> Cfr. M. BARGIS, *Il diritto alla “dual defence”*, cit., p. 47 s.; in senso adesivo v. C. PELOSO, *L’approvazione della direttiva 2016/2019*, cit., p. 12; M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto*, cit., p. 6. Cfr. altresì M. FONTAINE, *Une directive relative à l’aide juridictionnelle*, cit., secondo la quale il criterio *de quo* «revient à autoriser l’Etat émetteur à juger de la pertinence ou non du droit d’accès à un avocat, lui-même consacré par la directive 2013/48/UE relative à ce sujet».

dell'arresto eseguito in conformità» del m.a.e. «fino alla consegna o fino al momento in cui la decisione sulla mancata consegna diventi definitiva»; nelle procedure attive, essa vale «in favore della persona ricercata oggetto» di un m.a.e. «ai fini dell'esercizio di un'azione penale e che ha esercitato il diritto di nominare un difensore sul territorio nazionale affinché assista il difensore nello Stato membro di esecuzione».

Sul piano meramente letterale, è facile constatare che il comma 2-*bis* in parte si allinea alle previsioni dell'art. 5 direttiva (UE) 2016/1919, in parte – felicemente – se ne discosta. Per la procedura passiva di consegna, infatti, il disposto ripete pedissequamente il dettato della direttiva<sup>16</sup>; per la procedura attiva, viceversa, si uniforma sì all'atto europeo nel confinare la previsione al solo m.a.e. emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale, senza estenderla al m.a.e. esecutivo, ma non replica la limitazione che connette il patrocinio a spese dello Stato alla necessità di «assicurare un accesso effettivo alla giustizia». In questo modo, la nuova disposizione assicura quel «livello di tutela più elevato» cui accenna il considerando n. 30 della direttiva<sup>17</sup>: non è da sottovalutare il carattere nevralgico delle informazioni che il difensore nominato nello Stato membro emittente è in grado di fornire a quello operante nello Stato membro di esecuzione, visto che esse possono afferire non solo alle circostanze e alle modalità della commissione del reato, bensì anche agli aspetti tecnici e fattuali della legislazione nazionale nella specie rilevanti, magari in rapporto agli orientamenti della Corte di giustizia<sup>18</sup>. Nella valutazione di impatto che accompagnava la proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato si sottolineava inoltre che un effetto dell'assenza di *legal aid* nello Stato membro emittente «*is that the lawyer in the executing Member State is unable to ascertain if the correct procedure was followed and whether there are ground to refuse the EAW*», il che lo condurrà a consigliare al ricercato di resistere alla richiesta di m.a.e.<sup>19</sup>; all'opposto, il ricorso al *legal aid* può in concreto influire positivamente sulla prestazione del consenso alla consegna o diminuire le ipotesi di impugnazione della decisione favorevole alla consegna stessa<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1215; E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 219.

<sup>17</sup> Secondo il considerando n. 30, premesso che la direttiva «stabilisce norme minime», gli Stati membri «dovrebbero poter ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di tutela più elevato»; tuttavia, quest'ultimo «non dovrebbe costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che dette regole minime mirano a facilitare». Valutano positivamente l'eliminazione della clausola limitativa F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1216; E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 219.

<sup>18</sup> Su questi profili v. M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence"*, cit., p. 44; F. SIRACUSANO, *Il diritto all'assistenza del difensore*, cit., p. 228 ss. Nell'ottobre 2017 l'ECBA (*European Criminal Bar Association*) ha pubblicato il suo *Handbook on the EAW for Defence Lawyers (How to defend a European Arrest Warrant Case)*, Palma Edition, 2017: il punto H (p. 46-53) analizza il ruolo del difensore nello Stato membro emittente (ISL, acronimo di *Issuing State Lawyer*).

<sup>19</sup> *Impact Assessment Accompanying the Proposal for Measures on Legal Aid For Suspect or Accused Persons in Criminal Proceedings*, 27 novembre 2013, SWD (2013) 476 final, p. 19.

<sup>20</sup> *Impact Assessment Accompanying the Proposal for Measures on Legal Aid*, cit., p. 20, concludendo che «*the unavailability of legal aid in both the issuing and executing State of an EAW can prejudice the rights of the defendant in extradition proceedings and undermine the mutual trust necessary for the smooth working of this instrument*».

Nella procedura attiva di consegna, è comprensibile che l'operatività del patrocinio a spese dello Stato sia stata limitata al m.a.e. processuale: la scelta affonda le proprie radici in considerazioni di carattere politico ed economico – che hanno reso non indolore l'opzione della direttiva di riconoscere, seppure soltanto in tale frangente, il *legal aid* nello Stato membro di emissione<sup>21</sup> – e viene in qualche modo attenuata osservando che, durante il procedimento conclusosi con la sentenza definitiva di cui si chiede l'esecuzione, il ricercato ha beneficiato, nel Paese membro di emissione del m.a.e., del diritto di accesso al difensore e, se del caso, del patrocinio a spese dello Stato<sup>22</sup>.

La Relazione illustrativa dello schema di decreto chiariva che l'interpolazione dell'art. 75 d.P.R. n. 115 del 2002 è stata motivata da uno scrupolo formale, imperniato sul fatto che esso, contenendo «una sorta di elencazione dei procedimenti cui si applica la disciplina del beneficio, non menzionava espressamente le procedure (attive e passive) di consegna»<sup>23</sup>: si è così inteso ovviare a una lacuna e sgombrare il campo da qualsivoglia incertezza, anche se le corti di appello competenti, in caso di procedura passiva di consegna, avevano già optato «in modo lungimirante»<sup>24</sup> per una interpretazione estensiva, applicando la normativa sul patrocinio pure ai procedimenti concernenti il m.a.e. A dire il vero, se si riflette che la normativa sul diritto alla “*dual defence*”, attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184<sup>25</sup>, può implicare un collegio difensivo composto da due legali, sebbene dislocati in Stati diversi, diventava necessario far menzione delle procedure di consegna in seno alla disciplina sul patrocinio altresì perché l'ammissione a quest'ultimo è esclusa se il richiedente è assistito da due difensori<sup>26</sup>, salvo per le ipotesi di partecipazione a distanza contemplate dall'art. 100 d.P.R. n. 115 del 2002<sup>27</sup>.

La Relazione tecnica allo schema di decreto puntualizzava poi che il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 9 l. n. 69 del 2005, introdotto dall'art. 4 comma 1 lett. a d.lgs. n. 184 del 2016, assicurando nella procedura passiva di consegna al destinatario del m.a.e. l'avviso della facoltà di nominare un difensore nello Stato membro di emissione, «è tale da contenere la previsione che viene ora espressamente esplicitata con l'introduzione del comma 2-*bis*» nell'art. 75 d.P.R. n. 115 del 2002, norma che, intervenendo «solo a

<sup>21</sup> In proposito v. S. CRAS, *The Directive on the Right to Legal Aid*, cit., p. 41. Sull'accordo di compromesso alla base del testo finale della direttiva (UE) 2016/1919 v. M. BARGIS, *Il diritto alla “dual defence”*, cit., p. 50.

<sup>22</sup> Cfr. S. CRAS, *The Directive on the Right to Legal Aid*, cit., p. 41 s., rimarcando che, rispetto ai processi *in absentia*, «*however, this will not always be the case*». In senso critico v. E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 220, ponendo in risalto lo “scollamento” fra la direttiva sul *legal aid* e la direttiva 2013/48/UE, che garantisce la “*dual defence*” senza distinguere tra m.a.e. processuale e m.a.e. esecutivo.

<sup>23</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Relazione illustrativa, cit., p. 6.

<sup>24</sup> V. ancora Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Relazione illustrativa, cit., p. 6.; analogamente Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, *Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, p. 13.

<sup>25</sup> Per un'analisi v. M. BARGIS, *Il diritto alla “dual defence”*, cit., p. 45 s.; S. QUATTROCOLO, [Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE](#), in [www.eurojus.it](#), 15 ottobre 2016; F. SIRACUSANO, *Il diritto all'assistenza del difensore*, cit., p. 235 ss.

<sup>26</sup> Cfr. art. 91 comma 1 lett. b d.P.R. n. 115 del 2002.

<sup>27</sup> Nel senso del testo v. F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1215.

formalizzare un obbligo di adeguamento alla normativa internazionale, ma che di per sé è già correntemente applicata», non determina nuovi o maggiori oneri finanziari<sup>28</sup> (come risulta, del resto, dall'art. 4 comma 2 d.lgs. n. 24 del 2019). Sul versante della procedura attiva di consegna, va rammentato, per completezza, che l'art. 3 d.lgs. n. 184 del 2016 ha interpolato l'art. 29 comma 4 lett. c disp. att. c.p.p., relativo agli elenchi e tabelle dei difensori di ufficio: ora il sistema informatizzato (di cui si avvale l'ufficio istituito presso l'ordine forense di ciascun capoluogo di distretto di corte di appello) deve garantire l'istituzione di un turno differenziato non solo per gli indagati e gli imputati detenuti, ma anche per quelli «arrestati all'estero in esecuzione di mandato di arresto europeo nell'ambito di procedura attiva di consegna, al fine di agevolare la tempestiva nomina di un difensore che assista quello officiato nello Stato di esecuzione»<sup>29</sup>. E qui si innesta la previsione dell'art. 75 comma 2-bis seconda parte d.lgs. n. 115 del 2002.

Infine, sulla base della direttiva (UE) 2016/1919, in ambedue gli Stati membri, di emissione e di esecuzione del m.a.e., il diritto al patrocinio a spese dello Stato può essere subordinato a una valutazione delle risorse (art. 5 § 3), applicandosi, *mutatis mutandis*, i criteri enunciati dall'art. 4 § 3, ove vengono richiamati «fattori pertinenti e obiettivi, quali il reddito, il patrimonio e la situazione familiare, nonché il costo dell'assistenza di un difensore e il livello di vita»<sup>30</sup> nello Stato membro medesimo. Dal punto di vista italiano, come giustamente sottolineato dai primi commentatori<sup>31</sup>, l'interpolazione dell'art. 75 d.P.R. n. 115 del 2002 produce un effetto “generalista”: essendosi stabilito che «la disciplina del patrocinio si applica» alle procedure, passive e attive, di consegna, ne consegue che si applicheranno pure le condizioni per l'ammissione, fissate dall'art. 76 d.P.R. n. 115 del 2002, basate, di regola, sui limiti di reddito imponibile<sup>32</sup>.

Proprio questa portata “generalista” del disposto di nuovo conio produce – lo si è anticipato – un ulteriore riflesso “a cascata”: le questioni su cui oggi si discute per i procedimenti penali ordinari si riproducono, talvolta acuite, nei procedimenti di esecuzione del m.a.e.

---

<sup>28</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Relazione tecnica (sub art. 1 dello schema di decreto).

<sup>29</sup> In proposito v. M. BARGIS, *Il diritto alla “dual defence”*, cit., p. 45; S. QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore*, cit., p. 4; F. SIRACUSANO, *Il diritto all'assistenza del difensore*, cit., p. 235 s.

<sup>30</sup> M. BARGIS, *Il diritto alla “dual defence”*, cit., p. 49. Rispetto all'art. 5 § 3 della proposta di direttiva COM (2013) 824 def., cit., non è più prevista la possibile “verifica del merito” (secondo S. CRAS, *The Directive on the Right to Legal Aid*, cit., p. 42, «[s]uch merit is presumed to exist where an EAW has been issued»); peraltro, il fatto che la procedura per l'ammissione al patrocinio vada instaurata in ambedue gli Stati membri (di esecuzione e di emissione) ha fatto temere la rinuncia a usufruire della “dual defence” da parte del legale nominato nello Stato membro di esecuzione (M. FONTAINE, *Une directive relative à l'aide juridictionnelle*, cit.).

<sup>31</sup> E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 219 s.; nonché F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1216.

<sup>32</sup> V. anche l'art. 92 d.P.R. n. 115 del 2002, che prevede l'elevazione dei limiti di reddito se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari. Quanto alla decisione sull'istanza di ammissione al patrocinio v. *infra*, § 3.

### 3. Le problematiche ancora aperte: a) i tempi della decisione sull'istanza ammissiva.

Volendo compiere una carrellata sulle problematiche ancora aperte nei rapporti fra patrocinio a spese dello Stato e m.a.e., non si può che iniziare dalla tempistica della decisione sull'istanza ammissiva.

Sebbene la direttiva (UE) 2016/1919 non contempli, a differenza di quanto accadeva nella proposta di direttiva, l'ammissione provvisoria al patrocinio<sup>33</sup>, il suo art. 6 stabilisce, al § 1 primo periodo, che le decisioni sulla concessione o no del patrocinio e sulla nomina dei difensori «sono adottate senza indebito ritardo da un'autorità competente»; e, al § 2, che gli Stati membri «adottano le misure necessarie ad assicurare» che le persone ricercate – così come gli indagati e gli imputati – siano informate «per iscritto se la loro richiesta di patrocinio a spese dello Stato è respinta integralmente o in parte»<sup>34</sup>.

L'art. 96 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo modificato dall'art. 12-ter comma 1 lett. c d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 125<sup>35</sup>, prescrive che la decisione intervenga nei dieci giorni successivi a quello in cui è stata presentata o è pervenuta l'istanza di ammissione (verificata come ammissibile)<sup>36</sup>: tuttavia, il termine *de quo* viene interpretato dalla giurisprudenza, di

<sup>33</sup> Su questo aspetto della proposta di direttiva COM (2013) 824 def., cit., v. M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence"*, cit., p. 46; C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/2019*, cit., p. 9 s.; M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto*, cit., p. 7. Ai sensi dell'art. 4 § 3 della proposta di direttiva l'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato era assicurata fino a quando non fosse stata presa e fosse entrata in vigore la decisione finale su tale patrocinio (v. altresì il considerando n. 11 della medesima proposta).

Da segnalare, però, che il considerando n. 19 secondo periodo direttiva (UE) 2016/1919, non riferito ai ricercati, ipotizza la concessione del patrocinio a spese dello Stato «come misura provvisoria o di emergenza prima che si svolga l'interrogatorio o prima che siano svolti gli atti investigativi o di raccolta delle prove» menzionati nel medesimo considerando (cfr. pure l'ultimo periodo del considerando n. 24): v., sul punto, M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto*, cit., p. 7.

<sup>34</sup> Secondo il considerando n. 27 secondo periodo direttiva (UE) 2016/1919, mezzi di ricorso efficaci «dovrebbero essere disponibili qualora il diritto al patrocinio a spese dello Stato sia compromesso, o la prestazione del patrocinio a spese dello Stato sia ritardata o interamente o parzialmente rifiutata» (in proposito v. *infra*, § 5). Nell'ambito delle tematiche che il legislatore italiano avrebbe potuto affrontare in sede attuativa, si è segnalata (E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 229 s.; cfr., in generale, V. BONINI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, cit., p. 435 s.) quella concernente il c.d. *partial legal aid*, che approda appunto a una copertura parziale dei costi della difesa parametrata alle varie soglie di reddito dell'interessato: spunti in questo senso emergono dalla stessa direttiva (UE) 2016/1919, che, al considerando n. 8 secondo periodo, ha precisato come, nel concedere il patrocinio, le autorità competenti degli Stati membri «dovrebbero poter richiedere all'indagato, all'imputato o alla persona ricercata di sostenere parte di tali costi, in base alle risorse finanziarie di cui dispongono».

<sup>35</sup> Per effetto della modifica sono state soppresse nell'art. 96 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002 le parole «, ovvero immediatamente, se la stessa è stata presentata in udienza a pena di nullità assoluta ai sensi dell'articolo 179, comma 2, del codice di procedura penale,». È davvero desolante constatare che la tabella di concordanza fra l'art. 6 della direttiva e la normativa interna ignora la modifica del 2008 e si riferisce alla versione precedente del comma in discorso, mettendo anzi in risalto la sanzione di nullità: cfr. *Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Tabella di concordanza*, p. 8.

<sup>36</sup> La decisione positiva interviene se, alla stregua della dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 79 comma 1 lett. c d.P.R. n. 115 del 2002, ricorrono le condizioni di reddito cui è subordinata l'ammissione. L'istanza viene respinta «se vi sono fondati motivi per ritenere che l'interessato non versa nelle condizioni di cui agli

regola, come ordinario<sup>37</sup>. Orbene, se la disciplina crea perplessità in ordine ai procedimenti penali ordinari<sup>38</sup>, le cose si complicano ulteriormente nei procedimenti di esecuzione del m.a.e.<sup>39</sup>.

Intanto, occorre distinguere fra procedura attiva e procedura passiva di consegna. Nella prima evenienza, in cui l'Italia è lo Stato membro di emissione, la tempestività della decisione sull'istanza di patrocinio è interconnessa alla tempestività della nomina di un difensore nello Stato membro emittente prescritta dalla direttiva 2013/48/UE: ma sul carattere effettivo di una simile tempestività incide il comportamento dell'autorità competente dello Stato membro di esecuzione, sulla quale ricadono gli incombenti descritti nell'art. 10 §§ 4 e 5 di tale direttiva. In altre parole, spetta alla predetta autorità provvedere, senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale, a informare il ricercato del suo diritto di nominare un difensore nello Stato membro di emissione, nonché, nel caso di volontà espressa in questo senso dalla persona ricercata, di informare immediatamente l'autorità giudiziaria italiana.

Nell'ipotesi di procedura passiva di consegna, dove l'Italia è lo Stato membro di esecuzione, vengono in rilievo – oltre agli incombenti informativi nei riguardi della persona di cui è richiesta la consegna sulla facoltà di nominare un difensore nello Stato membro di emissione<sup>40</sup> – i tempi per la decisione sull'ammissione al patrocinio riferita al difensore che assisterà il ricercato nel nostro Paese. Qui bisogna infatti fare i conti con i termini “contingentati” entro i quali va assunta la decisione sull'esecuzione del m.a.e., cioè dieci giorni nel caso di consenso e sessanta giorni negli altri casi (art. 17 §§ 2 e 3 decisione quadro 2002/584/GAI; artt. 14 comma 4 e 17 comma 2 primo periodo l. n. 69 del 2005), salva la possibile proroga di trenta giorni in casi particolari (art. 17 § 4 decisione quadro 2002/584/GAI; art. 17 comma 2 secondo e terzo periodo l. n. 69 del 2005), tanto più considerando che il diritto della persona ricercata alla “duplice difesa” non deve pregiudicare l'osservanza dei termini previsti per la decisione sulla consegna (art. 10 § 6 direttiva 2013/48/UE).

---

articoli 76 e 92, tenuto conto delle risultanze del casellario giudiziale, del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte. A tale fine, prima di provvedere, il magistrato può trasmettere l'istanza, unitamente alla relativa dichiarazione sostitutiva, alla Guardia di finanza, per le necessarie verifiche» (art. 96 comma 2 d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo modificato dall'art. 12-ter comma 1 lett. d d.l. n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125 del 2008, che ha inserito il riferimento alle «risultanze del casellario giudiziale»).

<sup>37</sup> Cfr. E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 225 s., che puntualizza (*ivi*, p. 226) come non rimedi a tale situazione l'art. 109 d.P.R. n. 115 del 2002, a norma del quale gli effetti dell'ammissione al patrocinio «decorrono dalla data in cui l'istanza è stata presentata o è pervenuta all'ufficio del magistrato o dal primo atto in cui interviene il difensore, se l'interessato fa riserva di presentare l'istanza e questa è presentata entro i venti giorni successivi».

<sup>38</sup> In proposito, per rilievi critici, v. E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 226; nonché F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1223 s.

<sup>39</sup> Il considerando n. 20 direttiva (UE) 2016/1919 pone l'accento, del resto, sulla «specificità» dei procedimenti di esecuzione del m.a.e.

<sup>40</sup> Cfr. artt. 9 comma 5-bis e 12 comma 1-bis l. n. 69 del 2005, inseriti, rispettivamente, dall'art. 4 comma 1 lett. a e b d.lgs. n. 184 del 2016. In proposito v. M. BARGIS, *Il diritto alla “dual defence”*, cit., p. 45 s.

Non è detto, ovviamente, che i termini fissati dagli artt. 14 comma 4 e 17 comma 2 l. n. 69 del 2005 siano sempre rispettati: innanzitutto, perché il nostro Paese non ha tenuto conto che la decisione quadro (art. 17 §§ 2 e 3 decisione quadro 2002/584/GAI) collega i termini alla decisione definitiva e li ha invece ancorati alla pronuncia di primo grado (art. 17 comma 2 l. n. 69 del 2005), mostrando dunque di considerare possibile il loro superamento, qualora venga presentato ricorso per cassazione *ex art. 22 l. n. 69 del 2005*<sup>41</sup>. In secondo luogo, perché possono verificarsi situazioni in cui, per circostanze eccezionali, l'autorità giudiziaria italiana non sia in grado di rispettare i suddetti termini: dalle Relazioni annuali di Eurojust emerge la consistenza numerica dei ritardi a livello europeo<sup>42</sup>, determinati, ad esempio, dalla richiesta di ulteriori informazioni allo Stato membro emittente<sup>43</sup>, dalla durata dei procedimenti di impugnazione e dall'alto numero di m.a.e.

Va ricordato, però, che, secondo l'orientamento della Corte di giustizia inaugurato con il caso *Lanigan*<sup>44</sup> e recentemente ripreso e puntualizzato<sup>45</sup>, la mera

<sup>41</sup> Si tratta di una delle dissonanze della nostra normativa di recepimento rispetto alla decisione quadro sul m.a.e.: per un quadro d'insieme, inerente alla procedura passiva di consegna, v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 411-416.

<sup>42</sup> Per i relativi dati v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 407. Infatti, a norma dell'art. 17 § 7 primo periodo decisione quadro m.a.e., se, «in circostanze eccezionali, uno Stato membro non è in grado di rispettare i termini stabiliti» in tale articolo, «ne informa l'Eurojust, indicando i motivi del ritardo».

<sup>43</sup> Si pensi, ad esempio, all'importanza che può rivestire l'esistenza nello Stato membro emittente di inadempienze riguardanti le condizioni detentive, sia strutturali sia riferite a certi centri di detenzione, se comprovate da elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati, dopo la pronuncia della Corte giust. (Grande Sezione), 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, punti 88 ss. (v. altresì, sulla stessa falsariga e per precisazioni ulteriori, Corte giust., 25 luglio 2018, *ML*, C-220/18 PPU, sulle condizioni di detenzione in Ungheria; Corte giust. [Grande Sezione], 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C-128/18, sulle condizioni di detenzione in Romania). In argomento v. M. ROGAN, *What constitutes evidence of poor prison condition after Aranyosi and Căldăraru? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, p. 209 ss. Da un recente studio (E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, 2018, consultabile in <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, unitamente all'Annex I. *Country reports*), commissionato dal Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs del Parlamento europeo, a richiesta della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) e condotto su un campione di nove Stati membri (Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Italia, Paesi Bassi, Romania e Spagna), emerge infatti che, in seguito alla suddetta pronuncia, si sono verificati numerosi casi di sospensione dell'esecuzione del m.a.e. nei quali, per i ritardi dell'autorità giudiziaria emittente nel fornire le informazioni richieste, è stato superato il limite temporale stabilito dall'art. 17 decisione quadro 2002/584/GAI e che in alcuni Stati (Germania, Italia e Paesi Bassi) il numero di non esecuzioni del m.a.e. è cresciuto in modo esponenziale in confronto al periodo precedente alla sentenza della Corte.

<sup>44</sup> Corte giust., 16 luglio 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU, sulla quale v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017 p. 189-191.

<sup>45</sup> Corte giust., 12 febbraio 2019, *TC*, C-492/18 PPU: i giudici di Lussemburgo hanno definito incompatibile con la decisione quadro sul m.a.e. una disposizione nazionale (nella specie, dei Paesi Bassi) che prevede un obbligo generale e incondizionato di rimessione in libertà di una persona arrestata in forza di un euro-mandato «allo scadere di un termine di novanta giorni dal suo arresto», allorché «esiste un rischio molto elevato di fuga della medesima, che non può essere ridotto a un livello accettabile mediante l'imposizione

scadenza dei termini fissati dalla decisione quadro sul m.a.e. non esime lo Stato membro di esecuzione dall'obbligo di proseguire il procedimento e di adottare la decisione definitiva sull'esecuzione dell'euro-mandato: a tale conclusione la Corte è pervenuta mediante una lettura congiunta dell'art. 17 e dell'art. 15 § 1 decisione quadro 2002/584/GAI, ai sensi del quale l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide la consegna della persona nei termini e alle condizioni stabilite dalla decisione quadro medesima<sup>46</sup>.

Quanto al profilo della libertà personale del soggetto destinatario del mandato, a parere della Corte di giustizia il combinato disposto dell'art. 12 decisione quadro 2002/584/GAI (dove si prevede la possibilità di concedere in qualsiasi momento la libertà provvisoria conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione, a condizione che l'autorità competente di tale Stato adotti le misure necessarie a evitare la fuga del ricercato) e dell'art. 17 della stessa decisione quadro non osta, in linea di principio, al mantenimento in custodia del ricercato dopo la scadenza dei termini di cui si discorre, «ancorché la durata totale del periodo di custodia (...) ecceda tali limiti»<sup>47</sup>: tuttavia – ha aggiunto la Corte – le predette disposizioni vanno interpretate alla luce dell'art. 6 Carta, ove si tutela il diritto alla libertà e alla sicurezza di ogni persona, derivandone che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve accertare se la durata della custodia sia eccessiva<sup>48</sup>, tenuto conto delle caratteristiche della procedura seguita nel

di misure adeguate»; nel contempo, hanno chiarito che la proroga della custodia del ricercato oltre il termine di novanta giorni previsto dall'art. 17 decisione quadro sul m.a.e. «pregiudica gravemente» il suo diritto alla libertà e perciò deve soddisfare regole «chiare e prevedibili», in virtù dell'art. 6 Carta e dell'art. 5 § 1 c.e.d.u., come interpretato dalla Corte di Strasburgo. In quest'ottica, l'art. 6 Carta osta a una giurisprudenza che consente il mantenimento in custodia della persona destinataria del m.a.e. oltre il suddetto termine di novanta giorni, sulla base di una interpretazione della disposizione nazionale secondo cui esso è sospeso quando l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide di sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale o di attendere la risposta a una tale domanda presentata da un'altra autorità giudiziaria dell'esecuzione, oppure di rinviare la decisione sulla consegna perché potrebbe esistere, nello Stato membro emittente, un rischio concreto di condizioni detentive inumane o degradanti: perlomeno nella misura in cui una giurisprudenza di questo tenore non garantisce la conformità alla decisione quadro sul m.a.e. e «presenta divergenze che possono dare luogo a durate di mantenimento in custodia diverse» (nella specie, le divergenze tra il tribunale e la corte di appello di Amsterdam riguardavano il *dies a quo* per calcolare il periodo di sospensione). Sulla pronuncia v. A. FERRARI, *MAE: misure custodiali ante consegna e pene accessorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1077 s.; F. GHEZZI, *Nessun obbligo di scarcerazione in caso di mancato rispetto dei termini nella decisione sul MAE*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3047 ss.

<sup>46</sup> Corte giust., 16 luglio 2015, *Lanigan*, cit., punti 34-42. Secondo la Corte, l'art. 15 § 1 va collocato nel contesto della decisione quadro sul m.a.e.: il carattere centrale dell'obbligo di eseguire il mandato (se non si versa nei casi di rifiuto o di consegna condizionata) e l'assenza di indicazioni esplicite circa una limitazione temporale di tale obbligo impediscono di interpretare l'articolo in questione nel senso che, una volta spirati i termini di cui all'art. 17, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non possa più decidere o lo Stato membro di esecuzione non sia più tenuto a proseguire il procedimento di esecuzione del m.a.e. A sostegno dell'assunto, la Corte ha addotto proprio l'art. 17, dove sono regolate situazioni nelle quali uno Stato membro non è in grado di rispettare i termini indicati, senza tuttavia prevedere che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non possa più decidere dopo la loro scadenza.

<sup>47</sup> Corte giust., 16 luglio 2015, *Lanigan*, cit., punto 52.

<sup>48</sup> Ricordata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 5 § 1 lett. f c.e.d.u. in materia di procedimento di estradizione, secondo cui, «nel contesto di tale disposizione, soltanto lo svolgimento della procedura di estradizione giustifica la privazione della libertà fondata su tale articolo» e, «se la procedura non è condotta con la dovuta diligenza, la detenzione cessa di essere giustificata» (Corte eur., 24 marzo 2015,

caso concreto<sup>49</sup>, e, qualora decida di rimettere in libertà il ricercato, deve disporre le misure necessarie a evitarne la fuga e assicurarsi che permangano le condizioni materiali per la sua consegna fino a quando venga adottata la decisione definitiva sull'esecuzione del m.a.e.<sup>50</sup>.

L'approccio casistico scelto dalla Corte di giustizia non è quello adottato dal nostro legislatore: l'art. 21 l. n. 69 del 2005 prevede infatti che, se la decisione sull'esecuzione del m.a.e. non interviene nei termini di cui agli artt. 14 e 17 della medesima legge, «la persona ricercata è posta immediatamente in libertà». In quest'ultima evenienza, si prospetta il quesito sulla sorte da riservare al patrocinio a spese dello Stato<sup>51</sup>: la direttiva (UE) 2016/1919 non prende partito sul punto, ma la soluzione maggiormente rispettosa del diritto di difesa appare quella di mantenere il patrocinio fino al momento in cui la decisione sulla consegna acquisti carattere definitivo. Un conforto a questa conclusione pare provenire dal considerando n. 22 della direttiva in questione, del tutto generico nell'asserire che, per assicurare alle persone ricercate di potersi effettivamente avvalere di un difensore, «gli Stati membri dovrebbero garantire loro il diritto al patrocinio a spese dello Stato fino alla consegna, o fino al momento in cui la decisione sulla consegna diventa definitiva», senza dunque riferirsi alla circostanza che il ricercato sia mantenuto in custodia dopo l'arresto.

#### 4. Segue: b) la qualità dei servizi di patrocinio e la formazione.

L'art. 7 direttiva (UE) 2016/1919 è dedicato alla qualità dei servizi di patrocinio e alla formazione sia del «personale responsabile del processo decisionale» relativo al patrocinio sia dei difensori che forniscono tale servizio.

Dal primo angolo visuale, gli Stati membri adottano misure necessarie, «anche per quanto riguarda il finanziamento», al fine di assicurare un sistema di patrocinio «efficace e di qualità adeguata» e servizi di patrocinio «di qualità adeguata a salvaguardare l'equità del procedimento, nel dovuto rispetto dell'indipendenza della professione forense» (art. 7 § 1 lett. a e b)<sup>52</sup>.

---

*Gallardo Sanchez c. Italia*, § 40), la Corte di giustizia ha concluso che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione potrà decidere di mantenere la persona in custodia, in conformità all'art. 6 Carta, solo a condizione che il procedimento di esecuzione del m.a.e. «sia stato condotto con sufficiente diligenza e, pertanto, che la durata della custodia non risulti eccessiva» (Corte giust., 16 luglio 2015, *Lanigan*, cit., punti 57-58).

<sup>49</sup> In particolare valutando l'eventuale inerzia delle autorità giudiziarie degli Stati membri coinvolti e il contributo del ricercato a tale durata, nonché la pena cui si espone il ricercato o quella inflitta e l'esistenza di un pericolo di fuga (Corte giust., 16 luglio 2015, *Lanigan*, cit., punto 59).

<sup>50</sup> Corte giust., 16 luglio 2015, *Lanigan*, cit., punto 61.

<sup>51</sup> Poneva tale quesito M. FONTAINE, *Une directive relative à l'aide juridictionnelle*, cit.: «*quid de l'aide juridictionnelle dans les Etats membres d'émission et d'exécution si la personne est remise en liberté en attendant une décision définitive concernant sa remise?*».

<sup>52</sup> Secondo il considerando n. 25, una volta che il patrocinio sia stato concesso, «un modo per assicurare l'efficacia e la qualità di tale patrocinio consiste nell'agevolare la continuità nella rappresentanza in giudizio», per «l'intera durata dei procedimenti penali, nonché – se del caso – [de]i procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo».

Dal secondo punto di vista, gli Stati membri assicurano, da un lato, che il personale responsabile del processo decisionale relativo al patrocinio riceva «una formazione adeguata» (art. 7 § 2; nonché il considerando n. 26)<sup>53</sup> e, dall'altro, adottano «misure appropriate per promuovere l'offerta di adeguata formazione ai difensori» che forniscono servizi di patrocinio a spese dello Stato, fermo restando «il dovuto rispetto per l'indipendenza della professione forense e per il ruolo dei responsabili della formazione di difensori» (art. 7 § 3). A corollario, gli Stati membri adottano le misure necessarie ad assicurare che le persone ricercate – così come gli indagati e gli imputati – «abbiano il diritto, su loro richiesta, di far sostituire il difensore» che esercita il patrocinio, «ove le specifiche circostanze lo giustificano».

I requisiti che il difensore deve possedere per esercitare il patrocinio a spese dello Stato sono stabiliti, nel nostro ordinamento, dall'art. 81 d.P.R. n. 115 del 2002 (come sostituito dall'art. 2 l. 24 febbraio 2005, n. 25). L'inserimento, a domanda, nell'elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato viene deliberato dal consiglio dell'ordine forense, che valuta la sussistenza dei requisiti e delle condizioni prescritti, tra cui «attitudini ed esperienza professionale specifica» e l'iscrizione all'Albo degli avvocati da almeno due anni (art. 81 comma 2 lett. a e c d.P.R. n. 115 del 2002)<sup>54</sup>. L'elenco, rinnovato entro il 31 gennaio di ogni anno, è pubblico e si trova presso tutti gli uffici giudiziari situati nel territorio di ciascuna provincia (art. 81 comma 4 d.P.R. n. 115 del 2002)<sup>55</sup>. Ciononostante, «sarebbe stato forse opportuno introdurre una norma volta ad assicurare una vera e propria offerta formativa»<sup>56</sup>. L'opportunità emerge, a maggior ragione, per il patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti di esecuzione del m.a.e.: che l'Italia sia Stato membro di emissione o di esecuzione, il ruolo del difensore del ricercato e, per quanto ci interessa in questa sede, del difensore che esercita il patrocinio a spese dello Stato richiede comunque conoscenze e competenze particolari, che dovrebbero venire fornite ai difensori coinvolti in questa tipologia di processi. Ne costituisce riprova il già citato *Handbook on the EAW for Defence Lawyers*, pubblicato dall'ECBA.

Discorso non dissimile può venire condotto in ordine alla formazione del personale chiamato a decidere sulla concessione del *legal aid*<sup>57</sup>, visto che pure a tali fini i procedimenti di esecuzione del m.a.e. scontano la loro specificità: è vero, infatti, che vi

---

<sup>53</sup> Va notato che la versione italiana dell'art. 7 § 2 si riferisce solo ai procedimenti di esecuzione del m.a.e.: nella traduzione è “saltato” il richiamo ai procedimenti penali (tant'è vero che il verbo “ricevano” è rimasto al plurale) e sarebbe dunque necessario un intervento rettificativo del legislatore. A conferma della dizione corretta v., ad esempio, la versione francese («*dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen*») e quella inglese («*in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings*»).

<sup>54</sup> Ulteriore condizione è l'assenza di «sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento irrogate nei cinque anni precedenti la domanda» (art. 81 comma 2 lett. b d.P.R. n. 115 del 2002).

<sup>55</sup> Per la nomina del difensore da parte di chi è ammesso al patrocinio v. art. 80 d.P.R. n. 115 del 2001, ove si prevede che il difensore vada scelto tra gli iscritti negli elenchi degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato.

<sup>56</sup> Così E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 227.

<sup>57</sup> Quanto al *legal aid* nei procedimenti penali ordinari, v. i rilievi di E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 228.

può essere coinvolto un cittadino italiano o un cittadino di altro Stato membro che risieda o dimori in Italia, rendendo così più semplice valutare le condizioni di ammissione dell'istanza di patrocinio, ai sensi dell'art. 96 commi 1 e 2 d.P.R. n. 115 del 2002, ma laddove non si verificano situazioni del genere si frappongono evidenti difficoltà. Nella tabella di concordanza tra l'art. 7 della direttiva e la nostra normativa interna si affermava invece che, «quanto alla formazione dei difensori e del personale interessato del settore, i sistemi di formazione permanente, anche decentrata, di magistrati, avvocati e personale di cancelleria assicurano adeguatamente anche l'aggiornamento nel campo»; più in generale, si sosteneva che il nostro sistema «può essere ritenuto efficace e di qualità adeguata», sulla base degli artt. 80 e 81 d.P.R. n. 115 del 2002 e dell'apposito *Servizio al pubblico in materia di patrocinio a spese dello Stato* disciplinato dall'art. 20 l. 29 marzo 2001, n. 134 (art. 87 d.P.R. n. 115 del 2002)<sup>58</sup>.

Strettamente legata alla qualità del servizio è poi la remunerazione del difensore che fornisce il patrocinio<sup>59</sup>. Sotto questo profilo, la situazione italiana si presenta gravemente compromessa, poiché, come riportava la valutazione di impatto sulla proposta di direttiva, la remunerazione è pari al 25% di quella percepita da un difensore di fiducia<sup>60</sup>: ed è quanto meno singolare che l'analisi di impatto dello schema di decreto attuativo della direttiva si limitasse a riportare il dato, senza formulare neppure un rilievo<sup>61</sup>. Se alla bassa remunerazione si aggiunge il forte ritardo nel pagamento dell'onorario<sup>62</sup>, ne scaturisce una situazione davvero sconcertante.

## 5. Segue: c) i mezzi di ricorso effettivi.

Alla tematica dei mezzi di ricorso effettivi<sup>63</sup> è rivolto l'art. 8 direttiva (UE) 2016/1919, sulla cui base gli Stati membri garantiscono che le persone ricercate – così

---

<sup>58</sup> Cfr. Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Tabella di concordanza, cit., p. 9. Sull'art. 20 l. n. 134 del 2001 v. C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/2019*, cit., p. 28, la quale ricorda come la nuova legge professionale forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247) abbia previsto (art. 30) l'istituzione in ciascun consiglio dell'ordine del c.d. sportello per il cittadino (v. altresì il regolamento attuativo del Consiglio nazionale forense 19 aprile 2013, n. 2, recante *Norme per le modalità di accesso allo Sportello del cittadino*).

<sup>59</sup> Sul punto v. E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 228. V. inoltre le considerazioni di V. BONINI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, cit., p. 455 ss.

<sup>60</sup> Cfr. *Impact Assessment Accompanying the Proposal for Measures on Legal Aid*, cit., p. 26.

<sup>61</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, *Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, cit., p. 10.

<sup>62</sup> In tema v. F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1224; E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 226 s.

<sup>63</sup> Cfr. art. 47 § 1 Carta, secondo cui ogni persona «i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste dal presente articolo». Va peraltro evidenziato che, mentre la versione francese della direttiva menziona anch'essa nell'art. 8 «une voie de recours», nella versione inglese l'art. 8, rubricato *Remedies*, parla di «an effective remedy», da intendere nel senso che non va garantita solo la possibilità di dolersi della violazione, ma ad essa va posto effettivamente rimedio: in argomento si rinvia all'ampia analisi di A. CABIALE, *I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole e molti silenzi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 2138 ss. (con specifico

come gli indagati e gli imputati – «dispongano di mezzi di ricorso effettivi ai sensi del diritto nazionale in caso di violazione dei diritti previsti» dalla direttiva. A fronte della formulazione generica dell’art. 8 – che riecheggia analoghe formulazioni di altre direttive: per restare a quelle che più strettamente si collegano alla direttiva sul *legal aid*, si vedano l’art. 12 § 1 direttiva 2013/48/UE e l’art. 19 direttiva (UE) 2016/800 – il già rammentato considerando n. 27 secondo periodo precisa che i predetti mezzi di ricorso «dovrebbero essere disponibili qualora il diritto al patrocinio a spese dello Stato sia compromesso», o la prestazione del patrocinio «sia ritardata o interamente o parzialmente rifiutata».

Nel nostro ordinamento è previsto soltanto il ricorso avverso il provvedimento di rigetto dell’istanza di patrocinio, a norma dell’art. 99 d.P.R. n. 115 del 2002: l’interessato può proporre ricorso, entro venti giorni dalla notizia avutane *ex art.* 97 del medesimo d.P.R.<sup>64</sup>, davanti al presidente del tribunale o della corte di appello cui appartiene il magistrato che ha emesso il decreto di rigetto (comma 1), cioè «il magistrato davanti al quale pende il processo» (art. 96 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002). Nei procedimenti di esecuzione del m.a.e., se si versa nella procedura attiva di consegna il ricorso dovrebbe essere proposto davanti al presidente del tribunale, perché il m.a.e. di tipo processuale è emesso dal giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari *ex art.* 28 comma 1 lett. a l. n. 69 del 2005, ma le Sezioni unite hanno stabilito che la competenza funzionale spetta al giudice che procede<sup>65</sup>; se si versa nella procedura passiva di consegna, il ricorso giungerà davanti al presidente della corte di appello, data la competenza funzionale tratteggiata dagli artt. 9, 10 e 13 l. n. 69 del 2005. L’ordinanza che decide sul ricorso è notificata entro dieci giorni, a cura dell’ufficio del magistrato che procede, all’interessato e all’ufficio finanziario<sup>66</sup>, i quali, nei venti giorni successivi, possono proporre ricorso per cassazione per violazione di legge, che peraltro non sospende l’esecuzione del provvedimento (art. 99 comma 4 d.P.R. n. 115 del 2002). E qui bisogna probabilmente ritenere, applicando l’insegnamento delle Sezioni unite<sup>67</sup>, che, dopo la modifica dell’art. 613 comma 1 c.p.p., l’interessato potrà proporre ricorso solo tramite il suo difensore cassazionista.

---

riguardo alla direttiva sul *legal aid*, per l’evoluzione del sistema di rimedi dalla proposta al testo finale, p. 2171 ss.); cfr. pure J. DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati*, cit., p. 1412 ss.

<sup>64</sup> A norma dell’art. 97 d.P.R. n. 115 del 2002, il decreto motivato con cui il magistrato dichiara inammissibile l’istanza ovvero concede o nega l’ammissione al patrocinio viene depositato, con facoltà per l’interessato o per il suo difensore di estrarne copia; del deposito è comunicato avviso all’interessato (comma 1). Tuttavia, se il decreto è pronunciato in udienza, è letto e inserito nel processo verbale e la lettura sostituisce l’avviso di deposito se l’interessato è presente a tale udienza (comma 2). Infine, al di fuori dei casi previsti nel comma 2, se l’interessato è detenuto, internato, in stato di arresto o di detenzione domiciliare ovvero è custodito in un luogo di cura, la notificazione di copia del decreto è eseguita *ex art.* 156 c.p.p. (comma 3).

<sup>65</sup> Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, Pizzata, in *C.e.d.*, n. 257433: può accadere, infatti, che l’emissione del m.a.e. non sia contestuale all’applicazione della misura cautelare, bensì avvenga successivamente, anche a notevole distanza di tempo. In dottrina v. T. ALESCI, *Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 2, p. 33 s.

<sup>66</sup> Il ricorso proposto ai sensi dell’art. 99 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002 è infatti notificato «all’ufficio finanziario che è parte nel relativo processo» (art. 99 comma 2 d.P.R. n. 115 del 2002).

<sup>67</sup> Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Aiello, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2368.

Nella tabella di concordanza presente nello schema di decreto, tradottosi poi nel d.lgs. n. 24 del 2019, in rapporto all'art. 8 della direttiva si è ritenuto del tutto soddisfacente il dettato dell'art. 99 d.P.R. n. 115 del 2002: osservato come, «attraverso un doppio vaglio giurisdizionale (uno pieno e di merito e l'altro di legittimità) siano pienamente assicurati agli interessati mezzi di ricorso "effettivi"», si è concluso per la sovrabbondanza di una specifica implementazione<sup>68</sup>.

Non finisce mai di stupire la capacità del nostro legislatore di autoassolversi. Di vario tenore sono infatti le critiche formulate alla disciplina contenuta nell'art. 99 d.P.R. n. 115 del 2002, lamentandosi sia la ristrettezza del termine di venti giorni, considerate le difficoltà che potrebbero verificarsi nell'accedere alla documentazione rivelatasi necessaria<sup>69</sup>; sia la limitazione del ricorso per cassazione alla violazione di legge, che esclude il vizio di motivazione *ex art. 606 comma 1 lett. e c.p.p.*<sup>70</sup>, esclusione fonte di perplessità se si riflette che il decreto di rigetto deve essere motivato e che l'art. 96 comma 2 d.P.R. n. 115 del 2002<sup>71</sup> consente al giudice di tenere conto di vari elementi, oltre alla dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 79 comma 1 lett. c del medesimo decreto. Si è inoltre notata la paradossale situazione in cui viene a trovarsi l'interessato che intenda avvalersi del mezzo di ricorso: egli è tenuto a pagare il contributo unificato<sup>72</sup>, ma è chiaro che, se sprovvisto di mezzi, non sarà in grado di pagarlo e allora il rimedio effettivo rimarrà "lettera morta"<sup>73</sup>.

Ad ogni modo – come puntualizzato in dottrina – «ci si può interrogare sulle modalità operative del *right to an effective remedy* nell'ipotesi di indebita privazione del gratuito patrocinio», soprattutto allorché, per il mancato accesso al *legal aid*, l'interessato «abbia dovuto ripiegare su un professionista differente da quello altrimenti designato»<sup>74</sup>: in situazioni di questo tipo dovrebbe potersi prospettare l'eventuale inefficacia degli atti pregressi. Come abbiamo visto<sup>75</sup>, però, l'attuale testo dell'art. 96 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002, modificato nel 2008, non contempla più la sanzione della nullità assoluta e il legislatore non è intervenuto a risolvere i dubbi giurisprudenziali<sup>76</sup>, per una ragione tanto semplice quanto deprimente: la tabella di concordanza riferita all'art. 6 della direttiva continua a richiamare il testo anteriore del suddetto art. 96.

<sup>68</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Tabella di concordanza, cit., p. 10.

<sup>69</sup> Cfr. F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1225; E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 229; C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/2019*, cit., p. 24.

<sup>70</sup> Secondo C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/2019*, cit., p. 24, la mancata previsione di questo motivo di ricorso «rischia di sottrarre al ricorrente un'importante opzione difensiva concretizzandosi in una lesione del suo diritto ad impugnare il rigetto».

<sup>71</sup> V. *supra*, nota 36.

<sup>72</sup> Il procedimento rientra, infatti, tra quelli di volontaria giurisdizione, autonomi rispetto al procedimento principale: sul punto v. C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/2019*, cit., p. 24.

<sup>73</sup> In tal senso v. E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 229; nonché F. DRI, *Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1225.

<sup>74</sup> Cfr. A. CABIALE, *I rimedi nelle direttive di Stoccolma*, cit., p. 2173, secondo il quale, invece, nel caso di «un mero pregiudizio economico, sembra sufficiente la rifusione delle spese sostenute».

<sup>75</sup> V. *supra*, § 3 e note 35 e 37.

<sup>76</sup> Come auspicava A. CABIALE, *I rimedi nelle direttive di Stoccolma*, cit., p. 2174.

**6. Segue: d) le persone ricercate vulnerabili, con specifico riguardo al minore destinatario di un euro-mandato.**

Secondo l'art. 9 direttiva (UE) 2016/1919 gli Stati membri garantiscono che, nell'attuazione dell'atto europeo, «si tenga conto delle particolari esigenze» delle persone ricercate – così come di indagati e imputati – vulnerabili. Il considerando n. 18 ultimo periodo puntualizza che, «tenendo conto delle esigenze specifiche delle persone vulnerabili», la richiesta di patrocinio da parte di una persona ricercata – al pari di quella di un indagato e di un imputato – «non dovrebbe tuttavia costituire una condizione essenziale per la concessione del patrocinio a spese dello Stato».

Nella tabella di concordanza con la normativa interna, il nostro legislatore, per supportare la mancata implementazione dell'art. 9, indicava varie norme del d.P.R. n. 115 del 2002<sup>77</sup>, affermando che il loro insieme è in grado di «sopperire a quanto richiesto dalla direttiva in favore delle persone vulnerabili, che peraltro non sono precisamente individuate dalla stessa direttiva»<sup>78</sup>. In effetti, una definizione di «persone vulnerabili» si trova nella Raccomandazione della Commissione<sup>79</sup> che accompagnava la proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali<sup>80</sup>: il considerando n. 1 chiariva che la Raccomandazione mirava «a incoraggiare gli Stati membri a rafforzare i diritti procedurali di tutti gli indagati o imputati che non sono in grado di capire e partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o disabilità (“persone vulnerabili”)»; il considerando n. 15 primo periodo estendeva l'applicabilità della Raccomandazione alle persone vulnerabili oggetto di una procedura di consegna<sup>81</sup>.

Qui si concentrerà l'attenzione sul minore destinatario di un m.a.e.: non c'è dubbio, infatti, che il minore possa essere coinvolto in una procedura di consegna. La

---

<sup>77</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Tabella di concordanza, cit., p. 10: vengono richiamati, da un lato, gli artt. 76 comma 4-*quater* (aggiunto dall'art. 16 l. 7 aprile 2017, n. 47 e riguardante le condizioni per l'ammissione al patrocinio dei minori non accompagnati), 93 (presentazione dell'istanza al magistrato competente), 94 (impossibilità a presentare la documentazione necessaria ad accertare la veridicità di quanto indicato nell'istanza di ammissione), 115 (liquidazione dell'onorario e delle spese al difensore di persona ammessa a programma di protezione dei collaboratori di giustizia) e 118 (liquidazione dell'onorario e delle spese al difensore di ufficio del minore) d.P.R. n. 115 del 2002; dall'altro, gli artt. 87 d.P.R. n. 115 del 2001 e 20 l. n. 134 del 2001, sul Servizio al pubblico in materia di patrocinio a spese dello Stato (v. *supra*, § 4 e nota 58).

<sup>78</sup> Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 62, Tabella di concordanza, cit., p. 11.

<sup>79</sup> Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, in G.U.U.E., 24 dicembre 2013, C 378/8.

<sup>80</sup> COM (2013) 822 def., 27 novembre 2013.

<sup>81</sup> Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali, cit., p. 9: il secondo periodo del considerando n. 15 aggiungeva che le autorità competenti dello Stato membro di esecuzione «dovrebbero applicare al procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo gli specifici diritti procedurali enunciati nella presente raccomandazione».

decisione quadro 2002/584/GAI si occupa del minore nell'art. 3 (*Motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto europeo*), prevedendo (n. 3) che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione rifiuta di eseguire il m.a.e. se la persona oggetto del mandato «non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto europeo in base alla legge dello Stato membro di esecuzione»<sup>82</sup>. La già menzionata direttiva (UE) 2016/800 prevede, all'art. 17, che determinati diritti, stabiliti per gli indagati e gli imputati, «si applichino *mutatis mutandis* nei confronti di un minore ricercato dal momento in cui è arrestato in forza di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo nello Stato membro di esecuzione»<sup>83</sup>.

Per quanto attiene al patrocinio, l'art. 17 direttiva (UE) 2016/800 enuncia, tra i diritti applicabili al minore ricercato, quello al patrocinio a spese dello Stato contemplato nel successivo art. 18, che, peraltro, si limita a imporre alle legislazioni nazionali in tema di *legal aid* di garantire l'effettivo esercizio del diritto a essere assistiti da un difensore a norma dell'art. 6 della medesima direttiva. Del resto, la proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per minori indagati o imputati in procedimenti penali chiariva che la disciplina della materia era demandata alla proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato e che la relativa Raccomandazione della Commissione se ne occupava specificamente<sup>84</sup>.

Nella direttiva (UE) 2016/1919, in realtà, non si rinviene un espresso riferimento al minore, salvo che nel considerando n. 29, dove, nel penultimo periodo, si sottolinea che la direttiva difende i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta e dalla c.e.d.u., citando, tra gli altri, «i diritti del minore»: ma, come si è detto poco sopra, il minore rientra, a buon diritto, fra le persone vulnerabili.

Venendo al nostro ordinamento, con riguardo al minore destinatario di un m.a.e., vengono innanzitutto in gioco le condizioni di ammissione al patrocinio. La Raccomandazione della Commissione sul patrocinio a spese dello Stato chiariva, in ordine alla valutazione delle risorse<sup>85</sup>, che «la valutazione della situazione economica del richiedente dovrebbe essere fatta sulla base di elementi oggettivi quali il reddito, il patrimonio, la situazione familiare, il tenore di vita e il costo di un difensore», precisando che, se il patrocinio «è a favore di un minore, dovrebbe essere preso in considerazione il

<sup>82</sup> Di questo motivo di rifiuto si è occupata di recente Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, C-367/16, sulla quale, anche per ulteriori riferimenti, v. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di giustizia: profili critici del caso Piotrowski](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2019, p. 169 ss. V. pure S. BUZZELLI, *La disciplina sovranazionale*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 12.

<sup>83</sup> Si tratta dei diritti di cui agli artt. 4, 5, 6 e 8 e agli artt. da 10 a 15 e all'art. 18 della medesima direttiva. V. altresì i considerando n. 8 e n. 62.

<sup>84</sup> Cfr. COM (2013) 822 def., cit., p. 10, punti 62-63 della Relazione illustrativa.

<sup>85</sup> Come già sappiamo (v. *supra*, § 2 e nota 30), nella proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio (art. 5 § 3 COM [2013] 824 def., cit.), il diritto al patrocinio nello Stato membro di esecuzione e nello Stato membro emittente poteva essere subordinato «alla valutazione delle risorse del ricercato e/o dell'interesse della giustizia a concedere tale beneficio, secondo i criteri di ammissibilità applicabili nello Stato membro in questione». Nell'art. 5 § 3 della direttiva (UE) 2016/1919, invece, il diritto al patrocinio può essere subordinato soltanto alla valutazione delle risorse, a norma dell'art. 4 § 3 della medesima direttiva, «che si applica *mutatis mutandis*».

patrimonio dello stesso minore e non già quello dei suoi genitori o del titolare della responsabilità genitoriale»<sup>86</sup>. Di conseguenza – eccettuati casi particolari – di regola il minore dovrebbe ottenere il patrocinio<sup>87</sup>. La disciplina italiana non distingue, invece, tra adulti e minori, i quali pertanto condividono la normativa vigente sul patrocinio a spese dello Stato che si applica ai primi: perciò, se il minore convive con dei familiari, salvo quanto previsto dall'art. 92 d.P.R. n. 115 del 2002<sup>88</sup>, il reddito «è costituito dalla somma dei redditi conseguiti» nel periodo considerato, cioè quello relativo all'ultima dichiarazione dei redditi, «da ogni componente della famiglia, compreso l'istante» (art. 76 comma 2 d.P.R. n. 115 del 2002), e non deve superare euro 11.493,82 (art. 76 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002)<sup>89</sup>.

Vale anche per il minore, che si trovi in stato di arresto, la modalità di presentazione dell'istanza di patrocinio contemplata dall'art. 93 comma 2 d.P.R. n. 115 del 2002: applicandosi l'art. 123 c.p.p., l'istanza può essere presentata all'ufficiale di polizia giudiziaria, che a sua volta la presenta o l'invia, a mezzo raccomandata, all'ufficio del magistrato davanti al quale pende il processo.

Analogamente si applica pure al minore l'agevolazione stabilita dall'art. 94 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002, secondo cui in caso di impossibilità «a produrre la documentazione richiesta» dall'art. 79 comma 3 del medesimo decreto (in base al quale gli interessati, «se il giudice procedente o il consiglio dell'ordine competente a provvedere in via anticipata lo richiedono, sono tenuti, a pena di inammissibilità dell'istanza, a produrre la documentazione necessaria ad accertare la veridicità di quanto in essa indicato»), questa «è sostituita, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione sostitutiva di certificazione da parte dell'interessato».

Espressamente riferito ai minori è solo l'art. 118 d.P.R. n. 115 del 2002, concernente la liquidazione dell'onorario e delle spese spettanti al difensore di ufficio del minore. Ai sensi del comma 1, onorario e spese sono liquidati dal magistrato nella misura e con le modalità previste dall'art. 82 del medesimo decreto e avverso il decreto di pagamento è ammessa opposizione *ex art.* 84 d.P.R. n. 115 del 2002.

Aspetti problematici nascono dall'art. 118 comma 2 prima parte d.P.R. n. 115 del 2002, ove si prescrive che, contestualmente alla comunicazione del decreto di pagamento, l'ufficio richiede «ai familiari del minore, nella qualità, di presentare entro un mese la documentazione» prevista dall'art. 79 comma 1 lett. *c* dello stesso decreto<sup>90</sup>. Appare chiaro che, se il minore destinatario del m.a.e. è cittadino italiano

<sup>86</sup> *Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sul diritto al patrocinio, cit.*, p. 13, punto 6.

<sup>87</sup> Nel senso del testo v. M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto, cit.*, p. 5.

<sup>88</sup> Dove si stabilisce che, se l'interessato convive con altri familiari, «si applicano le disposizioni di cui all'articolo 76, comma 2, ma i limiti di reddito, indicati dall'articolo 76, comma 1, sono elevati di euro 1.032,91 per ognuno dei familiari conviventi».

<sup>89</sup> Cfr. d.m. 16 gennaio 2018 (*Adeguamento dei limiti di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato*), in *G.U.*, 28 febbraio 2018, n. 49.

<sup>90</sup> L'art. 76 comma 1 lett. *c* d.P.R. n. 115 del 2002 si riferisce a una dichiarazione sostitutiva di certificazione da parte dell'interessato, attestante «la sussistenza delle condizioni di reddito previste per l'ammissione, con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini, determinato secondo le modalità indicate nell'articolo 76».

oppure risiede o dimora nel nostro Paese, con ogni probabilità saranno presenti suoi familiari in grado di presentare la documentazione richiesta; altrimenti, potranno sorgere difficoltà, che avrebbero consigliato di intervenire con una disciplina specifica<sup>91</sup>.

## 7. Un “fuor d’opera”: legge europea 2018 e legge di delegazione europea 2018, ovvero modifiche attuali e prossime venture per la legge attuativa del m.a.e.

Una volta esaminate le problematiche tuttora irrisolte nei rapporti fra patrocinio a spese dello Stato e procedimento di esecuzione del m.a.e., l’analisi condotta nel presente scritto potrebbe considerarsi esaurita, ma l’occasione è propizia per un “fuor d’opera”, allo scopo di dar conto delle modifiche – presenti e future – riguardanti la l. n. 69 del 2005 con cui l’Italia ha attuato la decisione quadro sul m.a.e.: infatti, l’art. 8 legge europea 2018<sup>92</sup> ha aggiunto nell’art. 1 l. n. 69 del 2005 (*Disposizioni di principio e definizioni*) i commi 4-*bis* e 4-*ter*, mentre l’art. 6 legge di delegazione europea 2018<sup>93</sup>, oltre a dettare, nei commi 3 e 4, «principi e criteri direttivi specifici» per «il più compiuto adeguamento della normativa nazionale»<sup>94</sup> alla decisione quadro, ha introdotto, con il comma 5, due modificazioni alla l. n. 69 del 2005 – sostituendo il testo dell’art. 18 (*Motivi di rifiuto obbligatorio della consegna*) e inserendo l’art. 18-*bis* (*Motivi di rifiuto facoltativo della consegna*) – immediatamente operative con l’entrata in vigore della legge (2 novembre 2019).

Cominciando dalla legge europea, ai sensi del nuovo comma 4-*bis* dell’art. 1 l. n. 69 del 2005, le disposizioni di quest’ultima «costituiscono altresì attuazione dell’Accordo tra l’Unione europea e la Repubblica d’Islanda e il Regno di Norvegia, fatto a Vienna il 28 giugno 2006, relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell’Unione europea e l’Islanda e la Norvegia, Accordo che si applica nei limiti in cui le sue disposizioni non sono incompatibili con i principi dell’ordinamento costituzionale in tema di diritti e libertà fondamentali»<sup>95</sup>.

L’accordo tra l’Unione europea e la Repubblica d’Islanda e il Regno di Norvegia<sup>96</sup>, la cui firma era stata approvata con decisione del Consiglio del 27 giugno

---

<sup>91</sup> Per analoga conclusione, nel caso di minori stranieri non accompagnati (art. 76 comma 4-*quater* d.P.R. n. 115 del 2002), v. F. DRI, *Vizi e virtù dell’attuazione della Direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 1226.

<sup>92</sup> Cfr. l. 3 maggio 2019, n. 37 (*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea – Legge europea 2018*), in *G.U.*, 11 maggio 2019, n. 109.

<sup>93</sup> V. l. 4 ottobre 2019, n. 117 (*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea – Legge di delegazione europea 2018*), in *G.U.*, 18 ottobre 2019, n. 245.

<sup>94</sup> Cfr. art. 6 comma 1 l. n. 117 del 2019.

<sup>95</sup> Di conseguenza, secondo il nuovo comma 4-*ter* dell’art. 1 l. n. 69 del 2005, i riferimenti contenuti nelle disposizioni di tale legge «al “mandato d’arresto europeo” e allo “Stato membro” devono intendersi fatti, nell’ambito della procedura di consegna con l’Islanda o la Norvegia, rispettivamente, al “mandato di arresto” che costituisce l’oggetto dell’Accordo di cui al comma 4-*bis* e alla Repubblica d’Islanda o al Regno di Norvegia».

<sup>96</sup> Il testo è pubblicato in *G.U.U.E.*, 21 ottobre 2006, L 292/2.

2006<sup>97</sup>, e che, dopo l'entrata in forza del trattato di Lisbona, è stato approvato con decisione del Consiglio del 27 novembre 2014<sup>98</sup>, è entrato in vigore il 1° novembre 2019<sup>99</sup>. Non è certo questa la sede per esaminare *funditus* l'accordo<sup>100</sup>, bastando ricordare che, pur ispirandosi alla disciplina risultante dal testo originario della decisione quadro sul m.a.e., esso contiene ancora residui riferimenti a profili tipici della disciplina estradizionale<sup>101</sup>. Così, ad esempio, la soppressione del controllo sulla doppia incriminazione per le trentadue categorie di reati indicate nell'art. 3 § 4 accordo è facoltativa; quanto al reato politico, la regola secondo cui l'esecuzione del mandato non può essere rifiutata adducendo la motivazione che il reato può essere considerato dallo Stato di esecuzione come un reato politico (art. 6 § 1 accordo) può venire applicata solo in rapporto a determinati reati, riconducibili alla matrice terroristica (art. 6 § 2 accordo); similmente, la consegna dei cittadini può venire rifiutata o autorizzata soltanto ad alcune specifiche condizioni (art. 7 § 2 accordo); è mantenuto un coinvolgimento dell'autorità

---

<sup>97</sup> *Decisione del Consiglio del 27 giugno 2006 concernente la firma dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell'Unione europea e l'Islanda e la Norvegia (2006/697/CE)*, in G.U.U.E., 21 ottobre 2006, L 292/1.

<sup>98</sup> *Decisione del Consiglio del 27 novembre 2014 riguardante la conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell'Unione europea e l'Islanda e la Norvegia (2014/835/UE)*, in G.U.U.E., 28 novembre 2014, L 343/1: l'art. 1 di tale decisione ha approvato l'accordo a nome dell'Unione. In proposito, per maggiori dettagli, v. L. ONDOLI, [Dimensione esterna dello spazio di libertà sicurezza e giustizia: l'Unione europea si vincola all'accordo con Islanda e Norvegia per la riforma degli strumenti in materia di estradizione](#), in [www.eurojus.it](#), 11 dicembre 2014.

<sup>99</sup> Cfr. *Avviso riguardante l'entrata in vigore dell'accordo relativo alla consegna tra l'Unione europea, l'Islanda e la Norvegia*, in G.U.U.E., 6 settembre 2019, L 230/1. V. pure il documento 11808/19, del 30 agosto 2019, per le notifiche e le dichiarazioni presentate dagli Stati membri, dall'Islanda e dalla Norvegia, ai sensi dell'art. 38 accordo (quanto all'Italia, v. p. 35 s.).

<sup>100</sup> Da segnalare che nella tormentata vicenda della *Brexit* è stato prospettato, nel caso di ratifica dell'accordo sul recesso, un accordo particolare tra l'Unione europea e il Regno Unito, proprio sulla falsariga dell'accordo tra l'Unione e la Repubblica di Islanda e il Regno di Norvegia: in proposito v., *amplius*, M. BARGIS, [Il mandato di arresto europeo ai tempi della Brexit](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, p. 48 s. Come si sa, con la *Decisione del Consiglio europeo (UE) 2019/1810 adottata d'intesa con il Regno Unito del 29 ottobre 2019 che proroga il termine previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE* (in G.U.U.E., 30 ottobre 2019, L 278 I/1), quest'ultimo termine, già prorogato due volte e fissato al 31 ottobre 2019, è stato ulteriormente prorogato al 31 gennaio 2020 (art. 1 § 1 decisione). V. altresì *Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica*, in G.U.U.E., 12 novembre 2019, C 384 I/1 e *Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito*, *ivi*, 12 novembre 2019, C 384 I/178.

<sup>101</sup> Sui quali v., di recente, S. MAFFEI, *Extradition Law and Practice. Concept and Famous Cases*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2019, p. 2 ss.

Per ragioni di completezza, va ricordato che il 5 novembre 2019 è entrata in vigore la convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Dublino il 27 settembre 1996 (in G.U.C.E., 23 ottobre 1996, N. C 313/11): cfr. *Avviso riguardante l'entrata in vigore della convenzione relativa all'extradizione del 1996*, in G.U.U.E., 1° ottobre 2019, C 329/2. Per quanto concerne l'Italia, che ha ratificato la convenzione con l. 19 luglio 2019, n. 66 (in G.U., 22 luglio 2019, n. 170), v. il *Comunicato del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale* (in G.U., 9 novembre 2019, n. 263), in cui sono riportate le riserve e le dichiarazioni formulate dal nostro Paese all'atto del deposito dello strumento di ratifica. Su alcuni aspetti della convenzione *de qua* v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 365.

politica (art. 9 § 2 seconda frase accordo)<sup>102</sup>. L'accordo presenta però alcuni aspetti d'interesse, quali il costante aggiornamento sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei competenti tribunali islandesi e norvegesi relativa alle disposizioni dell'accordo (art. 37 accordo) e il riesame comune dell'accordo nel termine di cinque anni dalla sua entrata in vigore (art. 40 accordo). Viceversa, la composizione delle controversie sull'applicazione o l'interpretazione dell'accordo stesso presenta carattere intergovernativo e non giudiziario (art. 36 accordo)<sup>103</sup>.

Passando alla legge di delegazione europea, l'art. 6 comma 1 delega il Governo ad adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge (2 novembre 2019), «uno o più decreti legislativi per il più compiuto adeguamento della normativa nazionale» alla decisione quadro sul m.a.e., «apportando le opportune modifiche» alla l. n. 69 del 2005. Il successivo comma 3 detta, alle lett. *a* e *b*, alcuni principi e criteri direttivi specifici: ai sensi della lett. *a*, il Governo è tenuto ad armonizzare le disposizioni della legge attuativa alla decisione quadro sul m.a.e., «sia in relazione alla procedura di consegna e agli obblighi di informazione che alla disciplina dei motivi di rifiuto, prevedendo in particolare quali motivi di non esecuzione facoltativa» del m.a.e. quelli indicati dall'art. 4 decisione quadro 2002/584/GAI<sup>104</sup>, «al fine di assicurare il principio del mutuo riconoscimento e la salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento», secondo quanto stabilito dall'art. 1 e dal considerando n. 12 della decisione quadro, «tenuto conto del principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, e di quanto stabilito dal titolo I-bis<sup>105</sup> del libro XI del codice di procedura penale»; a norma della lett. *b*, il Governo è delegato a risolvere i contrasti

---

<sup>102</sup> In base al quale, al momento della notifica di cui all'art. 38 § 1 accordo, «il ministro della giustizia può essere designato quale autorità competente per l'esecuzione di un mandato di arresto a prescindere dal fatto che il ministro della giustizia sia o no un'autorità giudiziaria in base alla legge di detto Stato» (in proposito v., però, la *Dichiarazione dell'Unione europea*, in *G.U.U.E.*, 21 ottobre 2006, L 292, p. 19).

<sup>103</sup> Infatti, la controversia «può essere deferita da una delle parti» di essa «ai rappresentanti dei governi degli Stati membri dell'Unione europea e dell'Islanda e della Norvegia all'uopo riuniti, ai fini di una sua composizione entro un termine di sei mesi».

<sup>104</sup> Sui quali v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 371 ss. M. LANOTTE, [Luci ed ombre della legge di delegazione europea 2018 \(e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234\) con particolare riguardo alla materia penale](#), in [www.eurojus.it](#), 2019, n. 4, p. 102 si domanda come mai il legislatore non abbia richiamato anche l'art. 4-bis decisione quadro m.a.e., introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI sulle decisioni pronunciate *in absentia*: con ogni probabilità, si è ritenuta corretta l'implementazione effettuata dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31, che tuttavia presenta alcuni profili discutibili (v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 426 s.).

<sup>105</sup> Titolo, aggiunto dall'art. 3 comma 1 lett. *a* d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 (*Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *G.U.*, 16 ottobre 2017, n. 242), che disciplina i *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea*: v., in specie, gli artt. 696-bis (*Principio del mutuo riconoscimento*), 696-ter (*Tutela dei diritti fondamentali della persona nel mutuo riconoscimento*) e 696-quinquies (*Limiti al sindacato delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri*) c.p.p. Sul tema v., da ultimo, G. DE AMICIS, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in M.R. Marchetti – E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine* (con il coordinamento di G. BARROCU), Cedam, Padova, 2019, p. 239 ss.

giurisprudenziali sull'interpretazione dell'art. 31 dell'atto europeo, «prevedendo che si possano continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro se contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato».

Il comma 4 dell'art. 6 aggiunge che, in sede di esercizio della delega in conformità ai criteri di cui al precedente comma 3 lett. *a*, «possono essere apportate anche le opportune modifiche» alle disposizioni di cui agli artt. 18 e 18-*bis* l. n. 69 del 2005, come rispettivamente modificato e introdotto dal comma 5 del medesimo art. 6<sup>106</sup>. Quest'ultimo comma ha, in sostanza, estrapolato dal testo previgente dell'art. 18 l. n. 69 del 2005 (allora rubricato *Rifiuto della consegna*; adesso *Motivi di rifiuto obbligatorio della consegna*) le originarie lett. *o*, *p*, *r* e le situazioni in esse considerate costituiscono ora altrettanti motivi di rifiuto facoltativo della consegna, contemplati nell'art. 18-*bis* lett. *a*, *b* e *c* l. n. 69 del 2005 (rubricato appunto *Motivi di rifiuto facoltativo della consegna*): la lett. *c* ha tenuto conto della declaratoria di illegittimità costituzionale che nel 2010 aveva investito l'originaria lett. *r* dell'art. 18<sup>107</sup>. Quanto all'art. 18 l. n. 69 del 2005, ne è stato sì sostituito il testo, ma – salva la scomparsa delle originarie lett. *o*, *p*, *r*, con conseguente mutamento della elencazione alfabetica – il contenuto delle lettere superstiti è rimasto identico.

Qualche minimo rilievo può essere avanzato sull'art. 6 comma 3 lett. *a* legge di delegazione europea, che, per quanto attiene alla tematica dei motivi di rifiuto della consegna, si collega, come appena visto, al successivo comma 4. L'*incipit* della lett. *a* appare in verità piuttosto generico, laddove è riferito alla «procedura di consegna» e agli «obblighi di informazione», ma si può desumerne che il nostro Paese intenda rispondere alle critiche che erano state rivolte alla legge di implementazione (fin dalle prime Relazioni della Commissione europea e dal Rapporto sull'Italia redatto nell'ambito del quarto ciclo di valutazioni reciproche sull'applicazione pratica del m.a.e.), magari recependo le soluzioni che, nel corso degli anni, la giurisprudenza ha elaborato<sup>108</sup>. Non difetta invece di specificità allorché richiama i motivi di rifiuto, imponendo al legislatore delegato di trasporre, come motivi facoltativi, tutti quelli indicati nell'art. 4 decisione quadro m.a.e., che andranno dunque ad aggiungersi a quelli previsti nell'art. 18-*bis* l. n. 69 del 2005, appena introdotto dall'art. 6 comma 5 legge di delegazione europea. Ma il

---

<sup>106</sup> Come osserva M. LANOTTE, *Luci ed ombre della legge di delegazione europea 2018*, cit., p. 89 s. e 102 s., si assiste così a un uso improprio della legge di delegazione europea, perché le modifiche introdotte direttamente nella l. n. 69 del 2005 avrebbero dovuto essere operate mediante la legge europea oppure presentate come criteri direttivi rivolti al Governo nella legge di delegazione.

<sup>107</sup> Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227 ha dichiarato illegittimo, in riferimento agli artt. 11 e 117 comma 1 Cost., l'art. 18 comma 1 lett. *r* l. n. 69 del 2005 (testo previgente) «nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno». Sul punto v. M. LANOTTE, *Luci ed ombre della legge di delegazione europea 2018*, cit., p. 104 s., per la situazione di cittadini extracomunitari che risiedono stabilmente o dimorino in Italia.

<sup>108</sup> Per questi aspetti v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 411 ss. e 418 ss., con speciale riguardo all'interpretazione adeguatrice dell'art. 18 comma 1 lett. *e* l. n. 69 del 2005 adottata dalle Sezioni unite.

compito del Governo, nell'esercizio della delega, si presenterà più articolato, perché, oltre ad arricchire di contenuto il suddetto art. 18-*bis*, potrà apportare «le opportune modifiche» anche al rivisitato testo dell'art. 18 l. n. 69 del 2005<sup>109</sup>: da un canto, infatti, dovranno transitare nell'art. 18-*bis* quei motivi, ancora contenuti nell'art. 18, che si rapportano ad alcuni fra quelli elencati nell'art. 4 decisione quadro m.a.e.<sup>110</sup>, dall'altro, si dovranno esaminare i motivi completamente “nuovi” rispetto al dettato della decisione quadro<sup>111</sup>, nonché quelli collegati ai considerando n. 12 e 13 di quest'ultima<sup>112</sup>, che l'art. 18 l. n. 69 del 2005 continua a ospitare. Infine, pure con riferimento ai motivi di non esecuzione obbligatoria stabiliti dall'art. 3 decisione quadro m.a.e. (limitati a tre ipotesi), si riscontrano divergenze nella nostra normativa di adattamento<sup>113</sup>, sulle quali il legislatore delegato dovrà riflettere.

Al proposito, soccorre quanto prescritto nell'ultima parte dell'art. 6 comma 3 lett. *a* legge di delegazione europea: la finalità perseguita è «assicurare il principio del mutuo riconoscimento e la salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento», secondo quanto stabilito dall'art. 1 e dal considerando n. 12 decisione quadro m.a.e.; ma per raggiungerla – e qui si avverte un afflato europeista – il Governo dovrà tenere conto «del principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, e di quanto stabilito dal titolo I-*bis* del libro XI del codice di procedura penale».

Per concludere, è allora opportuno ribadire che la Corte di giustizia – al di là del principio di «presunzione del rispetto dei diritti fondamentali»<sup>114</sup> in Europa – ha enucleato negli anni recenti alcune situazioni in cui il rischio di violazione di tali diritti<sup>115</sup>

<sup>109</sup> Si verificheranno, dunque, problemi di diritto intertemporale: cfr. M. LANOTTE, *Luci ed ombre della legge di delegazione europea 2018*, cit., p. 90 e 103.

<sup>110</sup> V. art. 18 comma 1 lett. *n* e *o* l. n. 69 del 2005, in rapporto, rispettivamente, all'art. 4 n. 4 e n. 3 decisione quadro m.a.e.

<sup>111</sup> Si tratta di nove casi, contemplati dall'art. 18 comma 1 lett. *b, c, e, f, g, p, q, r, s* l. n. 69 del 2005: in proposito, circa il testo previgente, v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 413.

<sup>112</sup> Cfr. i casi previsti dall'art. 18 comma 1 lett. *a* (ove si riprende quanto affermato dal considerando n. 12 in ordine alla c.d. clausola di non discriminazione, che in realtà avrebbe potuto “coprire” anche le ipotesi di reato “soggettivamente” politico – di cui si occupa invece la lett. *f* – che si verificano quando l'emissione del mandato per un reato di diritto comune nasconde finalità di persecuzione politica o ideologica), *d* (che riprende il considerando n. 12, nella parte in cui precisa che gli Stati membri non incontrano ostacoli nell'applicare le loro norme costituzionali relative «al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione»), *h* (che riproduce pressoché letteralmente quanto risulta dal considerando n. 13).

<sup>113</sup> Mentre l'art. 18 comma 1 lett. *l* e *m* l. n. 69 del 2005 corrisponde in sostanza all'art. 3 n. 1 e n. 2 decisione quadro m.a.e., l'art. 18 comma 1 lett. *i* l. n. 69 del 2005, riguardante il minore, è ben più dettagliato rispetto all'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e.: in proposito v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e minorenni*, cit., p. 187 e nota 82.

<sup>114</sup> Un recente *excursus* ragionato su tale presunzione e sulle limitazioni che, «in circostanze eccezionali», possono essere apportate ai principi del riconoscimento e della fiducia reciproci, è effettuato da Corte giust. (Grande Sezione), 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, cit., punti 45-57. Per un'analisi della parabola della Corte di giustizia in tema di m.a.e., dalla strenua difesa della *mutual trust* alla nuova sensibilità per i diritti fondamentali, v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 177 ss.

<sup>115</sup> Oltre alle sentenze citate *supra*, nota 43, tutte riguardanti il diritto protetto dall'art. 4 Carta («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), di carattere assoluto in quanto

consente allo Stato membro di esecuzione, verificandosi determinate condizioni, di rifiutare la consegna del ricercato. Nella già citata pronuncia *Dorobantu*, in tema di violazione dell'art. 4 Carta, i giudici di Lussemburgo sono giunti ad affermare in maniera inequivocabile – dovendo rispondere a una questione pregiudiziale mirata<sup>116</sup> – che «la constatazione, da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, dell'esistenza di seri e comprovati motivi di ritenere che, a seguito della sua consegna allo Stato membro emittente, la persona oggetto di un mandato d'arresto europeo correrà un rischio reale di essere sottoposta» a un trattamento inumano o degradante, «in ragione delle condizioni di detenzione esistenti nell'istituto penitenziario nel quale è concretamente previsto che essa verrà reclusa, non può essere posta in bilanciamento, al fine di decidere su tale consegna, con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale nonché ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci»<sup>117</sup>. Certo, non manca, anche in questa sentenza, la sottolineatura che si deve versare in circostanze eccezionali: così, se l'autorità giudiziaria emittente fornisce l'assicurazione che la persona interessata non subirà un trattamento inumano o degradante, a prescindere dall'istituto penitenziario nel quale verrà reclusa, «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve fidarsi di tale assicurazione, quantomeno in assenza di un qualche elemento preciso che permetta di ritenere che le condizioni di detenzione esistenti all'interno di un determinato centro di detenzione sono contrarie»<sup>118</sup> all'art. 4 Carta. Ma dagli approdi raggiunti non si torna indietro<sup>119</sup>.

---

strettamente connesso al rispetto della dignità umana ai sensi dell'art. 1 della medesima, va menzionata Corte giust., 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality v. LM*, C-216/18 PPU (su cui v., anche per le indicazioni dottrinali, M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e minorenni*, cit., p. 173-175), concernente il diritto a un giudice indipendente e imparziale (art. 47 § 2 Carta) e, quindi, il diritto a un equo processo, nella quale i giudici di Lussemburgo si sono attenuti ai principi enunciati in *Aranyosi e Căldăraru*.

<sup>116</sup> Il giudice del rinvio (Tribunale superiore del Land di Amburgo) aveva infatti chiesto alla Corte di giustizia, nel caso in cui quest'ultima ritenesse, rispondendo alla prima questione pregiudiziale, che «sussistono requisiti "assoluti" di diritto dell'Unione in ordine alle condizioni di detenzione», se «un'inosservanza di tali condizioni minime sarebbe "sottratta a un giudizio di bilanciamento", nel senso che, in tal caso, sussisterebbe sempre un "rischio concreto" ostativo alla consegna, oppure se lo Stato membro di esecuzione possa ugualmente procedere ad un bilanciamento. Se, a tal riguardo, possano essere presi in considerazione aspetti quali il mantenimento della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione, la funzionalità del sistema europeo di giustizia penale oppure i principi della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento» (Corte giust. [Grande Sezione], 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, cit., punto 36, n. 2, lett. b).

<sup>117</sup> Corte giust. (Grande Sezione), 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, cit., punto 84 (v. pure i punti 82 e 83).

<sup>118</sup> Corte giust. (Grande Sezione), 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, cit., punto 68 (v. altresì il punto 69: «è solo in circostanze eccezionali, e sulla base di elementi precisi, che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può constatare che, malgrado un'assicurazione quale quella contemplata al punto precedente, esiste un rischio reale di vedere la persona interessata sottoposta ad un trattamento inumano o degradante», ai sensi dell'art. 4 Carta, in ragione delle condizioni della sua detenzione nello Stato membro emittente). Inoltre, la Corte, quanto alla «valutazione delle condizioni di detenzione sotto il profilo dello spazio personale di cui dispone la persona detenuta» (punti 70-79), richiama (punto 79) la propria pronuncia 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11 (sulla quale v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 185-187).

<sup>119</sup> Per alcune considerazioni sui diritti fondamentali alla prova del m.a.e. v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e minorenni*, cit., p. 188-193.



*ALTRI CONTRIBUTI*

**Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale**

*Bollettino della Sala Stampa della Santa Sede*, 15 novembre 2019

*Illustri Signori e Signore,*

prima di tutto voglio chiedere scusa per il ritardo. Scusatemi, è stato un errore di calcolo: due appuntamenti grossi che si prolungano... È successo il contrario di ciò che è accaduto nel Libro di Giosuè: lì il sole è andato indietro; qui l'orologio, il sole, è andato avanti. Scusatemi, e grazie della vostra pazienza.

Vi saluto cordialmente e, come nel nostro precedente incontro, esprimo la mia riconoscenza per il vostro servizio alla società e per il contributo che offrite allo sviluppo di una giustizia che rispetti la dignità e i diritti della persona umana. Vorrei condividere con voi alcune riflessioni circa questioni che interpellano anche la Chiesa nella sua missione di evangelizzazione e di servizio alla giustizia e alla pace. Ringrazio la Prof.ssa Paola Severino per le sue parole.

***Circa lo stato attuale del diritto penale***

Da vari decenni, il diritto penale ha incorporato – soprattutto da contributi di altre discipline – diverse conoscenze circa alcune problematiche legate all'esercizio della funzione sanzionatoria. Ad alcune di esse mi sono riferito nell'incontro precedente [1].

Tuttavia, malgrado questa apertura epistemologica, il diritto penale non è riuscito a preservarsi dalle minacce che, ai nostri giorni, incombono sulle democrazie e la piena vigenza dello Stato di diritto. D'altro canto, il diritto penale spesso trascura i dati della realtà e in questo modo assume la fisionomia di un sapere meramente speculativo.

*Vediamo due aspetti rilevanti del contesto attuale*

1. *L'idolatria del mercato.* La persona fragile, vulnerabile, si trova indifesa davanti agli interessi del mercato divinizzato, diventati regola assoluta (cfr *Evangelii gaudium*, 56; *Laudato si'*, 56). Oggi, alcuni settori economici esercitano più potere che gli stessi Stati (cfr *Laudato si'*, 196): una realtà che risulta ancora più evidente in tempi di globalizzazione del capitale speculativo. Il principio di massimizzazione del profitto, isolato da ogni altra considerazione, conduce a un modello di esclusione – automatico! - che infierisce con violenza su coloro che patiscono nel presente i suoi costi sociali ed economici, mentre si condannano le generazioni future a pagarne i costi ambientali.

La prima cosa che dovrebbero chiedersi i giuristi oggi è che cosa poter fare con il proprio sapere per contrastare questo fenomeno, che mette a rischio le istituzioni democratiche e lo stesso sviluppo dell'umanità. In concreto, la sfida presente per ogni penalista è quella di contenere l'irrazionalità punitiva, che si manifesta, tra l'altro, in reclusioni di massa, affollamento e torture nelle prigioni, arbitrio e abusi delle forze di sicurezza, espansione dell'ambito della penalità, la criminalizzazione della protesta sociale, l'abuso della reclusione preventiva e il ripudio delle più elementari garanzie penali e processuali.

2. *I rischi dell'idealismo penale.* Una delle maggiori sfide attuali della scienza penale è il superamento della visione idealistica che assimila il dover essere alla realtà. L'imposizione di una sanzione non può giustificarsi moralmente con la pretesa capacità di rafforzare la fiducia nel sistema normativo e nella aspettativa che ogni individuo assuma un ruolo nella società e si comporti secondo ciò che da lui ci si attende.

Il diritto penale, anche nelle sue correnti normativiste, non può prescindere da dati elementari della realtà, come quelli che manifesta l'operatività concreta della funzione sanzionatoria. Ogni riduzione di questa realtà, lungi dall'essere una virtù tecnica, contribuisce a nascondere i lineamenti più autoritari dell'esercizio del potere.

***Il danno sociale dei delitti economici***

Una delle frequenti omissioni del diritto penale, conseguenza della selettività sanzionatoria, è la scarsa o nulla attenzione che ricevono i delitti dei più potenti, in particolare la macro-delinquenza delle corporazioni. Non esagero con queste parole. Apprezzo che il vostro Congresso abbia preso in considerazione questa problematica.

Il capitale finanziario globale è all'origine di gravi delitti non solo contro la proprietà ma anche contro le persone e l'ambiente. Si tratta di criminalità organizzata responsabile, tra l'altro, del sovra-indebitamento degli Stati e del saccheggio delle risorse naturali del nostro pianeta.

Il diritto penale non può rimanere estraneo a condotte in cui, approfittando di situazioni asimmetriche, si sfrutta una posizione dominante a scapito del benessere collettivo. Questo succede, per esempio, quando si provoca la diminuzione artificiale dei prezzi dei titoli di debito pubblico, tramite la speculazione, senza preoccuparsi che ciò influenzi o aggravi la situazione economica di intere nazioni (cfr [Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell'attuale sistema economico-finanziario](#), 17).

Si tratta di delitti che hanno la gravità di crimini contro l'umanità, quando conducono alla fame, alla miseria, alla migrazione forzata e alla morte per malattie evitabili, al disastro ambientale e all'etnocidio dei popoli indigeni.

***La tutela giuridico-penale dell'ambiente***

È vero che la risposta penale arriva quando il delitto è stato commesso, che con essa non si ripara il danno né si previene la reiterazione e che di rado ha effetti dissuasivi. È vero pure che, per la sua selettività strutturale, la funzione sanzionatoria ricade solitamente sui settori più vulnerabili. Non ignoro neanche che c'è una corrente punitivista che pretende di risolvere attraverso il sistema penale i più svariati problemi sociali.

Invece, un elementare senso della giustizia imporrebbe che alcune condotte, di cui solitamente si rendono responsabili le corporazioni, non rimangano impunte. In particolare, tutte quelle che possono essere considerate come "ecocidio": la contaminazione massiva dell'aria, delle risorse della terra e dell'acqua, la distruzione su larga scala di flora e fauna, e qualunque azione capace di produrre un disastro ecologico o distruggere un ecosistema. Dobbiamo introdurre – ci stiamo pensando – nel Catechismo della Chiesa Cattolica il peccato contro l'ecologia, il "peccato ecologico" contro la casa comune, perché è in gioco un dovere.

In questo senso, recentemente, i Padri del Sinodo per la Regione Panamazzone hanno proposto di definire il peccato ecologico come azione oppure omissione contro Dio, contro il prossimo, la comunità e l'ambiente. È un peccato contro le future generazioni e si manifesta negli atti e nelle abitudini di inquinamento e distruzione dell'armonia dell'ambiente, nelle trasgressioni contro i principi di interdipendenza e nella rottura delle reti di solidarietà tra le creature (cfr [Catechismo della Chiesa Cattolica](#), 340-344) [2].

Come è stato segnalato nei vostri lavori, per “ecocidio” si deve intendere la perdita, il danno o la distruzione di ecosistemi di un territorio determinato, in modo che il suo godimento per parte degli abitanti sia stato o possa vedersi severamente pregiudicato. Si tratta di una quinta categoria di crimini contro la pace, che dovrebbe essere riconosciuta tale dalla comunità internazionale.

In questa circostanza, e per vostro tramite, vorrei fare appello a tutti i leader e referenti nel settore perché contribuiscano con i loro sforzi ad assicurare un’adeguata tutela giuridica della nostra casa comune.

### *Circa alcuni abusi di potere sanzionatorio*

Per concludere questa parte, vorrei riferirmi ad alcuni problemi che si sono aggravati negli anni trascorsi dal nostro precedente incontro.

1. *L’uso improprio della custodia cautelare.* Avevo segnalato con preoccupazione l’uso arbitrario della carcerazione preventiva. Purtroppo la situazione si è aggravata in diverse nazioni e regioni, dove il numero di detenuti senza condanna già supera ampiamente il cinquanta per cento della popolazione carceraria. Questo fenomeno contribuisce al deteriorarsi delle condizioni di detenzione ed è causa di un uso illecito delle forze di polizia e militari per questi fini [3]. La reclusione preventiva, quando è imposta senza che si verifichino le circostanze eccezionali o per un periodo eccessivo, lede il principio per cui ogni imputato dev’essere trattato come innocente fino a che una condanna definitiva stabilisca la sua colpevolezza.

2. *L’involontario incentivo alla violenza.* In diversi Paesi sono state attuate riforme dell’istituto della legittima difesa e si è preteso di giustificare crimini commessi da agenti delle forze di sicurezza come forme legittime del compimento del dovere [4]. È importante che la comunità giuridica difenda i criteri tradizionali per evitare che la demagogia punitiva degeneri in incentivo alla violenza o in uno sproporzionato uso della forza. Sono condotte inammissibili in uno Stato di diritto e, in genere, accompagnano i pregiudizi razzisti e il disprezzo verso le fasce sociali di emarginazione.

3. *La cultura dello scarto e quella dell’odio.* La cultura dello scarto, combinata con altri fenomeni psico-sociali diffusi nelle società del benessere, sta manifestando la grave tendenza a degenerare in cultura dell’odio. Si riscontrano episodi purtroppo non isolati, certamente bisognosi di un’analisi complessa, nei quali trovano sfogo i disagi sociali sia dei giovani sia degli adulti. Non è un caso che a volte ricompaiano emblemi e azioni tipiche del nazismo. Vi confesso che quando sento qualche discorso, qualche responsabile dell’ordine o del governo, mi vengono in mente i discorsi di Hitler nel ’34 e nel ’36. Oggi. Sono azioni tipiche del nazismo che, con le sue persecuzioni contro gli ebrei, gli zingari, le persone di orientamento omosessuale, rappresenta il modello negativo per eccellenza di cultura dello scarto e dell’odio. Così si faceva in quel tempo e oggi rinascono queste cose. Occorre vigilare, sia nell’ambito civile sia in quello ecclesiale, per evitare ogni possibile compromesso – che si presuppone involontario – con queste degenerazioni.

4. *Il lawfare.* Si verifica periodicamente che si faccia ricorso a imputazioni false contro dirigenti politici, avanzate di concerto da mezzi di comunicazione, avversari e organi giudiziari colonizzati [5]. In questo modo, con gli strumenti propri del *lawfare*, si strumentalizza la lotta, sempre necessaria, contro la corruzione col fine di combattere governi non graditi, ridurre i diritti sociali [6] e promuovere un sentimento di *antipolitica* del quale beneficiano coloro che aspirano a esercitare un potere autoritario.

E nello stesso tempo, è curioso che il ricorso ai paradisi fiscali, espediente che serve a nascondere ogni sorta di delitti, non sia percepita come un fatto di corruzione e di criminalità organizzata [7]. Analogamente, fenomeni massicci di appropriazione di fondi pubblici passano inosservati o sono minimizzati come se fossero meri conflitti di interesse. Invito tutti a riflettere a questo riguardo.

### *Appello alla responsabilità*

Desidero rivolgere un invito a tutti voi, studiosi del diritto penale, e a quanti, nei diversi ruoli, sono chiamati ad assolvere funzioni concernenti l'applicazione della legge penale. Tenendo presente che scopo fondamentale del diritto penale è tutelare i beni giuridici di maggiore importanza per la collettività, ogni compito e ogni incarico in questo ambito ha sempre una risonanza pubblica, un impatto sulla collettività. Questo richiede e implica al tempo stesso una più grave responsabilità per l'operatore di giustizia, in qualunque grado esso si trovi, dal giudice, al funzionario di cancelleria, all'agente della forza pubblica.

Ogni persona chiamata ad assolvere un compito in questo ambito dovrà tenere continuamente presente, da un lato, il rispetto della legge, le cui prescrizioni sono da osservare con un'attenzione e un dovere di coscienza adeguati alla gravità delle conseguenze. D'altro lato, occorre ricordare che la legge da sola non può mai realizzare gli scopi della funzione penale; occorre anche che la sua applicazione avvenga in vista del bene effettivo delle persone interessate. Questo adeguamento della legge alla concretezza dei casi e delle persone è un esercizio tanto essenziale quanto difficile. Affinché la funzione giudiziaria penale non diventi un meccanismo cinico e impersonale, occorrono persone equilibrate e preparate, ma soprattutto appassionate – appassionate! – della giustizia, consapevoli del grave dovere e della grande responsabilità che assolvono. Solo così la legge – ogni legge, non solo quella penale – non sarà fine a sé stessa, ma al servizio delle persone coinvolte, siano essi i responsabili dei reati o coloro che sono stati offesi. Al tempo stesso, operando come strumento di giustizia sostanziale e non solo formale, la legge penale potrà assolvere il compito di presidio reale ed efficace dei beni giuridici essenziali della collettività. E dobbiamo andare, certamente, verso una giustizia penale restaurativa.

### *Verso una giustizia penale restaurativa*

In ogni delitto c'è una parte lesa e ci sono due legami danneggiati: quello del responsabile del fatto con la sua vittima e quello dello stesso con la società. Ho segnalato che tra la pena e il delitto esiste una asimmetria [8] e che il compimento di un male non giustifica l'imposizione di un altro male come risposta. Si tratta di fare giustizia alla vittima, non di giustiziare l'aggressore.

Nella visione cristiana del mondo, il modello della giustizia trova perfetta incarnazione nella vita di Gesù, il quale, dopo essere stato trattato con disprezzo e addirittura con violenza che lo portò alla morte, in ultima istanza, nella sua risurrezione, porta un messaggio di pace, perdono e riconciliazione. Questi sono valori difficili da raggiungere ma necessari per la vita buona di tutti. E riprendo le parole che ha detto la Professoressa Severino sulle carceri: le carceri devono avere sempre una "finestra", cioè un orizzonte. Guardare ad un reinserimento. E si deve, su questo, pensare a fondo al modo di gestire un carcere, al modo di seminare speranza di reinserimento; e pensare se la pena è capace di portare lì questa persona; e anche l'accompagnamento a questo. E ripensare sul serio l'ergastolo.

Le nostre società sono chiamate ad avanzare verso un modello di giustizia fondato sul dialogo, sull'incontro, perché là dove possibile siano restaurati i legami intaccati dal delitto e riparato il danno recato. Non credo che sia un'utopia, ma certo è una grande sfida. Una sfida che dobbiamo affrontare tutti se vogliamo trattare i problemi della nostra convivenza civile in modo razionale, pacifico e democratico.

\* \* \*

Cari amici, vi ringrazio per tre cose: per la vostra doppia pazienza: di aspettare un'ora e, l'altra pazienza, di ascoltare questo lungo discorso. E vi ringrazio di nuovo per questo incontro. Grazie.

Vi assicuro che continuerò a esservi vicino in questo arduo lavoro al servizio dell'uomo nell'ambito della giustizia. Non c'è dubbio che, per coloro che tra voi sono chiamati a vivere la vocazione cristiana del proprio Battesimo, questo è un campo privilegiato di animazione evangelica del mondo. Tutti, anche coloro che tra di voi non sono cristiani, abbiamo bisogno dell'aiuto di Dio, sorgente di ogni ragione e giustizia. Invoco per ognuno di voi, per intercessione della Vergine Madre, la luce e la forza dello Spirito Santo. Vi benedico di cuore e, per favore, vi chiedo di pregare per me. Grazie tante.

- [1] Cfr [Discorso alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale](#), 23 ottobre de 2014.
- [2] Cfr [Documento finale del Sinodo dei Vescovi per la Regione Panamazzone: Nuovi Cammini per la Chiesa e per una Ecologia Integrale](#), 26 ottobre 2019, 82.
- [3] Cfr [Discorso alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale](#), 23 ottobre 2014.
- [4] Cfr [Discorso del Santo Padre Francesco alla Delegazione della Commissione Internazionale contro la Pena di Morte](#), 17 dicembre 2018.
- [5] Cfr [Omelia, 17 maggio 2018](#). *L'Osservatore Romano* (17 maggio 2018).
- [6] Cfr [Discorso al Vertice dei Giudici Panamericani sui diritti sociali e la dottrina francescana](#), 4 giugno 2019.
- [7] [Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Considerazioni per un discernimento etico su alcuni aspetti dell'attuale sistema economico-finanziario](#), 30.
- [8] Cfr [Lettera ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia](#), 30 maggio 2014.

\* \* \* \* \*

### Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU

*Appunti per l'audizione del 26 novembre 2019 innanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei  
Deputati nell'ambito dell'esame dei progetti di legge [C. 1124](#) e [C. 35](#)*

di Massimo Luciani

**Premessa.** - Occorrono, preliminarmente, due – pur rapide – premesse di sistema.  
*La prima. I diritti vivono, oggi, un tempo difficile.* Difficile e per più profili contraddittorio. Sono, i nostri, da un lato, anni di disordinate spinte al riconoscimento dei più disparati diritti, entro concezioni dei rapporti sociali che non distinguono fra libertà e anarchia: basta pensare all'idea che il *web* debba essere un luogo (meglio: un non-luogo) sottratto a qualunque norma imperativa, nel quale tutto può essere detto e comunicato, fosse pure in violazione del diritto d'autore, della verità delle informazioni o della dignità delle persone. Dall'altro, sono anni nei quali l'autoritarismo rialza la testa, nella forma del fondamentalismo politico e religioso o addirittura in quella del rigurgito neofascista o neonazista, in ispregio, da noi, di una Costituzione che fa proprio dell'antifascismo il minimo comun denominatore delle forze che la sorreggono [1]. Sono, poi, anni nei quali a un'attenzione marcata per i diritti di libertà civile fa riscontro un netto

disinteresse per quelli sociali, stretti fra crisi finanziaria e ristrutturazione selvaggia del mondo del lavoro. Sono anni, insomma, i nostri, nei quali la complessità del quadro imporrebbe nel mondo dei diritti interventi coerenti, meditati, efficaci. Quali, lo dico subito, *non* sono quelli qui in discussione.

*La seconda. Quando si parla di diritti si parla di potere.* E si parla di potere sia perché i diritti stessi sono poteri esercitati nei confronti degli altri componenti della società, sia perché è manifestazione di potere la decisione sui diritti. Non solo, ovviamente, quando a decidere è il costituente o il legislatore, ma anche (e forse soprattutto, considerato che una politica sempre più timida s'è ridotta delegargli le scelte che le spetterebbero) quando a decidere è il giudice. Ora, solo un ingenuo potrebbe non intendere che **attorno ai due Protocolli di cui stiamo discutendo s'agita proprio una questione di potere.** Il c.d. "**dialogo fra le Corti**" è un fenomeno reale e anche positivo, ma si devono ricordare due cose: a) che attraverso questo dialogo non si risolvono tutti i problemi dei rapporti fra i diritti e fra i diritti e gli interessi sociali, che dovrebbero essere governati, anzitutto, dai legislatori dei vari Stati, se fossero consapevoli dell'importanza del loro ruolo e non delegassero al giudiziario l'assunzione di scelte fondamentali [2]; b) che ognuna delle Corti "dialoganti" cerca di assumere, nel confronto con le altre, il posizionamento tatticamente e strategicamente più vantaggioso, difendendo il proprio potere a scapito delle altre.

Da questo (essenziale) punto di vista, non possono essere dimenticati i (non frequentissimi, ma non per questo meno significativi) **casi di vero e proprio scontro fra Corti**, anche se - magari - composto all'ultimo momento. Come non citare, a tal proposito, la questione della **responsabilità degli Stati per violazione dei diritti umani**, che ha opposto la Corte internazionale di giustizia e la nostra Corte costituzionale [3]? O il famosissimo "**caso Taricco**", in cui sempre la nostra Corte costituzionale si è scontrata con la Corte di giustizia, con la vittoria (fortunatamente) della prima [4]? O, ancora (e qui interessa particolarmente), il **parere negativo della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU** (parere n. 2/2013, pubbl. il 18 dicembre 2014), la cui motivazione è trasparentemente cucita attorno all'esigenza (per lei) primaria della Corte di Lussemburgo di assicurare la propria posizione nei confronti della Corte di Strasburgo?

Ebbene: a me sembra che, ancorché la sua genesi sia risalente [5], **oggi il Protocollo 16 costituisca una sorta di risposta della Corte EDU alla Corte di giustizia.**

Ma veniamo, partitamente, ai due Protocolli, che - ribadisco - non mi sembrano affatto all'altezza del delicato momento che oggi attraversa il mondo dei diritti. Si tratta di questioni assai complesse, ma, nel rispetto della logica delle audizioni parlamentari, cercherò di sintetizzare al massimo.

**1. Anzitutto, il Protocollo 15.** Si tratta, indubbiamente, di quello che, in questa guerra di posizione, è considerato di minore interesse, come attesta la stessa previsione relativa alla sua entrata in vigore. Mentre il Protocollo 16, ai sensi del suo art. 8, entra in vigore "*il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo, conformemente alle disposizioni dell'articolo 7*", il Protocollo 15 entra in vigore "*il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui tutte le Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo, conformemente alle disposizioni dell'articolo 6*" (art. 7). Insomma: il Protocollo 16 è considerato così essenziale che bastano solo dieci strumenti di ratifica, mentre per il Protocollo 15 si è ritenuto di attendere il consenso unanime degli Stati del Consiglio d'Europa.

Nonostante questo, anche il Protocollo 15 lascia assai perplessi ed è bene, a mio avviso, che si soprasseda alla sua ratifica.

**1.1.** Le sue singole previsioni non sono di particolare momento.

Qualche dubbio, invero, lo suscita l'art. 2, relativo all'**età dei giudici CEDU**, perché migliora le attuali disposizioni sull'età massima, ma non lo fa con la dovuta decisione (eliminando, cioè, qualunque limite, come del resto accade negli Stati Uniti).

Dubbi vi sono anche sull'art. 4, che **riduce a soli quattro mesi il termine di proposizione del ricorso alla Corte di Strasburgo**. Come hanno osservato esattamente le Camere penali nella loro audizione, si tratta di un termine assai breve, specie a fronte dell'esasperato formalismo della Corte EDU in sede di vaglio preliminare di ammissibilità.

Ancor più forti, infine, sono i dubbi che riguardano l'art. 3, a tenor del quale *“All'articolo 30 della Convenzione, le parole «a meno che una delle parti non vi si opponga» sono soppresse”*. La conseguenza è che **la rimessione alla Grande Camera, oggi possibile solo nemine contradicente, sarebbe rimessa alla decisione della Camera semplice**, la quale - così - disporrebbe del diritto delle parti al doppio grado di giurisdizione. Non propriamente un bell'esempio di garantismo processuale in una normativa sui diritti umani.

**1.2. Il vero nodo problematico**, però, sta all'art. 1, laddove si dispone che *“Alla fine del preambolo della Convenzione è aggiunto un nuovo considerando”*, il cui contenuto è il seguente: *“spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione”*. Non sfuggirà a nessuno l'ambiguità del testo, che non a caso ha dato origine a interpretazioni addirittura divergenti, anche nelle audizioni innanzi codesta Commissione.

Così, nell'audizione del Dott. Sabato si sostiene che *“i due protocolli sono inseriti in un unico disegno riformatore, tendente ad accrescere (e non certo a diminuire) il ruolo delle autorità nazionali, in un'ottica di sussidiarietà rispetto al ruolo della Corte”*. Analogamente, nell'audizione dell'Avv. Lana si lamenta una *“eccessiva insistenza sull'importanza del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento, con il rischio di una restrizione del ruolo della Corte EDU”*. Parimenti, in un recente saggio del Pres. Lipari, si afferma che il nuovo Preambolo introdotto dal Protocollo n. 15 intenderebbe *“consolidare l'idea di un'Europa di Stati, che vuole rispettare le inalienabili peculiarità nazionali”* [6].

Al contrario, nell'audizione del Dott. Farri si afferma che quella formula legittimerebbe una *“giurisprudenza maggiormente penetrante”*.

A mio avviso, la lettura più corretta è la seconda, per almeno due motivi. Il primo è che il principio di sussidiarietà, come ormai dovrebbe essere chiaro a tutti, è - diciamo così - a doppio taglio, nel senso che non si limita ad attrarre le competenze decisionali verso il basso e la periferia, ma le attira anche verso l'alto e il centro tutte le volte in cui ciò è richiesto dalle esigenze di miglior funzionamento del sistema. Ebbene: siccome a decidere del concreto *“verso”* della sussidiarietà è chi sta in alto e al centro, va da sé che nel caso della CEDU a decidere è la stessa Corte di Strasburgo. Il secondo motivo è che l'assoggettamento al *“controllo”* della Corte EDU sterilizza, ovviamente, qualsivoglia tentativo di riconoscere agli Stati membri un maggiore margine di manovra, perché sempre alla Corte, alla fin fine, ritorna l'apprezzamento finale. Questa conclusione, si badi, vale sia che si prenda a riferimento la traduzione italiana, sua che si consideri uno dei due originali del Protocollo. Quello francese, infatti, recita *“sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme [...]”* e quello inglese *“subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights [...]”*, con formula che forse va addirittura più chiaramente nel senso ora indicato.

## 2. Preoccupazioni ben maggiori desta, però, il **Protocollo 16**.

La sua grande novità è l'istituto introdotto dall'art. 1, che **consente alle "alte giurisdizioni" degli Stati membri di chiedere "pareri consultivi" alla Corte EDU su "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli" (comma 1), anche se "solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa" (comma 2)**. Qui molte cose non vanno. Proviamo a mettere in evidenza, in sintesi estrema, i principali punti critici.

**2.1.** Molti hanno osservato che **il nuovo procedimento ha diversi punti in comune con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia** e, del resto, in quella chiave esso era stato sin dall'inizio concepito [7]. Altri, invece, hanno obiettato che così non sarebbe, sia perché il parere della Corte EDU non avrebbe effetti vincolanti [8], sia perché il giudice che lo chiede "può", ma non "deve" sospendere il giudizio pendente innanzi a lui. In realtà, al di là di questi profili formali, **la natura sostanziale dell'istituto è esattamente quella del rinvio pregiudiziale** [9].

In primo luogo, è addirittura ovvio che, almeno nel giudizio "principale", il parere avrà effetti del tutto vincolanti, essendo **inimmaginabile che il giudice italiano si discosti dall'avviso di un'altra istanza giurisdizionale cui egli stesso s'è rivolto per avere chiarimenti interpretativi** [10]. La bizzarra formula (frutto di una traduzione pedestre dell'originale francese "*avis consultatif*") [11] "parere consultivo" (come se esistessero pareri che consultivi non sono) nasconde, al fondo, un vero e proprio vincolo. Del resto, il *Rapporto esplicativo* del Protocollo 16 afferma che "laddove un ricorso venga proposto [dalla parte del giudizio nel cui corso il parere è stato richiesto] successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati". Non propriamente un effetto tipico di un parere non vincolante, sarebbe da dire.

In secondo luogo, **il giudizio "principale" potrebbe pure non essere formalmente sospeso, ma - anche qui - è immaginabile che il giudice italiano lo concluda prima di avere l'avviso della Corte EDU**, altrimenti avrebbe compiuto un atto processuale inutile, danneggiando le parti e il loro diritto (riconosciuto dall'art. 111, comma 2, Cost.) alla ragionevole durata del processo (probabilmente con sua conseguente responsabilità ai sensi dell'art. 3 della l. 13 aprile 1988, n. 117, se non dello stesso art. 2, per come modif. dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18). **La facoltà di sospensione è dunque, in realtà, un obbligo**. E a nessuno sfuggiranno gli effetti perversi che in **campo penale** potrebbe avere un **allungamento dei tempi processuali** [12] accoppiato alla previsione dell'**art. 159, comma 2, cod. pen., improvvidamente sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 1, della l. 9 gennaio 2019, n. 3** [13], a tenor del quale "*Il corso della prescrizione rimane [...] sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna*".

In terzo luogo, se il giudice comune chiede l'intervento della Corte EDU è perché nutre un dubbio sulla portata della Convenzione, dubbio che - evidentemente - deve essere rilevante nel giudizio principale. **Deve pertanto sussistere proprio quello stesso nesso di pregiudizialità che è tipico della questione di costituzionalità o della questione ex art. 267 TFUE, il che dimostra che di vera questione pregiudiziale si tratta**. Non solo. Lo stesso art. 1, comma 2, del Protocollo 16 stabilisce che "*La giurisdizione che presenta la domanda può chiedere un parere consultivo solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa*" e questo non è nulla di più e nulla di meno che il nesso di rilevanza/prejudizialità. Del resto, il *Rapporto esplicativo* al Protocollo 16, confessoriamente, afferma che "la procedura non è pensata [...] per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente dinanzi a essa [cioè all'autorità giudiziaria nazionale]". E la Corte EDU, nella *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the*

*Convention*, adottata il 6 maggio 2013, afferma a chiare lettere che nella nuova procedura “*there should not be an abstract review of legislation*”. Ancora. Il successivo comma 3 dispone che “*La giurisdizione che presenta la domanda deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente*”, ciò che ulteriormente dimostra che la procedura non è ammessa per soddisfare una mera curiosità del giudice nazionale e che il contesto di fatto va esposto anche allo scopo di consentire la verifica del ricordato nesso di rilevanza/pregiudizialità.

**2.2. Introdurre questa nuova pregiudiziale ha gravi conseguenze sul piano del diritto interno.** Anzitutto, la **Corte costituzionale**, con giurisprudenza ormai saldissima, ha chiarito che quelle di violazione della Convenzione da parte della legge italiana sono classiche questioni di costituzionalità, traducendosi la violazione della Convenzione (fonte “interposta”) in violazione dell’**art. 117, comma 1, Cost.** Custode della costituzionalità delle leggi, però, è proprio e solo la Corte costituzionale. **Rivolgendosi alla Corte EDU prima che alla Corte costituzionale, dunque, il giudice nazionale scavalca quest’ultima.** La cosa è particolarmente preoccupante, se solo si pensa che la Corte italiana ha avuto cura di precisare che, quando ci sono dubbi di violazione della Costituzione, addirittura la pregiudiziale eurounitaria deve cedere a quella costituzionale, come chiarito dalla **sent. n. 269 del 2017**, ma ribadito (sia pure con qualche significativo aggiustamento, dalle **sentt. nn. 20 e 63 del 2019** e dall’**ord. n. 117 del 2019**) [14].

Conseguenze analoghe si possono verificare anche nei **rapporti con la Corte di giustizia**, almeno tutte le volte in cui il giudice italiano è chiamato a decidere questioni nelle quali sono in giuoco diritti protetti (sia pure con formulazioni non del tutto coincidenti) dalla Convenzione e dalla Carta di Nizza, oggi a pieno titolo diritto primario dell’Unione [15]. Anche qui, è evidente che **l’adempimento dell’obbligazione (che grava proprio sulle giurisdizioni superiori!) di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia sarebbe ostacolato dalla decisione di richiedere il parere della Corte EDU.**

Non basta. **L’intervento della Corte EDU incide sul libero convincimento del giudice**, garantito da una nostra risalente tradizione e formalizzato all’art. 101, comma 2, Cost. Né si può obiettare che lo stesso avverrebbe quando viene sollecitato l’intervento della Corte di giustizia in sede di procedimento *ex art. 267 TFUE*, perché in quel caso la cosa si spiega in ragione del principio di separazione degli ordinamenti (italiano da un lato, eurounitario dall’altro), che giustifica la pronuncia pregiudiziale di un giudice “esterno”, laddove qui non v’è alcuna separazione. La Convenzione EDU è stata immessa nel nostro ordinamento, infatti, da una legge italiana (l. 4 agosto 1955, n. 848), sicché deve essere interpretata *in primis* dallo stesso giudice nazionale.

Ancora. **Non si potrebbe obiettare che la CEDU deve interpretarsi nel senso fatto proprio dalla Corte di Strasburgo, perché la Corte costituzionale, proprio movendo dalla premessa dell’inesistenza di due ordinamenti separati, ha affermato che l’interpretazione della Corte EDU va seguita solo quando si è cristallizzata in indirizzi “consolidati” (sent. n. 49 del 2015), che qui, per definizione, mancherebbero.** Non intendo, invero, l’osservazione formulata nell’audizione del Dott. Sabato, laddove si afferma che “il Parere dovrà essere espressione di una giurisprudenza consolidata”. Se così fosse, infatti, non si capisce cosa mai dovrebbe spingere il giudice nazionale a chiedere il parere, rallentando il giudizio innanzi a lui pendente, se non la sua colpevole ignoranza di tale “giurisprudenza consolidata” [16]. In realtà, è proprio in assenza di “giurisprudenza consolidata” che avrebbe senso richiedere i pareri.

Infine, **non è chi non veda come i tempi del giudizio “principale” si allunghino a causa della richiesta di parere.** Se, poi, il parere stesso fosse nel senso di ingenerare un dubbio di conformità della legge italiana alla Convenzione, il giudice dovrebbe sospendere nuovamente il giudizio, ma stavolta per adire (nei termini già indicati) la **Corte costituzionale**. E certo non può convincere l’osservazione che, nella prima occasione in cui è stata sollecitata a rendere un parere (dalla Corte

di cassazione francese), la Corte di Strasburgo abbia risposto in meno di sei mesi [17]. Troppo facile replicare che, **se il meccanismo dovesse prendere piede, fatalmente si allungherebbero a dismisura i tempi o a dismisura si estenderebbe la discrezionalità nella case selection** (come già accaduto per il resto delle incombenze della Corte, che ha fatto fronte all'enorme contenzioso solo al prezzo di una scelta a dir poco sommaria dei casi da giudicare).

**2.3.** Il Protocollo 16 lascia le Parti contraenti libere di indicare le alte **giurisdizioni legittimate a chiedere il parere della Corte EDU**. La legge di conversione qui in discussione lo fa all'art. 3, comma 1, indicando la **Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana**. Non menziona la Corte costituzionale, contemplata, invece, dal successivo comma 3, a tenor del quale *“La Corte costituzionale può provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo di cui al comma 1”*.

Orbene, è assai dubbio che, **in questo modo, sia rispettato l'art. 10 del Protocollo**, a tenor del quale *“Ciascuna Alta Parte contraente della Convenzione indica, al momento della firma o del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, quali autorità giudiziarie nomina ai fini dell'articolo 1, paragrafo 1, del presente Protocollo. Tale dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento nello stesso modo”*. Se la Corte costituzionale [18] non è indicata direttamente e con le formalità così stabilite quale autorità legittimata a richiedere il parere, è a mio avviso evidente che le sue successive “disposizioni” non sono affatto idonee a legittimarla *ex post* [19].

Si aggiunga, poi, che **la Corte dei conti è menzionata in modo indistinto**, con la conseguenza che qualunque sua articolazione, anche regionale, dovrebbe ritenersi legittimata, con evidente disequilibrio rispetto al trattamento della giurisdizione amministrativa [20].

**2.4.** La stessa **ragionevolezza “interna” del Protocollo 16** deve essere messa in dubbio. Non convince, infatti, l'idea che il nuovo istituto ivi previsto abbia anche una funzione deflattiva dell'enorme contenzioso pendente sulle spalle della Corte EDU. Trattandosi di una nuova via di accesso, infatti, si verificherà esattamente l'opposto, cioè che, **oltre ai singoli (che lamentano la violazione di un loro diritto), anche i giudici potranno rivolgersi direttamente a Strasburgo**. E allora delle due l'una: o la Corte metterà molto tempo a pronunciarsi, con ulteriore pregiudizio del principio della ragionevole durata del processo, o farà rapidamente e male, magari estendendo alle richieste di parere la medesima selezione sommaria dei casi che già conosciamo in materia di ricorsi (d'altro canto, lo stesso *Rapporto esplicativo* al Protocollo 16 afferma che “la Corte ha un margine di discrezionalità nell'accettare o meno una richiesta”, sebbene debba motivare il diniego) [21].

Non solo. Poiché sempre il *Rapporto esplicativo* afferma che le richieste di parere dovrebbero avere “alta priorità”, questo si risolverà in un ulteriore pregiudizio per i procedimenti che quella priorità alta non l'hanno, cioè per i ricorsi individuali.

**2.5.** Ancora. L'art. 3 dispone che *“Il Presidente della Corte può, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, invitare anche altre Alte Parti contraenti o persone a presentare osservazioni per iscritto o a prendere parte alle udienze”*. Anche qui si possono nutrire perplessità.

Se è vero - come a me sembra evidente - che **siamo di fronte a un rinvio pregiudiziale mascherato, almeno le parti del giudizio “principale” dovrebbero essere presenti innanzi la Corte EDU**, visto che l'effetto sostanzialmente vincolante del suo parere potrebbe seriamente pregiudicarle, se contrario alle loro aspettative. Lasciare la compiutezza del contraddittorio all'apprezzamento discrezionale del Presidente della Corte non sembra affatto una previsione garantista.

**2.6.** Un ultimo punto. V'è da chiedersi quanto sia compatibile con il **principio della precostituzione del giudice** (quello che da noi si chiama principio del giudice naturale) la previsione dell'art. 2, comma 3, a tenor del quale, nel caso di richiesta di parere, *“Il collegio e la*

Grande Camera, indicati ai paragrafi precedenti, comprendono di pieno diritto il giudice eletto per l'Alta Parte contraente cui appartiene l'autorità giudiziaria che ha richiesto il parere. Se tale giudice è assente o non è in grado di partecipare alla riunione, una persona scelta dal Presidente della Corte da una lista previamente sottoposta a tal Parte sarà presente in qualità di giudice". Non è forse, questo, un caso in cui l'identità del giudice è rimessa, in concreto, al... giudice stesso (cioè al Presidente del collegio)? Né si potrebbe obiettare che si tratta di un meccanismo pressoché identico a quello dell'art. 26, par. 4, della stessa Convenzione EDU, perché - non paia lesa maestà - già quel meccanismo lasciava e lascia assai perplessi.

### 3. Una breve **notazione conclusiva**.

Ho osservato, in premessa, che quelli di oggi non sono giorni felicissimi per i diritti delle persone. Non lo sono per ragioni politiche e sociali a tutti note, ma anche per ragioni culturali, anche per ragioni di cultura giuridica. Moltiplicare gli strumenti di tutela dei diritti non è sempre un bene, perché ogni istituto di tutela ha sempre un costo, non solo e non tanto economico, ma anche e proprio in termini di efficace e certa garanzia dei diritti. **Da sempre sono convinto che in materia di protezione dei diritti l'ultima parola debba spettare alle Corti costituzionali nazionali, che applicano come paradigma testi costituzionali frutto di lotte politiche e di decisioni democratiche, non trattati internazionali frutto delle negoziazioni tra i governi.** Sarei davvero molto cauto nell'ampliare il raggio di azione di pur utilissime Corti non nazionali, che si autointerpretano come "costituzionali" senza - però - esserlo (e invece, si badi, come ricorda il *Rapporto esplicativo* al Protocollo 16, il fine del nuovo istituto è, dall'inizio, quello "di promuovere il dialogo tra le autorità giudiziarie e di potenziare il ruolo «costituzionale» della Corte").

Semmai, se si hanno a cuore i diritti e la Corte di Strasburgo (che, non si equivochi, è istituzione preziosa, da tutelare con fermezza), la via da percorrere sembra essere un'altra. In particolare, si dovrebbe agire per **rendere più garantista il giudizio innanzi la Corte EDU, migliorando i tempi di decisione e la trasparenza dei processi di case selection.** L'Italia, allora, potrebbe impegnarsi anzitutto per far sì che siano incrementate le ricorse (finanziarie e umane) da assicurare alla Corte, importanti per il buon funzionamento di qualunque organo giurisdizionale, ma addirittura essenziali quando la platea dei possibili "utenti" è così vasta.

Quando si afferma che "dietro la richiesta di parere consultivo potrebbero [...] innescarsi forme virtuose di cooperazione fra giudici che, tutte avvinte da un sistema di pesi e contrappesi, in definitiva, rendono tutti sovrani e tutti serventi verso la persona, le sue aspettative, i suoi bisogni" [22] si disegna un quadro idilliaco, che trascura il problema fondamentale di chi (e con quale legittimazione) si arroga il diritto di dire l'ultima parola. E quando si dice che "lo strumento delineato dal Protocollo n. 16 sembra diretto ad interpretare quelle esigenze, che oramai fanno parte della realtà giudiziaria quotidiana, relative all'equilibrio e al dialogo virtuoso tra Corti, nonché a realizzare un bilanciamento equo tra la necessità di ridurre il contenzioso Cedu e assicurare l'effettività della tutela dei diritti umani" [23], a me pare, si vede la doratura del nuovo istituto, ma non si scorge il peltro che c'è sotto.

Per questo, al di là d'ogni apprezzamento latamente politico della questione, che non mi compete, **la mia personale opinione è nettamente contraria all'autorizzazione alla ratifica dei due Protocolli in discussione** innanzi la Commissione, con riferimento particolare al Protocollo n. 16.

[1] Sulla questione, in particolare, A. Baldassarre, *La costruzione del paradigma antifascista e la Costituzione repubblicana*, in *Problemi del socialismo*, 1986, 10 sgg., nonché, se si consente, M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 183 sgg.

[2] L'ultimo caso, eclatante, è quello del suicidio assistito. La Corte costituzionale, dopo aver "messo in mora" il legislatore con l'ord. n. 207 del 2018, è dovuta intervenire con la sent. n. 242 del 2019, con la quale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente".

[3] Che, con la sent. n. 238 del 2014, ha imboccato una strada opposta a quella seguita dalla CIG.

[4] La lunga vicenda si è conclusa con la sent. Corte cost. n. 115 del 2018.

[5] V. una rapida ricostruzione in G. Centamore – B. Agostini, *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, in *DPC*, 2.

[6] M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi*, n. 3/2019, 5.

[7] Così R. Conti, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *ConsultaOnline*, 3

[8] Così, ad es., G. Centamore - B. Agostini, *Protocollo XVI*, cit., 6, quali, però, non possono fare a meno di riconoscere che, almeno "di fatto" il parere avrà proprio gli effetti vincolanti formalmente negatigli (*ivi*, 12).

[9] I più accorti operatori del diritto lo riconoscono senza infingimenti. V., in particolare, M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 11, 24, etc.

[10] Analogamente l'audizione del Prof. Vari e quella della Prof.ssa Cerrina Feroni (v., ora, G. Cerrina Feroni, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi*, n. 5/2019, 7).

[11] La versione inglese parla di "advisory opinions".

[12] Già lamentato da molti. V. ad es., G. Cerrina Feroni, *Il disegno di legge*, cit., 4.

[13] Peraltro con applicazione differita, come è noto, al 1° gennaio 2020.

[14] M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 42, in prima battuta, cerca di risolvere il problema sostenendo che il giudice comune dovrebbe rivolgersi alla Corte EDU "soltanto nei casi in cui l'incertezza riguardi la portata e il significato della normativa e della giurisprudenza della CEDU", ma questa soluzione costituisce, in realtà, il problema, perché così facendo il giudice comune interferisce nella libertà interpretativa della Corte costituzionale, che - come si dice nel testo - s'è riservata l'interpretazione della fonte interposta (quella convenzionale, per come recepita nel nostro ordinamento) almeno in difetto di una "giurisprudenza consolidata" di Strasburgo.

Più convincente, a mio parere, la precisazione successiva, secondo la quale il deferimento alla CEDU dovrebbe avvenire unicamente su "questioni che riguardino la sola portata interpretativa delle norme convenzionali, senza coinvolgere questioni di contrasto con disposizioni legislative interne" (*ivi*, 43). Inutile dire, però, che una netta linea di demarcazione fra le due ipotesi sarà assai difficile, in pratica, da tracciare.

[15] Analoga osservazione in R. Conti, *La richiesta di “parere consultivo”*, cit., 7; M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 44.

[16] Altra questione è cosa, poi, per “giurisprudenza consolidata” possa intendersi. Sul punto, mi permetto di rinviare agli interrogativi posti in M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 407.

[17] Così l’audizione del Dott. Sabato.

[18] Si noti che nell’audizione delle Camere penali è stato sostenuto che, a tutto concedere, proprio e solo alla Corte costituzionale si sarebbe dovuta riconoscere la qualificazione di autorità italiana legittimata a richiedere il parere.

[19] Analogo rilievo, se rettamente interpreto, nell’audizione del Prof. Cannone. V. anche M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 24.

[20] Il problema è stato puntualmente rilevato da M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 19.

[21] Nella già citata *Opinion* sul Protocollo 16, la Corte EDU ha già manifestato un evidente fastidio nei confronti di tale previsione, affermando che “*This goes against the opinion expressed by the Court in its reflection paper. The Court expressed a preference for issuing general guidelines on the scope and functioning of its advisory jurisdiction, rather than being obliged to give reasons for every refusal. The Court however accepts that it may be useful to give reasons. Such an approach would enhance the aim of creating a constructive dialogue with the national courts. The Court envisages that such reasons will normally not be extensive*”. Insomma: *obtorto collo* qualche motivazione va data, ma che non sia troppo estesa, altrimenti ne va della discrezionalità della Corte...

[22] R. Conti, *La richiesta di “parere consultivo”*, cit., 26.

[23] D. Martire, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, in *Diritti comparati*, 16 aprile 2018.

\* \* \* \* \*

## La (perenne) crisi dell’Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro

*Il punto sui profili penalistici delle vicende riguardanti l’acciaieria tarantina*

di Stefano Zirulia

**1. Il contesto.** – Lunedì 4 novembre l’amministratore delegato di **AM InvestCo Italy s.p.a.**, società italiana del gruppo multinazionale ArcelorMittal, ha comunicato ai commissari straordinari che attualmente gestiscono il gruppo Ilva la propria volontà di **recedere dal contratto di affitto dei complessi aziendali dell’acciaieria**. Contestualmente è stato depositato presso il Tribunale di Milano, competente per territorio, [l’atto di citazione](#) nei confronti dello stesso gruppo Ilva e dei commissari straordinari, con richiesta di accertare la cessazione contratto. A questa iniziativa i commissari straordinari hanno risposto con ricorso d’urgenza ex art. 700 c.p.c., di cui ha dato notizia anche il [Governo](#). Di fronte al profilarsi di questa nuova fase acuta della perenne crisi dell’Ilva le Procure della Repubblica non sono rimaste inerti. Anzitutto, come si apprende da un [comunicato stampa](#) del 15 novembre, **la Procura di Milano ha esercitato il diritto-dovere di intervento nella causa civile ex art. 70 c.p.c.**, avendo ravvisato «*un preminente interesse pubblico relativo alla difesa dei livelli occupazionali, alle necessità economico-produttive del paese,*

agli obblighi del processo di risanamento ambientale»; allo stesso tempo è stato **iscritto un fascicolo al modello degli atti non costituenti notizia di reato (mod. 45)**, allo scopo di verificare la sussistenza di eventuali profili di rilevanza penale nell'ambito vicenda. Sul fronte pugliese, a seguito di esposto dei commissari straordinari **la Procura di Taranto avrebbe invece aperto un fascicolo nei confronti di ignoti per il reato contro l'economia pubblica di cui all'art. 499 c.p.** (clicca qui per la notizia riportata da il [Sole24ore](#) e [Repubblica](#)), fattispecie che incrimina con la reclusione da tre a dodici anni "chiunque, distruggendo materie prime o prodotti agricoli o industriali, ovvero mezzi di produzione, cagiona un grave nocimento alla produzione nazionale o fa venir meno in misura notevole merci di comune o largo consumo".

La vicenda si inserisce all'interno di un quadro complesso, in cui le società che attualmente compongono il gruppo Ilva, tutte in amministrazione straordinaria dal 2015, sono ancora proprietarie degli impianti produttivi. AM InvestCo, dal canto suo, detiene l'intero capitale sociale delle società che conducono quegli impianti in forza di un contratto quadro stipulato il 28 giugno 2017, perfezionato a valle di una procedura di aggiudicazione definita con decreto del Ministero dello sviluppo economico del 5 giugno 2017. **Il contratto prevede un iniziale periodo di affitto degli impianti ed il loro successivo acquisto al prezzo di 1 miliardo e 800 milioni di euro** (al netto dei canoni già corrisposti). I singoli contratti in forza dei quali le controllate di AM InvestCo conducono i rami d'azienda di Ilva sono efficaci dall'1 novembre 2018.

La volontà di AM di interrompere il rapporto contrattuale discende da molteplici **ragioni che** – come esplicita nero su bianco l'atto di citazione – **ne renderebbero impossibile o comunque eccessivamente onerosa l'esecuzione**. Accanto alle incertezze **di ordine economico e sociale** (il costo del lavoro a fronte di uno stabilimento da risanare e della contrazione dei mercati; il clima di sfiducia che circonda la fabbrica anche a causa delle frequenti dichiarazioni istituzionali contrarie al piano industriale e favorevoli alla riconversione dell'area; il recente avvio di un procedimento diretto a modificare nuovamente l'AIA dello stabilimento tarantino), la parte attrice pone in rilievo – assegnandovi almeno formalmente primaria importanza – due questioni di carattere strettamente giuridico, aventi altresì immediato **rilievo penalistico**: quella relativa alla c.d. "protezione legale" (nel gergo dei media: **scudo penale**) per gli illeciti amministrativi e penali eventualmente commessi nella gestione dell'impianto; e quella relativa al **sequestro preventivo dell'altoforno n. 2**, nell'ambito di un procedimento scaturito da un incidente mortale sul lavoro. Conviene trattarle separatamente.

**2. Il filone ambientale: il nodo del c.d. "scudo penale".** – Secondo i legali di AM InvestCo, il venire meno della "protezione legale" (*alias* scudo penale) configura per il conduttore una causa di recesso dal contratto di affitto-acquisto; in via subordinata, ne determina la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o, ancora, lo scioglimento per mancanza di presupposto essenziale. Tralasciando in questa sede i profili strettamente civilistici della questione, pare interessante soffermarsi più da vicino sul meccanismo "esimente" al centro della *querelle*.

La norma di riferimento è racchiusa nel **d.l. 5 gennaio 2015, n. 1** (conv. con modif. dalla l. n. 20/2015, recante "Disposizioni urgenti per l'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo della città e dell'area di Taranto") ossia il decreto che ha posto Ilva s.p.a in amministrazione straordinaria. Nella versione originaria, l'**art. 2, comma 6** del decreto stabiliva, tra l'altro, che **"le condotte poste in essere in attuazione del Piano di cui al periodo precedente [si tratta del Piano ambientale di cui al D.P.C.M. del 14 marzo 2014, sul quale v. *infra*] non possono dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario e dei soggetti da questi funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro"**. Successivamente, il d.l. 9 giugno 2016, n. 98

(conv. con modif. dalla l. n. 151/2016), in vista della procedura di cessione dei complessi aziendali di Ilva, di cui contestualmente dettava la disciplina, modificava il citato art. 2 co. 6 estendendo la copertura già concessa al commissario ed ai suoi delegati anche all’**“affittuario o acquirente”** ed ai loro delegati.

La portata dell’esimente può essere meglio compresa ricordando i tratti essenziali della complessa **disciplina c.d. salva-Ilva stratificatasi sin dal 2012**, ossia all’indomani del sequestro preventivo dell’area a caldo dell’acciaieria disposto dal GIP di Taranto per reati quali il disastro ambientale *ex art. 434 c.p.* e l’avvelenamento di acque e terreni *ex art. 439 c.p.*, contestati a membri della famiglia Riva ed altri apicali e gestori. La disciplina in parola consta, anzitutto, di un’**autorizzazione ex lege alla prosecuzione della produzione**, inizialmente concessa per 3 anni e poi via via prorogata (attualmente il termine è fissato **al 2023**) [1]; tale autorizzazione è **subordinata all’esecuzione di un piano di adeguamento degli impianti e risanamento dell’ambiente** (secondo quanto previsto, dapprima, dall’AIA riesaminata nell’ottobre del 2012; poi, dal c.d. Piano ambientale, emanato con DPCM del 14 marzo 2014 e successivamente sottoposto a modifiche approvate con DPCM del 29 settembre 2017 [2]). In secondo luogo, a corredo dell’autorizzazione a produrre in costanza di sequestro, è stata introdotta la già **esaminata clausola di esenzione da responsabilità amministrativa e penale** a beneficio dei soggetti – prima i commissari, poi, come già osservato, anche gli affittuari-acquirenti – chiamati a condurre l’impianto durante l’arco temporale di transizione (art. 2 comma 6 d.l. n. 1/2015). L’efficacia dell’esimente, peraltro, era inizialmente circoscritta ai 18 mesi successivi all’approvazione del piano ambientale, con conseguente cessazione al **30 marzo 2019**.

Le norme in parola – tanto quelle recanti le autorizzazioni a produrre e le relative proroghe, quanto quelle contenenti l’esenzione da responsabilità – sono state fatte oggetto di **questione di legittimità costituzionale** dal GIP di Taranto (ord. 8 febbraio 2019) [3], che ne ha ravvisata l’incompatibilità con una serie di parametri: il principio di uguaglianza, stante la disparità di trattamento tra i gestori di Ilva e la generalità degli imprenditori (art. 3 Cost.); il diritto alla vita ed alla salute della popolazione e dei lavoratori, minacciati dall’esercizio dell’attività produttiva (art. 32, 35 e 41 Cost.); il dovere dell’ordinamento di prevenire e reprimere reati (art. 24 e 112 Cost.); il diritto alla vita, alla vita privata, nonché ad un ricorso effettivo per la loro tutela, sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e di cui la Corte di Strasburgo ha già ravvisato la violazione proprio quale effetto della normativa “salva-Ilva” (sent. 24.1.2019, *Cordella e altri c. Italia*; art. 117 Cost.).

Con ordinanza del 9 ottobre 2019, tuttavia, la **Corte Costituzionale ha restituito gli atti al GIP**, chiedendogli di verificare se, a seguito delle **modifiche medio tempore intervenute**, permanessero i presupposti di rilevanza e non manifesta infondatezza che aveva rilevato rispetto alla disposizione originariamente censurata. Proprio tali modifiche sono al centro delle odierne discussioni tra AM e le istituzioni italiane.

Alla vigilia della scadenza dell’efficacia dell’esimente (30 aprile 2019), in piena campagna per le elezioni europee 2019, l’art. 46 del c.d. **Decreto crescita** (d.l. 30 aprile 2019, n. 34, conv. con modif. dalla l. 28 giugno 2019, n. 58) ha modificato l’art. 2 comma 6 del d.l. 1/2015, **riducendone l’ambito di applicazione alle sole norme ambientali** (con esclusione delle norme a tutela della salute, dell’incolumità pubblica e della sicurezza sul lavoro), e soprattutto **prorogandone l’efficacia fino al 6 settembre 2019**.

A pochi giorni da tale scadenza, tuttavia, l’art. 2 comma 6 è stato nuovamente modificato dal c.d. **Decreto imprese** (art. 14, co. 1, d.l. 3 settembre 2019, n. 101), che, **con specifico riferimento alle figure dell’affittuario-acquirente e dei relativi delegati ha nuovamente prorogato l’efficacia dell’esimente agganciandola alla scadenza dei termini di attuazione del Piano**

**ambientale (ergo, fino al 2023)**; ed ha definitivamente chiarito che la stessa non si applica al settore della salute e sicurezza dei lavoratori”.

**Sennonché** – e qui arriviamo alla dichiarazione di recesso di AM che ha innescato la crisi attualmente in atto – in sede di conversione in legge del Decreto imprese **tale proroga è stata stralciata** (l. 2 novembre 2019, n. 128, che ha semplicemente cancellato l’art. 14 del decreto convertito), con conseguente **ripristino della disciplina previgente** (che come si ricorderà fissava la scadenza al 6 settembre 2019) e **dunque immediato venire meno della copertura offerta dall’art. 2 comma 6.**

**3. Il filone della sicurezza sul lavoro: l’altoforno sequestrato.** – Dall’atto di citazione di AM InvestCo, oltre che dalle dichiarazioni rilasciate dalla società negli ultimi giorni, si è appreso che, **anche laddove fosse ripristinata la “protezione legale”** (o “scudo penale” che dir si voglia), **risulterebbe impossibile eseguire il contratto in ragione del prevedibile spegnimento dell’altoforno 2** (nonché, a seguire, degli altiforni n. 1 e 4). La questione presenta dunque un’autonoma rilevanza, anch’essa caratterizzata da risvolti penali, sulla quale occorre soffermarsi, cominciando dai fatti che vi hanno dato origine.

A seguito di un **incidente mortale sul lavoro** verificatosi a giugno 2015, nel quale un operaio era deceduto dopo essere stato colpito da fiammate e ghisa incandescente, **l’altoforno n. 2 veniva posto sotto sequestro senza facoltà d’uso**. Di lì a poco, tuttavia, **il suo utilizzo veniva autorizzato ex lege** [4], replicando in materia di sicurezza sul lavoro una soluzione legislativa già sperimentata, come poc’anzi ricordato, rispetto al sequestro dell’area a caldo per reati ambientali. La restituzione dell’impianto avveniva ex art. 85 disp. att. c.p.p., dettando contestualmente una serie di prescrizioni a carico degli amministratori straordinari della società.

Quattro anni dopo, il 9 luglio 2019, la stessa Procura tarantina, riscontrando da un lato **il venire meno della normativa speciale (dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 58 del 2018 [5])**, dall’altro **l’incompleto adempimento delle prescrizioni** (in base a quanto riportato dal custode giudiziario nella sua relazione di ottobre 2018), ha disposto con decreto lo spegnimento dell’altoforno n. 2, secondo un cronoprogramma da redigersi a cura del custode giudiziario stesso.

In risposta a tale provvedimento, il 22 luglio **la società Ilva s.p.a. ha formulato al Tribunale del dibattimento Taranto** (dinanzi al quale nel frattempo pendeva il processo per omicidio colposo) **istanza di differimento dell’ordine di spegnimento e concessione della facoltà d’uso, manifestando la volontà di adempiere alle residue prescrizioni rimaste inattuato entro un termine di sei mesi**. Il giudice **ha tuttavia rigettato l’istanza**, osservando, con articolata motivazione e richiami alla relazione del custode giudiziario, come l’unica soluzione tecnologica davvero in grado di prevenire nuovi incidenti dello stesso tipo, come tale obbligatoria ai sensi degli artt. 18, co. 1, lett. z) e 15, co. 1 lett. c) del d.lgs. n. 81/2008 (dal cui combinato disposto discende l’obbligo per il datore di lavoro di adottare le soluzioni tecniche più evolute per azzerare o ridurre al minimo i rischi), fosse l’introduzione di procedure automatizzate con controllo da remoto, anziché da persone fisicamente presenti nelle aree a rischio.

A seguito di appello di Ilva, **il 17 settembre Tribunale del riesame ha invece concesso la facoltà d’uso dell’altoforno**, fissando al contempo il **termine del 13 dicembre** per installare le misure di sicurezza necessarie ai fini dell’automazione delle procedure. Oggi, come è agevole intuire, i timori di AM InvestCo riguardano **la discrepanza tra il termine individuato da Ilva per adeguare l’impianto e quello, assai più breve, concesso dal Riesame**: se infatti, come prevedibile, si verificassero nuovi ritardi nell’adempimento delle prescrizioni, verrebbe revocata la facoltà d’uso e ne seguirebbe il definitivo ordine di spegnimento dall’altoforno in questione (nonché, a catena, degli altiforni 1 e 4, che presentano analoghe caratteristiche).

**4. Considerazioni conclusive.** – Non è questa la sede per soffermarsi sulle evidenti, e come visto esplicitate anche nell’atto di citazione, ragioni di carattere squisitamente economico alla base della decisione di ArcelorMittal di trovare una strada per sottrarsi all’operazione di acquisto di Ilva, o quanto meno di riaprire la trattativa sugli esuberanti, tenuto anche conto della contrazione della domanda globale di acciaio e della conseguente sovraccapacità produttiva dello stabilimento. È invece la sede corretta per riflettere sulle questioni strettamente giuridiche che, seppur forse non decisive per decidere gli scenari futuri, contribuiscono nondimeno a comporre l’articolato mosaico. A tal fine, è fondamentale tenere separate le questioni relative al c.d. “scudo penale” (che come visto non copre più gli illeciti in materia di sicurezza sul lavoro), da quelle aventi ad oggetto il sequestro dell’altoforno n. 2.

Cominciando dalle prime, occorre anzitutto soffermarsi sulla **ricorrente affermazione, proveniente dai sostenitori dell’esimente, secondo cui essa avrebbe lo scopo di mettere i gestori al riparo da sanzioni per illeciti riconducibili alle gestioni precedenti**. Il rilievo, ci pare, è corretto solo in parte, e comunque impreciso. È da un lato evidente che, durante la gestione ArcelorMittal, potrebbero manifestarsi danni ambientali o sanitari causalmente riconducibili alle gestioni passate (dei Riva o dei commissari straordinari), anche in ragione della dinamica lungolatente e cumulativa che spesso caratterizza le esternalità negative di origine industriale. È però altrettanto evidente che, in siffatte ipotesi, gli attuali gestori non avrebbero commesso il fatto, e pertanto **non sarebbero comunque chiamati a risponderne in base ai principi generali sull’imputazione causale dell’evento lesivo**, senza necessità alcuna di un’esenzione *ad hoc*, che risulterebbe pertanto superflua (*interpretatio abrogans*).

Diverso il discorso relativo agli **eventuali danni causati proprio dai nuovi gestori, nella conduzione dell’impianto durante il periodo di transizione destinato, come visto, a concludersi nel 2023 (salvo nuove proroghe)**. Il Piano ambientale, infatti, è ispirato ad una logica di procedimentalizzazione del risanamento, dove gli impianti vengono adeguati in maniera graduale e senza interrompere il ciclo produttivo. Ben potrebbe accadere, pertanto, che l’esecuzione del Piano comporti, come effetto collaterale, la causazione di nuovi danni ambientali, eventualmente accompagnati da conseguenze per le persone. A ben vedere, il legislatore aveva in mente proprio questa tipologia di situazioni quando ha formulato l’esimente, sul punto rimasta immutata, prevedendo che **“le condotte poste in essere in attuazione del Piano [...] non possono dare luogo a responsabilità penale o amministrativa [...]”** (corsivo aggiunto). Non solo, dunque, manca qualsivoglia riferimento alle gestioni passate; ma è reso esplicito che **le condotte coperte sono quelle di chi è e sarà chiamato ad attuare il Piano**. È proprio in virtù di queste ragioni che il GIP di Taranto, nella già richiamata ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 comma 6 d.l. n. 1/2015 (sulla quale la Consulta non si è per ora pronunciata in ragione del *ius superveniens*), ha correttamente ritenuto *rilevante* la questione rispetto a fatti commessi tra il 2014 ed il 2017, dunque durante il regime di amministrazione straordinaria, rilevando che l’applicazione della norma censurata avrebbe imposto l’archiviazione del procedimento.

La clausola esimente in esame sembrerebbe pertanto sancire una sorta di presunzione di diligenza a favore delle condotte attuative del piano di risanamento; presunzione a sua volta funzionale – come abbiamo già evidenziato in sede di commento all’ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale – a **crystalizzare un’area di rischio consentito**. Da questa prospettiva l’art. 2 comma 6 avrebbe avuto l’effetto di mettere al riparo condotte conformi a regole cautelari positivizzate (quelle appunto dettate dal Piano ambientale) rispetto ad eventuali successivi giudizi di prevedibilità ed evitabilità del danno formulati in sede di giudizio penale, tutelando così **l’affidamento riposto dal gestore nella legittimità del proprio operato**. Riletta in questi

termini, la norma risulta da un lato ridondante, in quanto mera espressione dei **principi generali in materia di imputazione per colpa**; dall'altro lato, risulta necessariamente **immune da censure di illegittimità costituzionale**, per essere anzi essa stessa espressione di uno dei principi cardine dell'ordinamento penale racchiusi nella Carta fondamentale (quello, appunto, di cui all'art. 27 co. 1 Cost.). A tutto concedere, qualche perplessità potrebbe derivare dalla formulazione testuale della disposizione, che a prima vista sembrerebbe racchiudere una **presunzione assoluta** di diligenza, dalla quale potrebbero perciò discendere intollerabili **sacche di impunità**. Il vizio potrebbe peraltro essere risanato, in sede di reintroduzione dello "scudo", formulando la norma in chiave di **presunzione iuris tantum**, ammettendo cioè la prova contraria ogniqualvolta l'agente abbia previsto o avrebbe dovuto prevedere – non già l'evento lesivo, bensì – il fallimento della regola cautelare formalmente rispettata, ossia la sua incapacità di raggiungere il livello di sicurezza *ex ante* desiderato. Siffatta valvola di sicurezza consentirebbe in particolare di valorizzare fatti sopravvenuti quali nuove scoperte scientifiche o la manifesta inidoneità del piano di risanamento, rivelata ad esempio da nuovi studi epidemiologici, a garantire un elevato livello di tutela della salute pubblica.

Occorre inoltre sottolineare che – a differenza di quanto sopra rilevato rispetto all'interpretazione dell'esimente come mera petizione del divieto di responsabilità per fatto altrui – l'esegesi che la riconduce al *genus* del rischio consentito non ne determina automaticamente la superfluità. O meglio: **la norma risulterebbe certamente superflua se inserita in un contesto di diritto vivente nel quale la giurisprudenza prende sul serio la categoria concettuale del rischio consentito**. Esiste tuttavia un diffuso orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi soprattutto sul terreno della sicurezza sul lavoro ma di recente emerso anche in procedimenti per reati ambientali [6], tendente a ravvisare profili di colpa generica residuale ogniqualvolta, malgrado il rispetto delle regole cautelari formalizzate per l'esercizio di una data attività pericolosa, permangano rischi prevedibili associati alla realizzazione della stessa. A fronte di tale orientamento, suffragato anche da pronunce della Cassazione [7], appare quanto meno comprensibile il proposito del legislatore di porre al riparo l'acquirente chiamato ad eseguire il Piano ambientale.

Rispetto alle questioni sottese al **sequestro dell'altoforno n. 2**, disposto a seguito di un incidente mortale sul lavoro, conviene anzitutto ricordare che la concessione *ex lege* della facoltà d'uso è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale (sent. n. 58 del 2018), a differenza di quanto accaduto rispetto alle analoghe (ma non identiche) previsioni che avevano autorizzato la produzione in costanza di sequestro per reati contro l'ambiente e l'incolumità pubblica (sent. n. 85 del 2013) [8]. Parallelamente, come pure visto in precedenza, il settore della sicurezza sul lavoro è stato sottratto dall'ambito di applicazione dello "scudo penale". Il tema del rischio consentito è nondimeno affiorato a seguito della richiesta, avanzata dagli amministratori straordinari di Ilva, di restituzione con prescrizioni *ex art. 85 c.p.p.* Richiesta inizialmente rigettata dal giudice dibattimentale e poi invece accolta dal Tribunale del riesame, il quale tuttavia ha concesso per l'adozione delle misure di sicurezza mancanti un termine significativamente inferiore a quello richiesto dalla società. Ebbene, **non essendo (più) in discussione né l'an della concessione della facoltà d'uso** (sulla quale appunto il riesame si è espresso favorevolmente), **né il contenuto delle prescrizioni imposte** (non si dubita, infatti, che l'automazione del procedimento ed il suo controllo da remoto siano soluzioni tecnologicamente disponibili e siano le uniche in grado di mettere i lavoratori al riparo dal rischio *jet-fire*), **l'intera questione si colloca sul piano – di carattere squisitamente tecnico – delle tempistiche necessarie alla realizzazione delle prescrizioni**: da un lato, infatti, l'imposizione di un termine prevedibilmente impossibile da rispettare sarebbe in contraddizione con la concessione della facoltà d'uso; dall'altro lato, sarebbe parimenti irragionevole esaudire la richiesta di tempi più ampi di quelli necessari, così dilatando il periodo in cui permane – ancorché ridotto dalle misure

organizzative proposte dall'azienda – l'inaccettabile rischio che possano verificarsi ulteriori morti per *jet-fire*.

Concludiamo con qualche brevissima osservazione sul metodo finora seguito e sulle prospettive future. È evidente che il caotico affastellarsi di regole speciali, perennemente esposte ai variabili umori dei legislatori ed alle censure di legittimità costituzionale, hanno finora dato vita ad un **quadro normativo gravemente incerto**, che tutto incoraggia fuorché cospicui investimenti privati di lungo periodo. A fronte dei compatti orientamenti della magistratura tarantina, che quanto meno sul fronte cautelare ha dimostrato di prendere molto sul serio il ruolo del diritto penale nella protezione dell'ambiente, della salute pubblica e della sicurezza sul lavoro, il legislatore (*rectius*, i legislatori via via succedutisi) si sono limitati a portare avanti una politica di proroghe e concessioni, prioritariamente improntata – al netto delle dichiarazioni di principio – a scongiurare il rischio della sospensione della produzione, contenendo per quanto possibile i danni sul piano sociale, ambientale e sanitario. **I principi ispiratori della legislazione "salva-Ilva" sono stati, finora, lo stato di eccezione, il contrasto dell'emergenza, i richiami alla realpolitik.** Tale strategia, se inizialmente ha consentito la legittima salvaguardia della produzione e dei livelli occupazionali in un settore strategico per l'economia nazionale, comincia ora a mostrare quei **segni di fragilità che inevitabilmente accompagnano le soluzioni pensate per essere provvisorie.**

È chiaro peraltro che **il problema della rilevanza del rischio consentito nell'ambito delle attività strutturalmente pericolose meriterebbe di essere affrontato con un approccio di sistema**, valido *erga omnes* e non solo per i gestori di Ilva, vuoi operando sul piano esegetico, ossia ricostruendo la categoria alla luce dei principi generali in materia di prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte; vuoi introducendo una disposizione di portata generale *ad hoc* sull'efficacia esimente delle regole modali codificate (non essendo a tal scopo rilevante, come sostenuto da alcune voci, l'art. 51 c.p., che configura una causa di giustificazione e dunque scrimina in base a bilanciamenti di interessi effettuati caso per caso). Si tratta di conferire sostanza normativa all'idea secondo cui i **bilanciamenti di interessi effettuati ex ante dal legislatore non possono essere stravolti ex post nelle aule di giustizia** [9], avvalendosi del grimaldello della colpa generica; fatti salvi i menzionati accorgimenti volti ad evitare la creazione di indebite sacche di impunità, se un rischio precedentemente autorizzato diviene ad un certo punto inaccettabile, tocca anzitutto alle istituzioni, e non al giudice penale, intervenire per riposizionare l'asticella della legalità [10]. A fronte dell'inerzia delle stesse autorità, come purtroppo avvenuto finora nel caso Ilva, si tratterà piuttosto di attivare strumenti concepiti per accertarne le responsabilità e condannarle ad agire: in questo senso si sono mossi i ricorrenti tarantini che hanno recentemente ottenuto il riconoscimento della violazione dell'art. 8 Cedu, in ragione della compromissione del "benessere" e della "qualità della vita" che hanno subito a causa della grave situazione di inquinamento ambientale dei loro territori (C. edu, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*) [11]. Una pronuncia importante, anzitutto proprio per questo cambio di visuale dalla responsabilità del solo operatore a quella (prima di tutto) dello Stato.

[1] Per i riferimenti normativi si rinvia a S. Zirulia, [Alla Corte Costituzionale una nuova questione di legittimità della normativa c.d. "salva-Ilva"](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 14.2.2019.

[2] L'Ilva è stata commissariata nel 2013 per sopperire alle reiterate inosservanze dell'autorizzazione integrata ambientale (d.l. 4 giugno 2013, n. 61, conv. con modif. dalla l. 3 agosto 2013, n. 89). Lo stesso provvedimento ha introdotto un procedimento per la definizione di un piano di misure di tutela ambientale e sanitaria, avente efficacia modificativa dell'AIA, che è stato successivamente emanato con DPCM 14 marzo 2014. Successivamente il d.l. 9 giugno 2016,

n. 98 (conv. con modif. dalla l. 1 agosto 2016, n. 151), ha introdotto la possibilità di proporre, in sede di presentazione delle offerte, modifiche del piano di risanamento stesso, corredate da eventuale richiesta di ulteriore proroga del termine per attuarle. Le modifiche al Piano proposte da AM InvestCo Italy sono state approvate dal DPCM del 29 settembre 2017.

[3] Si rinvia, ancora, a S. Zirulia, *Alla Corte Costituzionale*, cit., dove è altresì disponibile il testo dell'ordinanza.

[4] Per effetto, prima, dell'art. 3 del d.l. n. 92 del 4 luglio 2015; poi dell'art. 1, co. 2 e 2-*octies* della legge n. 32 del 6 agosto 2015, che ne ha contestualmente – e singolarmente – abrogate e riprodotte le disposizioni.

[5] Con sent. n. 58 del 2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle norme citate alla nota precedente, ritenendo che le stesse privilegiassero in modo eccessivo la prosecuzione della produzione, senza operare un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra l'interesse all'esercizio dell'attività di impresa (art. 41, co. 2 Cost.), da un lato, e quelli alla vita ed alla salute (artt. 2 e 32 Cost.), nonché al lavoro in un ambiente sicuro (artt. 4 e 35 Cost.), dall'altro lato. Giova ricordare che la stessa Consulta era in precedenza pervenuta a diverse conclusioni rispetto alla normativa "salva-Ilva" in materia ambientale (C. Cost. n. 85/2013), ritenendo legittima l'autorizzazione *ex lege* alla prosecuzione della produzione in costanza di sequestro preventivo sancita dal d.l. n. 207 del 2012 (introdotto all'indomani del sequestro dell'area a caldo disposto dal GIP di Taranto nell'ambito maxi-procedimento a carico dei membri della famiglia Riva ed altri apicali). Decisiva, per il divergente esito dei due procedimenti, la circostanza che, sebbene entrambe le discipline oggetto di scrutinio subordinassero la prosecuzione dell'attività alla messa a norma dell'impianto, soltanto nel caso del d.l. n. 207/2012 (ritenuto legittimo) le misure imposte al gestore erano quelle previste dall'AIA riesaminata, cioè individuate dalla PA; viceversa, nel caso del d.l. n. 92/2015 e della l. n. 132/2015 (ritenuto illegittimo), il legislatore aveva affidato allo stesso datore di lavoro indagato la predisposizione unilaterale del piano di misure in materia di sicurezza da adottare. La Corte ha pertanto ritenuto che, mentre nel primo caso il legislatore aveva tenuto in adeguata considerazione le esigenze sottese al diritto alla salute, nel secondo caso aveva totalmente sacrificato la sicurezza dei lavoratori in nome della continuità produttiva. Per approfondimenti sulla sent. n. 85/2013 cfr., *ex multis*, Pulitanò D., *Giudici tarantini e Corte Costituzionale davanti alla prima legge Ilva*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1498 ss.; sulla sent. n. 58/2018, v. Id., *Una nuova "sentenza Ilva": continuità o svolta?*, *ivi*, 2018, p. 604 ss.; nonché, anche per ulteriori riferimenti, Zirulia S., *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva n. 92 del 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 947 ss.

[6] Il riferimento è alle decisioni, assunte in sede cautelare, dal GIP di Savona nel caso Tirreno Power ([decr. 11.3.2014](#)) e dal Tribunale del riesame di Taranto nel maxi-procedimento Ilva per reati ambientali e contro l'incolumità pubblica (ord. 7 agosto 2012).

[7] Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 15.5.2018, n. 46392: «*il datore di lavoro risponde del delitto di omicidio colposo nel caso di morte del lavoratore [...] quando, pur avendo rispettato le norme preventive vigenti all'epoca dell'esecuzione dell'attività lavorativa, non abbia adottato le ulteriori misure preventive necessarie per ridurre il rischio concreto prevedibile di contrazione della malattia, assolvendo così all'obbligo di garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro*».

[8] V. *supra*, nt. n. 5.

[9] Per approfondimenti sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, pp. 335 ss.

[10] In questo senso, da ultimo, Di Lando A., *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Giappichelli, 2018, p. 297: «*Nel caso Ilva, come in altri casi italiani che pongono questioni simili, in linea generale si può dire che non pare*

*facile offrire sul piano penale risposte a problematiche che nascono (piuttosto) vuoi da ritardi e disorganicità della normativa, vuoi da inefficienti attività di prevenzione e controllo in via amministrativa».*

[11] Per un articolato commento v. Vozza D., *Oltre la giustizia penale: la Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso dell'Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, fasc. 2, p. 707 ss.; volendo, v. anche S. Zirulia, [Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva](#), in *Dir. pen. cont.*, 19.3.2019.

\* \* \* \* \*

### Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)

Note a prima lettura del [decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124](#)  
[\("Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili"\)](#)

di Stefano Finocchiaro

1. Il 26 ottobre 2019 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il **decreto legge n. 124/2019**, recante "*Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili*", noto alle cronache come "**decreto fiscale**".

Le **novità** direttamente incidenti sul **sistema penale** sono contenute nel **Capo IV** del decreto, composto da un unico articolo – l'**art. 39** – strutturato in **tre commi**. Il *primo* modifica la disciplina di cui al **d.lgs. n. 74/2000 sui reati tributari** (*infra*, § 2); il *secondo* novella il **d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità da reato degli enti** (*infra*, § 3); il *terzo* precisa che tutte le novità contenute nei due precedenti commi avranno **efficacia dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del decreto**.

Tenendo a mente quest'ultimo non trascurabile profilo temporale, sul quale torneremo in seguito (*infra*, § 4), volgiamo anzitutto un rapido sguardo alle novità introdotte in materia penale.

**2. Le modifiche in materia di reati tributari di cui al d.lgs. n. 74/2000.** - Le novità in materia di reati fiscali si muovono lungo **due principali linee direttrici**, entrambe convergenti nel senso di un inasprimento della politica criminale in questa materia e compendiate nel noto *slogan* "manette agli evasori". Da un lato **si intensifica il trattamento sanzionatorio** per molti di questi reati; dall'altro **si abbassano le soglie di punibilità** ivi previste, in senso ampliativo dell'area di rilevanza penale dell'evasione fiscale e dunque – come si metterà in luce – in controtendenza rispetto alla precedente riforma del 2015 [1].

**2.1.** Nel reato di "*dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*" (**art. 2**), **la pena viene elevata** dalla reclusione da un anno e sei mesi a sei anni a quella della **reclusione da 4 a 8 anni**.

Viene peraltro introdotto nella norma un **comma 2-bis** in forza del quale il previgente trattamento sanzionatorio (reclusione da un anno e sei mesi a sei anni) viene mantenuto nella sola ipotesi in cui l'ammontare degli elementi passivi fittizi sia inferiore a 100.000 euro.

Una simile riduzione di pena legata all'entità della passività fittizia era in passato già stata prevista (con una soglia di euro 154.937,07) al terzo comma della disposizione, ma era successivamente stata rimossa a seguito dell'abrogazione di tale comma ad opera d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

**2.2.** Viene intensificato il trattamento sanzionatorio anche per il reato di "*dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*" (art. 3), in relazione al quale si passa dalla pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni alla pena della **reclusione da 3 a 8 anni**.

Non viene in questo caso toccata la soglia di punibilità, che resta dunque quella a) dell'imposta evasa superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a 30.000 euro; b) dell'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, superiore al 5% dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o comunque superiore a un milione cinquecentomila euro (soglia così innalzata proprio in occasione della citata riforma del 2015); ovvero dell'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, superiore al 5% dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a 30.000 euro.

**2.3.** Nel reato di "*dichiarazione infedele*" (art. 4) l'intervento aggravatore si esplica invece in entrambi i sensi sopra anticipati. Da un lato si modifica in eccesso la cornice edittale, che passa dalla reclusione da uno a tre anni alla **reclusione da 2 a 5 anni**; dall'altro vengono **ridotte le soglie di punibilità** previste tanto alla *lettera a* (ove la soglia di **imposta evasa** passa da 150.000 a **100.000 euro**), quanto alla *lettera b* della norma (ove la soglia degli **elementi attivi sottratti all'imposizione** è ridotta da tre milioni a **due milioni** di euro).

La soglia di cui alla lett. b) viene quindi riportata esattamente a quella vigente fino a prima della riforma del 2015, mentre la soglia di punibilità, pure abbassata, viene mantenuta ad un livello comunque superiore a quello precedente al 2015, quando cioè si attestava sui cinquantamila euro. Sempre all'art. 4, inoltre, il decreto fiscale **abroga la disposizione di cui al comma 1-ter** in forza della quale si escludeva la punibilità delle "**valutazioni**" che, singolarmente considerate, differissero in misura inferiore al 10% da quelle corrette, precisando altresì che gli importi compresi in tale percentuale non fossero computati ai fini del superamento delle soglie di punibilità.

Viene così rimossa una disposizione che di fatto riproduceva in relazione alla sola dichiarazione infedele il disposto dell'abrogato art. 7, comma 2, d.lgs. 74/2000 [2] e che aveva destato più di una perplessità per il fatto di limitare quantitativamente delle valutazioni in un ambito nel quale – in forza del disposto del comma 1-bis del medesimo articolo – esse sembrano già escluse dall'area di rilevanza penale [3].

**2.4.** La risposta punitiva si inasprisce anche per il reato di "*omessa dichiarazione*" (art. 5): la cornice edittale sarà – tanto al comma 1, quanto al comma 1-bis – non più quella della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni, ma quella della **reclusione da 2 a 6 anni**.

**2.5.** Come preventivabile, all'intervento legislativo sui reati fiscali dichiarativi è corrisposta una contestuale intensificazione della reazione sanzionatoria al reato di "*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*" (art. 8), ove l'attuale pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni viene elevata a quella della **reclusione da 4 a 8 anni**; con la precisazione – inserita in un **nuovo comma 2-bis** – che **la pena rimane invece quella della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni "se l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti, per periodo d'imposta, è inferiore a euro centomila"**.

2.6. Viene inoltre innalzata la pena prevista per il reato di *“occultamento o distruzione di documenti contabili”* (art. 10), ove si passa dalla pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni ad una cornice che va da **un minimo di 3 anni a un massimo di 7 anni di reclusione**.

2.7. Un'ulteriore rilevante modifica riguarda i reati di **omesso versamento**, le cui **soglie di punibilità vengono ritoccate al ribasso**.

Nel reato di *“omesso versamento di ritenute dovute o certificate”* (art. 10-bis) la soglia di 150.000 euro viene portata a **100.000 euro**.

Nel reato di *“omesso versamento di IVA”* (art. 10-ter) alla soglia di 250.000 euro viene sostituita quella di **150.000 euro**.

Sul punto l'attuale intervento si pone ancora una volta in **controtendenza rispetto alla manovra di parziale depenalizzazione operata con la già citata riforma del 2015**. Si rammenterà infatti che, fino ad allora, la soglia era fissata sia all'art. 10-bis che all'art. 10-ter nella misura di 50.000 euro; misura che era stata nel 2015 triplicata all'art. 10-bis e quintuplicata all'art. 10-ter con conseguente *abolitio criminis* parziale.

Con l'odierno decreto fiscale **non si ritorna al grado di severità vigente fino al 2015, ma si ridimensiona l'effetto di depenalizzazione prodotto da quella riforma**, attestandosi il confine dell'area di rilevanza penale ad un livello intermedio, con un conseguente effetto di incriminazione di fatti nuovi, che dovrà evidentemente sottostare al principio di irretroattività *in peius*.

Peraltro, questo fenomeno di fluttuazione delle soglie dovuto alla successione di leggi comporterà altresì che **fatti che costituivano reato nel momento in cui furono commessi prima della riforma del 2015 e che costituiranno reato anche al momento del giudizio in forza del presente decreto non saranno comunque punibili** in virtù della regola della *c.d. legge intermedia ex art. 2, comma 2, c.p.*, proprio perché non costituivano reato nel periodo intercorrente tra il 2015 e il 2019 [4]. Questa, in concreto, potrebbe essere la sorte delle condotte, commesse prima della riforma del 2015, di omesso versamento di ritenute per un ammontare compreso tra 100.000 e 150.000 euro e di omesso versamento di IVA per un ammontare compreso tra 150.000 e 250.000 euro.

2.8. Importante, ancora, è l'introduzione di un nuovo **art. 12-ter**, che prevede l'applicabilità della **c.d. confisca allargata** in caso di condanna o patteggiamento per qualsiasi delitto previsto dal d.lgs. n. 74/2000 – fatta eccezione per i soli reati di omesso versamento di cui agli artt. 10-bis e 10-ter – quando:

- a) nel delitto di cui all'**art. 2**, l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a 100.000 euro;
- b) nei delitti previsti dagli **artt. 3 e 5, comma 1**, l'imposta evasa è superiore a 100.000 euro;
- c) nel delitto di cui all'**art. 5, comma 1-bis**, l'ammontare delle ritenute non versate è superiore a 100.000 euro;
- d) nel delitto di cui all'**art. 8**, l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è superiore a 100.000 euro;
- e) nel delitto di cui all'**art. 10-quater**, l'indebita compensazione ha ad oggetto crediti non spettanti o inesistenti superiori a 100.000 euro;
- f) nel delitto di cui all'**art. 11, comma 1**, l'ammontare delle imposte, sanzioni ed interessi è superiore a 100.000 euro;
- g) nel delitto di cui all'**art. 11, comma 2**, l'ammontare degli elementi attivi inferiori a quelli effettivi o degli elementi passivi fittizi è superiore a 100.000 euro;
- h) in ogni caso di condanna o patteggiamento per i delitti previsti dagli **artt. 4 e 10**.

In questo modo il decreto in oggetto crea un **regime differenziato all'interno di ogni singola fattispecie incriminatrice**, al dichiarato scopo di colpire più severamente i c.d. "grandi evasori": superata la soglia di rilevanza penale del fatto, per far scattare l'operatività della confisca allargata sarà necessario superare un'ulteriore soglia. Vi sarà dunque una fascia di condotte sottoposte al *solo* regime "ordinario" della confisca prevista dall'art. 12-*bis*, e un'altra fascia di condotte più gravi (che cioè superano anche le soglie indicate dall'art. 12-*ter*) rispetto alle quali sarà applicabile *anche* la confisca c.d. allargata di cui all'art. 240-*bis* c.p.

Fanno **eccezione a questo sistema "a doppio schema"** le sole fattispecie di cui agli **artt. 4 e 10**, rispetto alle quali è *sempre* applicabile la confisca allargata. Scelta, quest'ultima, che appare comprensibile rispetto all'art. 10, in quanto punisce condotte di distruzione o occultamento di documenti o scritture, ma che sembra invece meno scontata rispetto all'art. 4, ove – essendo contemplate delle soglie – avrebbe potuto astrattamente operare il "doppio schema" previsto in relazione alle altre fattispecie incriminatrici. **Ulteriore eccezione**, ma nell'opposto senso di ritenere che non sia *mai* applicabile la confisca allargata, è prevista per le fattispecie di omesso versamento **ex artt. 10-*bis* e 10-*ter***; ciò presumibilmente in ragione della minore gravità che contraddistingue la condotta tipica di queste fattispecie.

Come noto, la confisca c.d. allargata di cui all'art. 240-*bis* c.p. (nel quale è recentemente confluita la misura precedentemente prevista dall'art. 12-*sexies* l. 356/1992) ha ad oggetto il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Questa confisca, dunque, consiste in una forma di ablazione fondata essenzialmente sulla **sproporzione patrimoniale**, sproporzione che permette una presunzione *iuris tantum* di origine illecita dei beni, secondo un meccanismo di accertamento non dissimile da quello proprio della confisca di prevenzione di cui al c.d. codice antimafia (d.lgs. 159/2011) [5].

Non va peraltro dimenticato che, al fine circoscrivere l'estensione di tale presunzione, la giurisprudenza ha elaborato l'accorgimento della c.d. "**ragionevolezza temporale**", quale limite implicito della confisca allargata in base al quale il momento di acquisizione del bene di valore sproporzionato non dovrebbe risultare eccessivamente lontano dall'epoca di realizzazione del reato per cui è intervenuta condanna [6]: limite che dovrebbe ragionevolmente trovare applicazione anche in questo nuovo ambito applicativo della confisca in discorso.

Ulteriore limite, questa volta esplicito, all'operatività della confisca è peraltro desumibile dallo stesso art. 240-*bis* c.p., che contiene una clausola in base alla quale "*in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge*". La *ratio* di questa previsione sembra essere quella di **escludere dall'oggetto della confisca allargata quanto l'imputato abbia già restituito all'erario, evitando una duplicazione di apprensione del provento illecito**. Tale precauzione – proprio nell'ambito dei reati tributari – era già adottata nel diritto vivente in forza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale [7], ed era stata addirittura "rafforzata" dal legislatore del 2015 prevedendo, al secondo comma dell'art. 12-*bis*, che la confisca sia esclusa non solo per la parte che il contribuente ha effettivamente già versato all'erario, bensì anche per quella che "**si impegna**" a versare [8]. A stretto rigore letterale, qualora il decreto dovesse essere convertito in legge nell'attuale versione, la rilevanza dell'*impegno* a pagare l'imposta evasa *ex art. 12-*bis*, comma 2*, sembrerebbe poter operare solamente in relazione alla confisca "ordinaria" prevista da quello stesso articolo, mentre per la confisca allargata introdotta all'art. 12-*ter* sembrerebbe rilevare solamente l'*effettiva* restituzione all'erario.

Può infine rammentarsi che, in virtù del rinvio che il nuovo art. 12-ter fa all'art. 240-bis c.p., a sua volta richiamato dall'art. 578-bis c.p.p., il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato tributario estinto per prescrizione o per amnistia, potranno decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, purché procedano ad un previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

**3. La novità in materia di responsabilità da reato degli enti.** - Va segnata, infine, l'introduzione all'interno del catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001 del reato di "*dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*" di cui all'art. 2 d.lgs. 74/2000.

Viene infatti aggiunto nel decreto 231 un nuovo art. 25-*quinquiesdecies* ("Reati tributari") che commina in capo all'ente responsabile la **sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote**; e che – possiamo aggiungere – renderà applicabile alla persona giuridica l'intero compendio di misure contemplate dal decreto 231, ivi compresa – tra l'altro – la **confisca, anche per equivalente**, del prezzo o profitto della dichiarazione fraudolenta realizzata nell'interesse o a vantaggio dell'ente [9].

La novella sembra costituire un "**primo passo**" verso un **ampliamento del catalogo dei reati-presupposto ex d.lgs. 231/2001 ai delitti tributari**, ampliamento sollecitato dal diritto dell'Unione europea, in particolare dalla c.d. direttiva PIF [10].

Tuttavia, da un lato, il decreto – rinviando *in toto* all'art. 2 d.lgs. 74/2000, e quindi all'evasione anche di imposte sui redditi – pare andare oltre a quelli che sono gli obblighi sovranazionali, che naturalmente riguardano solo imposte (in particolare l'IVA) che impattano sulle finanze europee; ciò che però potrebbe giustificarsi al fine di evitare irragionevoli disparità di trattamento. Dall'altro – rinviando *solamente* all'art. 2 d.lgs. 74/2000 e a nessun altro reato tributario "dichiarativo" in materia di IVA – sembra compiere un passo fin troppo piccolo rispetto all'**esigenza di pieno adeguamento agli obblighi discendenti dalla direttiva PIF e di rispetto del principio di ragionevolezza e uguaglianza** [11]. Infatti, l'art. 6 della direttiva – il cui termine di recepimento è scaduto nel luglio di quest'anno – impone di adottare le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili per *tutte* le frodi che offendano interessi finanziari dell'Unione europea ai sensi degli artt. 3, 4 e 5 della medesima direttiva, secondo una definizione ben più estesa rispetto alle condotte incriminate dal solo art. 2 d.lgs. 74/2000 [12].

Vi sarà dunque auspicabilmente tempo per un ripensamento dell'intervento in questo delicato settore inerente al rapporto tra responsabilità degli enti e reati tributari, settore notoriamente dibattuto e lungamente indagato dalla dottrina [13], per lo più favorevole ad una responsabilizzazione delle *personnes morales*, ma anche spesso attenta a sottolineare i profili problematici che una acritica "aggiunta" potrebbe determinare sul piano – tra l'altro – di un attrito con il principio del *ne bis in idem* e, più in generale, di un cumulo sanzionatorio sproporzionato [14].

**4. Profili temporali (e di costituzionalità) del decreto fiscale.** - Come anticipato, l'art. 39, comma 3, del decreto in oggetto dispone che le novità sopra esaminate avranno **efficacia dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del decreto** e cioè – al più tardi – **entro il Natale** di quest'anno.

Questo differimento nell'entrata in vigore della novella, per vero, lascia sorgere più di un **dubbio circa l'effettiva sussistenza di quella straordinaria necessità e urgenza che dovrebbe caratterizzare le materie fatte oggetto di decretazione governativa ai sensi dell'art. 77 Cost.** e di cui, invece, sembra essere impudentemente confessata l'assenza.

Sulla legittimità costituzionale di tale previsione occorrerebbe dunque una seria riflessione, anche alla luce delle non del tutto univoche indicazioni provenienti dalla Consulta [15]. Peraltro, se il dubbio in questione è qui certamente acuito dalla prevista dilazione temporale della sua entrata in vigore, esso potrebbe più in generale riconnettersi all'ormai nota tendenza a considerare la riserva di legge in materia penale come compatibile rispetto all'attività normativa del governo, con contestuale dequotazione del ruolo dell'istituzione democratica parlamentare [16].

[1] Il riferimento è al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, su cui si veda, tra i molti, I. Caraccioli, *I nuovi reati tributari. Commento al D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158*, Milano, 2016; C. Nocerino, S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, 2015. Per un commento allo schema di decreto si rinvia alle riflessioni svolte da S. Cavallini, [Osservazioni 'di prima lettura' allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; nonché, volendo, S. Finocchiaro, [Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello 'schema' di decreto legislativo](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2015.

[2] Con la precisazione che, a differenza che nell'art. 7, al comma 1-ter dell'art. 4 si fa (ceva) riferimento genericamente alle valutazioni e non solo a quelle "estimative". Sul punto cfr. anche E.D. Basso-A. Viglione, *I nuovi reati tributari*, Giappichelli, 2017, p. 114 s.

[3] In questo senso S. Cavallini, *Osservazioni*, cit., p. 9.

[4] Ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. è infatti sufficiente che il fatto non costituisca reato secondo "una" legge posteriore. Sulla *lex intermedia*, in dottrina, per tutti, C. Pecorella, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 611 ss., nonché G. L. Gatta, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 124. In giurisprudenza cfr. ad esempio Cass., sez. II pen., 7 luglio 2009, n. 35079.

[5] Confisca "allargata" e confisca "di prevenzione" costituiscono «altrettante *species* di un unico *genus*», secondo quanto da ultimo affermato da Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24, con nota, tra gli altri, di V. Maiello, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, fasc. 1/2019, p. 332; di F. Mazzacuva, *L'uno due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 987 ss.; e, volendo, di S. Finocchiaro, [Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019.

[6] Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 41100; Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35707; Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; Cass. pen., sez. V, 23 aprile 1998, n. 2469. In questo senso si è anche espressa Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, su cui si permetta un rinvio a S. Finocchiaro, [La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018.

[7] Cfr., *ex multis*, 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.

[8] Sul punto cfr. ad esempio N. Pisani, *Impegno al pagamento del debito tributario ai sensi dell'art. 12 bis d.lgs. 74/2000: riflessioni sulla natura giuridica della confisca in materia tributaria*, in *Riv. resp. amm. soc. enti*, 2017, I, p. 73 ss.; S. Delsignore, *Commento all'art. 12-bis*, in Nocerino-Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 288; e, volendo, S. Finocchiaro, [L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 4/2015, p. 163 ss.

[9] Ciò segna un'importante novità: il profitto del reato tributario, *sub specie* di risparmio d'imposta, era infatti stato ritenuto confiscabile in capo all'ente solo in via "diretta", pur a seguito di una discussa qualificazione della confisca del denaro come confisca, appunto, "diretta" (Cass., Sez. Un. pen., 30 gennaio 2014-dep. 5 marzo 2014, n. 10561, *Gubert*; sul punto richiamata da Cass., Sez. Un. pen., 26 giugno 2015-dep. 21 luglio 2015, n. 31617, *Lucci*). Sul punto, per tutti, F. Mucciarelli, C.E. Paliero [Le sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche](#), in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015.

[10] Sulla direttiva PIF (*Direttiva UE/2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*) cfr., tra gli altri, E. Basile, [Brevi note sulla nuova Direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2017, e F. La Vattiatà, [La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari](#), in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 9.

[11] Sul punto si vedano le osservazioni critiche di E. Basile, [Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della direttiva PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.](#), in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2019, in ptc. pp. 18 e 19. Può essere inoltre utile rammentare il considerando n. 14 della Direttiva, a tenore del quale: "Nella misura in cui gli interessi finanziari dell'Unione possono essere lesi o minacciati dalla condotta imputabile a persone giuridiche, queste dovrebbero essere responsabili dei reati commessi in loro nome, quali definiti nella presente direttiva".

[12] In particolare, nel definire il concetto di "frode che offende gli interessi dell'UE", l'art. 3 § 2, lett. d) della direttiva PIF, contempla "in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, l'azione od omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA.

[13] Al riguardo, senza pretesa di esaustività, R. Alagna, *I reati tributari ed il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 397; P. Aldrovandi, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005, p. 230 ss.; S. Beltrani, *Responsabilità degli enti e reati tributari (Commento a Cass. Pen., n. 25774, 4 luglio 2012)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, III, p. 205 ss.; I. Caraccioli, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Riv. resp. amm. enti*, 2007, I, p. 155; F. D'Arcangelo, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari dopo le SS.UU. 1235/10*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2011, IV, p. 125 ss.; P. Ielo, *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 1, p. 23; A. Ingrassia-S. Cavallini, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari: poenae non sunt multiplicanda sine necessitate*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2016, II, p. 109 ss.; A. Perini, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, II, p. 88; C. Santoriello, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Archivio penale*, fasc. 1/2017, p. 82 ss.; P. Sorbello, *Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull'inopportunità sistemica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari*, in *Ind. pen.*, 1/2011, p. 167 ss. Sul punto si veda anche la c.d. commissione Greco del 2007 (*Commissione di studio per la riforma del d. lgs. 231/2001*) e, al riguardo, P. Ielo, *Commissione Greco*, cit., p. 23; nonché la [Relazione al disegno di legge di delegazione europea 2018](#) in cui pure si osservava che "a termini di direttiva, è doveroso l'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto della responsabilità degli enti collettivi ex decreto legislativo n. 231 del 2001 alle frodi in materia di IVA

[...]”. Fa peraltro notare come del catalogo di reati presupposto facessero già parte “alcune figure di reato in vario modo correlate ad illeciti fiscali”, G.L. Gatta, [I profili di responsabilità penale nell’esercizio della corporate tax governance](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2018, p. 5; e cfr. anche F. D’Arcangelo, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari*, cit., p. 134, che osserva come “il dogma della irresponsabilità dell’ente per i delitti fiscali [fosse] fortemente vulnerato senza, peraltro, violare il principio di tipicità della responsabilità amministrativa da reato”.

[14] In questo senso, ad esempio, cfr. A. Ingrassia-S. Cavallini, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari*, cit., p. 109 ss.; nonché I. Caraccioli, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, cit., p. 155.

[15] La Corte costituzionale ha già avuto modo di rilevare che il decreto-legge “entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo” (sent. n. 220 del 2013), ma ha altresì ritenuto che “la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un’immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito” (sentt. nn. 16 e 170 del 2017). Del resto, può rammentarsi che l’art. 15, comma 3, l. 400/1988 prescrive che «i decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo»; norma, quest’ultima, che pur non avendo di per sé rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità, “costituisce esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell’art. 77 Cost.” (sentt. nn. 170 del 2017, 220 del 2013, 22 del 2012).

[16] Tendenza, quest’ultima, alla quale si pare ormai abituati, ma su cui sempre attuali rimangono le riflessioni, tra gli altri, di E. Dolcini, *Leggi ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2004, p. 50 ss.; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 39 ss.; G. Delitala, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 965 ss.

\* \* \* \* \*

**Mafie delocalizzate: le Sezioni unite risolvono (?)  
il contrasto sulla configurabilità dell’art. 416 bis c.p. ‘non decidendo’**

[Presidente aggiunto Cass., S.U., ordinanza di restituzione atti  
ex art. 172 disp. att. c.p.p., 17 luglio 2019](#)

di Giuseppe Amarelli

1. Con l’ordinanza in epigrafe si è forse definitivamente **conclusa** l’intricata **questione** della **configurabilità della fattispecie associativa di tipo mafioso** rispetto alle c.d. **mafie delocalizzate** al Nord Italia o all’estero, vale a dire alle articolazioni o locali periferiche costituite da una consorterìa mafiosa tradizionale (c.d. casa madre) in un territorio diverso da quello in cui normalmente essa è radicata [1].

Per la **seconda volta** nel giro di appena **quattro anni**, infatti, l’**attesa riposta** sul chiarimento del massimo organo nomofilattico nella sua più autorevole composizione è stata **ripagata da** un’altra netta **‘non decisione’**.

Così come accaduto nella precedente, analoga, occasione con l'ordinanza di restituzione degli atti del 28 aprile 2015 [2], anche in questa circostanza il **Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione non ha ravvisato l'effettiva sussistenza del contrasto** ermeneutico dedotto dall'ordinanza di rimessione e, ai sensi dell'art. 172 disp. att. c.p.p., ha nuovamente **restituito gli atti al Presidente della Prima Sezione** per una loro più attenta valutazione [3].

Nonostante gli apprezzabili sforzi compiuti dall'ordinanza Nesci del 2019 di motivare in termini più analitici e puntuali rispetto al recente passato la necessità di un intervento dirimente delle S.u. [4], il **Presidente della S.C. ha ritenuto erronea la prospettazione dei giudici remittenti** e, al contrario, ha **ribadito** il saldo punto di vista del suo predecessore: **non esiste alcun contrasto interpretativo** sulla necessità della esteriorizzazione del metodo mafioso nel nuovo territorio di insediamento da parte di una articolazione periferica di un sodalizio tradizionalmente mafioso.

Ed invero, a suo avviso, il **problema** dedotto dall'ordinanza, più che attenere al piano delle questioni interpretative di diritto, **appartiene** a quello dell'**accertamento del fatto**, insindacabile in sede di controllo di legittimità e, a maggior ragione, da parte delle Sezioni unite.

Il **dibattito sulla natura 'giuridicamente' mafiosa** di un gruppo criminale **concerne**, difatti, piuttosto che la sfera del significato da attribuire alla articolata definizione del metodo mafioso contenuta nella fattispecie associativa c.d. mista di cui all'art. 416 *bis*, comma 3, c.p., la **dimensione** concreta e **fenomenologica** della **struttura unitaria o duale** delle **associazioni coinvolte** nella singola vicenda processuale e, quindi, il versante della prova della loro 'mafiosità'.

2. In particolare, per il Presidente Aggiunto, il **panorama giurisprudenziale sulle mafie delocalizzate** «appare **consolidato** nell'affermare che ai fini della configurabilità di un'associazione di tipo mafioso è **necessaria una effettiva capacità intimidatrice** del sodalizio criminale da cui derivino le condizioni di assoggettamento ed omertà di quanti vengano con esso effettivamente in contatto».

La **differenza risiederebbe** solamente nella prova del metodo mafioso: per le **mafie di nuova creazione**, che costituiscono al di fuori dei territori di appartenenza una struttura autonoma ed originale che si ripropone di adottare la metodica delinquenziale della 'casa madre', **si dovrebbe** sempre **riscontrare** nel nuovo ambiente l'**esteriorizzazione** del metodo mafioso in tutte le sue componenti; diversamente, **per i nuovi aggregati** che si pongono «come **mera articolazione** territoriale di una **tradizionale organizzazione mafiosa**» sarebbe **sufficiente** la verifica di tale **collegamento** funzionale ed organico per inferire l'esistenza nella cellula dei tratti distintivi di un'associazione di tipo mafioso, «compresa la forza intimidatrice e la capacità di condizionare l'ambiente circostante».

In quest'ottica, la questione parrebbe ruotare attorno alla corretta **valutazione delle evidenze probatorie** e, quindi, delle caratteristiche organizzative della 'cellula' delocalizzata, dei suoi rapporti con la 'casa madre', nonché delle forme di esteriorizzazione del metodo mafioso, anche in forma 'silente'.

Tuttavia, nonostante questa perentoria riaffermazione del proprio precedente punto di vista, il **Presidente chiarisce** anche come ciò **non osti alla possibilità** per il Collegio cui sarà devoluto l'esame del ricorso di **reiterare la rimessione** dello stesso **alle Sezioni unite** sulla base di **nuove considerazioni**.

3. Aspettando di capire come evolverà questo dialogo interno alla giurisprudenza di legittimità, la decisione di restituzione degli atti si segnala *in primis* per **avere evidenziato**, una volta di più, l'**intreccio inestricabile** che si registra nei processi sulle 'mafie nuove' tra **vicende storiche** e **profili giuridici**, mettendo bene in luce come le **questioni in**

**diritto** apparentemente inerenti agli spazi di azione della fattispecie associativa mafiosa nella sua dimensione normativa generale ed astratta, in realtà, sono fortemente **condizionate dalle questioni in fatto** relative alla struttura ed alle dinamiche comportamentali del gruppo criminale.

Ma il provvedimento in epigrafe desta interesse soprattutto per il **principio di diritto implicitamente enunciato** nella sua parte conclusiva.

Ed invero, l'affermazione in forza della quale, anche in caso di delocalizzazione di una mafia, è **sempre richiesta** «per poter riconoscere la natura mafiosa dell'articolazione territoriale, una **capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile**», pare ineccepibile, incanalandosi nel solco di quell'orientamento più rispettoso della lettera della legge dell'art. 416 *bis* c.p. già sostenuto in passato da altro Presidente della S.C. nel 2015 e condiviso da parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità [5].

Una simile puntualizzazione ribadisce, infatti, che **non è possibile immaginare** una fattispecie associativa **mafiosa a geometria variabile**, in cui cioè la **consistenza del tipo criminoso** dell'art. 416 *bis* c.p. **muti a seconda** delle **caratteristiche** concrete dei **fenotipi criminali** a cui deve essere in concreto applicato.

Qualunque sia la natura dell'associazione non tradizionale – delocalizzata, estera o autoctona – resta sempre **imprescindibile** la **dimostrazione** della effettiva **sussistenza del 'metodo mafioso'** così come definito dal comma 3 della medesima disposizione di legge.

Sarebbe, a ben vedere, del tutto **irragionevole** ritenere che **per le 'colonie mafiose'** (così come per le altre mafie nuove) la fattispecie incriminatrice abbia una **tipicità impoverita** e possa ritenersi ravvisata in **assenza dell'accertamento di tutte le componenti del metodo mafioso**, essendo sufficiente riscontrare la struttura gerarchica, la derivazione dalla casa madre e la riproduzione di dinamiche comportamentali interne analoghe.

L'**esito** di un simile ragionamento **sarebbe quello di caducare** – rispetto alle sole mafie delocalizzate e similari – **l'art. 416 bis c.p. del segmento** che più di ogni altro lo **qualifica** in termini generali ed astratti **come fattispecie autonoma** rispetto alla fattispecie associativa comune di cui all'art. 416 c.p. e ne **giustifica** i **maggiori rigori** della **risposta sanzionatoria** edittale, in coerenza con il principio di proporzionalità delle pene. Con **l'ulteriore** paradossale **conseguenza** di lasciare **convivere** una figura **delittuosa associativo-mafiosa** di consistenza **esangue** per le consorterie di nuova istituzione – rispetto a cui, più di ogni altra, sarebbe necessario accertare il metodo mafioso nelle sue varie sfaccettature – con una **figura analoga più 'corposa'** per i **sodalizi mafiosi tradizionali** radicati nei loro territori di origine, rispetto ai quali il metodo mafioso può essere ricostruito in maniera inferenziale anche da atteggiamenti diffusi di carattere ambiguo e non esplicitamente intimidatorio, grazie ad una caratura criminale già ampiamente percepita da tutti in quelle zone geografiche.

Così facendo, per le **sole mafie non tradizionali** come quelle delocalizzate, si assisterebbe allo **stravolgimento della figura delittuosa** in esame ed alla sua trasformazione **da fattispecie associativa mista** o che delinque **in fattispecie associativa pura** o per delinquere [6], facendo dipendere unicamente per queste la sussistenza del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. dalla esistenza di una struttura organizzativa interna articolata secondo canoni mafiosi analoghi a quelli delle mafie tradizionali e dalla fama criminale 'per attrazione' derivata – generalmente – dai legami con sodali rimasti nella terra di origine.

Inoltre, seguendo la diversa argomentazione prospettata in passato da altra parte della giurisprudenza, si finirebbe con **l'equiparare** in modo del tutto **irragionevole quoad poenam vicende criminali fortemente eterogenee**, come quelle costituite da associazioni che operano con metodo mafioso per l'attuazione del loro programma criminoso e quelle che, invece, sono solamente connesse a queste ultime e ricavano la caratura mafiosa *per relationem*, non

essendo ancora operative nel contesto di nuovo insediamento con le metodologie di cui all'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. [7].

Infine, muovendo da un punto di vista differente, si **giungerebbe a considerare erroneamente** il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. **come un reato di pericolo presunto**, che si consuma anche solo con la prova della mera potenziale forza intimidatrice del sodalizio, sulla scorta di una presunzione di trasferimento per osmosi dei connotati mafiosi dalla 'casa base' alla 'cellula' distaccata. È invece **parere condiviso** che questo delitto sia un **reato di danno**, o al più di **danno misto a pericolo** [8], in quanto ai fini della sua consumazione è richiesta non solo la prova del pericolo per l'ordine pubblico, ma anche — e forse prima ancora — quella della lesione effettiva della libertà morale dei consociati che si trovano ad avere rapporti con il gruppo criminale, subendone il condizionamento ambientale.

4. Tuttavia, per quanto **corretta nelle conclusioni**, la decisione del Presidente che si annota **pare riposare su una premessa non del tutto condivisibile**, vale a dire **l'assenza di un contrasto ermeneutico** sulla configurabilità del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. rispetto alle c.d. mafie nuove.

In verità, i **diversi orientamenti** interpretativi individuati dalla ordinanza di rimessione Nesci **non ruotavano solo** ed esclusivamente **attorno a problemi di prova**, ma **anche**, e prima di tutto, di **interpretazione** e 'contrazione' della **fattispecie incriminatrice** nella sua dimensione generale ed astratta.

In quella articolata ed analitica decisione della Suprema Corte, infatti, si **individuavano distintamente due filoni interpretativi** nella giurisprudenza di legittimità successiva alla prima decisione di restituzione degli atti del Presidente della S.C. del 2015.

In particolare, **secondo un primo orientamento formalistico e restrittivo**, anche nelle **locali mafiose** costituite all'estero (ma il discorso, ovviamente, vale anche per quelle costituite al Nord della penisola) va **sempre accertato in concreto**, ed in termini di effettiva attualità, la sussistenza del **metodo mafioso** in tutte le sue componenti normativamente descritte dal comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. Sarebbe, quindi, sempre imprescindibile riscontrare che «l'associazione abbia conseguito in concreto, nell'ambiente in cui opera, un'effettiva capacità di intimidazione che deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, quale forma di condotta positiva» [9].

Al contrario, **secondo un diverso indirizzo esegetico**, di **impronta sostanziale** e di portata **estensiva**, sarebbe **sufficiente accertare il collegamento** tra la "cellula" **delocalizzata** e la "casa madre", nonché la mutuazione da parte della prima delle caratteristiche della seconda per "ritenere sussistente il pericolo presunto per l'ordine pubblico" che connota una associazione di tipo mafioso. In tal caso, la "cellula" per poter esser considerata una associazione mafiosa ai sensi della legge penale non dovrebbe esplicitare nel territorio nuovo di insediamento il suo alone di timore, ma **godrebbe di per sé**, per il solo fatto della propria esistenza quale diramazione di una consorteria mafiosa tradizionale, di **una capacità potenziale di sprigionare una forza intimidatrice** idonea a porre in condizioni di assoggettamento ed omertà quanti vengano a contatto con essa [10]. Sarebbe sufficiente a sostenere tale capacità potenziale della nuova articolazione di sprigionare in futuro la forza di intimidazione nel nuovo territorio anche la **presunta diffusa conoscenza, ovunque**, della "spietatezza dei metodi, ineluttabilità delle reazioni sanzionatorie, anche trasversali, inequivocità ed efficacia persuasiva dei codici di comunicazione" della 'ndrangheta [11].

Le **motivazioni** addotte dall'ordinanza in parola a sostegno della sua **diversa valutazione** sembrano **eccedere** nel reputare una **questione di mero fatto** quella relativa alla natura mafiosa delle compagini associative operanti in territorio a tradizione non mafiosa, **sembrando esistere**,

effettivamente, **divergenze interpretative** sugli elementi costitutivi indefettibili della fattispecie incriminatrice generale ed astratta di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Ed allora, **non sarebbe stato** azzardato ed **erroneo**, proprio per la non auto-evidenza della natura meramente fattuale del problema interpretativo, **consentire alle Sezioni unite di valutare la questione** e di pronunciarsi sulla portata del problema e, in via subordinata, sulla soluzione preferibile.

Una simile diversa opzione avrebbe certamente **conferito** alla pronuncia eventualmente adottata una più **penetrante capacità di condizionamento della giurisprudenza successiva, valendo** per questa la più **rigorosa regola** introdotta dalla riforma del 2017 **dell'art. 618, comma 1 bis, c.p.p.** in forza della quale una precedente decisione del massimo organo nomofilattico nella sua più autorevole composizione è vincolante per il diritto vivente successivo e la **Sezione semplice** che volesse **distaccarsene** in futuro dovrà **rimettere** nuovamente la questione **alle Sezioni unite** con un'ordinanza motivata in cui siano ben evidenziate le ragioni del cambiamento di orientamento [12].

In ogni caso, pur non essendo dotata di tale peculiare efficacia stabilizzante del diritto giurisprudenziale, la **presa di posizione del Presidente della S.C.** – se considerata seriamente – **potrebbe** valere **ugualmente** come **fermo monito** per il **futuro**, invitando la giurisprudenza a **non reiterare la interpretatio abrogans** di alcune **tessere della fattispecie associativa mafiosa** registratasi in talune pronunce relative alle mafie nuove e, al contrario, a vagliare con maggiore attenzione la caratura dell'associazione di nuova costituzione, per stabilire con certezza se sia una mera diramazione di un sodalizio tradizionale oppure un gruppo di nuova formazione che ad esso sia legato, replicandone la struttura interna e le regole di azione.

5. L'osservazione della prima, importante, decisione di legittimità intervenuta in argomento in epoca successiva a tale arresto pare fornire indizi incoraggianti: la pronuncia della **Cassazione** risolutiva di una vicenda giudiziaria complessa, delicata e di grande clamore mediatico come quella di **'mafia capitale'** pare essere una **diretta applicazione** delle **coordinate ermeneutiche** tracciate dal **Presidente della S.C.** [13].

Ed infatti, da quanto si è potuto cogliere sinora dalla lettura del **solo dispositivo** della nuova, **condivisibile, sentenza** della Corte di Cassazione, Sez. VI, dello scorso 20 ottobre, con cui è stata definitivamente esclusa la natura mafiosa ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p. del gruppo criminale che aveva condizionato l'assegnazione di numerosi appalti del comune di Roma, la **base del ragionamento decisorio** dei giudici di legittimità **sembra essere** proprio quella **fattuale della consistenza non unitaria ma differenziata delle compagini associative** riferite a Buzzi e Carminati.

La **premessa** della **decisione** su cui si incentra la riqualificazione dei fatti contestati agli imputati ai sensi dell'art. 416 c.p., piuttosto che dell'art. 416 *bis* c.p., pare invero **saldamente agganciata** all'inciso della **"ritenuta sussistenza di due associazioni"**.

Probabilmente, **proprio negando l'esistenza di un unico gruppo criminale** e ravvisando, al contrario, quella di due autonome associazioni operanti in settori e con modalità diverse nel territorio della Capitale, la **Corte** di legittimità **ha opportunamente escluso** la configurabilità della più grave fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. in un simile contesto.

La decisione della Corte di Appello di Roma cassata, infatti, aveva inferito la natura mafiosa della compagine criminale riferibile ai due principali imputati del c.d. 'mondo di mezzo' muovendo dalla sua dimensione unitaria, reputando che l'impiego episodico di forme di violenza o minaccia da parte di alcuni dei componenti del gruppo di Corso Francia per il recupero di taluni crediti usurari e la fama criminale del suo vertice, sommati alle capacità di condizionamento delle imprese concorrenti nel settore degli appalti pubblici di altri componenti del 'gruppo degli uffici

comunali', integrassero congiuntamente considerati il metodo mafioso di cui all'art. 416 *bis*, comma 3, c.p.

Si può, quindi, supporre che, **dietro il veloce inciso** contenuto nel dispositivo della decisione della Cassazione, si **celi** la **premessa per l'opposto ragionamento** dei giudici di legittimità e per la adesione alla qualificazione giuridica dei fatti operata dal giudice di *prime cure*. Partendo dal presupposto del **dualismo associativo** tra il gruppo di Corso Francia e quello degli appalti di Roma Capitale, si **approda** in modo ancor più agevole e lineare alla **conclusione** circa la **natura non mafiosa** di ciascuno dei due.

Nessuno dei sodalizi è, infatti, mafioso ai **sensi del paradigma normativo** e non sociologico di mafia declinato dall'art. 416 *bis*, comma 3, c.p., dal momento che **manca** in entrambi *l'ubi consistam* del **metodo mafioso** nelle sue diverse componenti, non bastando a tale scopo, nel primo caso, l'alone criminale di un partecipe e l'utilizzo saltuario di forme estorsive di crediti provenienti da attività illecite e non potendo essere ridotta, nel secondo caso, la forza di intimidazione al condizionamento, peraltro 'interessato', dei pubblici funzionari e delle altre imprese partecipanti alle medesime gare di appalto. In particolare, sotto tale ultimo profilo, laddove esistono oleate e rodiate prassi corruttive gestite da un gruppo criminale, l'assoggettamento e l'omertà della cerchia sociale delle persone in cui questo opera devono **derivare eziologicamente dalla forza di intimidazione promanante dal vincolo associativo, non potendo mai consistere** in meri **stati di soggezione** di un ristretto ambito di soggetti consistenti nell'accettare offerte corruttive o di non denunciarle, nella convinzione di **poter trarre un tornaconto immediato** nel caso dei p.u. che aderivano e **futuro** nel caso degli altri privati interessati che si ritiravano dalle gare o non vi partecipavano affatto, in attesa di vincere la commessa a quello prospettato come il loro turno.

Un po' come per la **concussione** è richiesta su base individuale la prova della coartazione della libertà di autodeterminazione del privato che si è determinato al pagamento corroborata dall'accertamento della finalità *de damno evitando*, nella associazione di tipo mafioso è richiesta su scala sociale allargata, usando schemi analoghi a quelli della causalità psichica, la **prova della coartazione degli spazi di autonomia dei privati** che si relazionano con il gruppo criminale, corroborata dall'accertamento della medesima finalità. Ciò significa che laddove la categoria di soggetti che si è rapportata con il gruppo mafioso abbia **agito con l'opposta finalità de lucro captando** e, quindi, di trarre un qualche vantaggio immediato o futuro, si possa ravvisare la **sussistenza** del solo **delitto associativo comune** di cui all'art. 416 c.p.

6. Giova rilevare, infine, che la presa di posizione del Presidente della S.C. **potrebbe risultare determinante** anche sul versante del **diritto processuale penale** e, segnatamente, sulla materia della **competenza territoriale** nei reati di criminalità organizzata, soprattutto, nel caso di mafie **migrate al Nord dell'Italia**, piuttosto che per quelle gemmate all'estero, data l'ampiezza per queste ultime dell'art. 6 c.p. che rende praticamente sempre ravvisabile la competenza dell'autorità giudiziaria italiana.

Se, infatti, in tali situazioni si assume come **presupposto l'esistenza di un'unica associazione** per delinquere di tipo mafioso, la **competenza** ai sensi dell'art. 8 c.p.p. dovrebbe essere radicata nel **territorio** in cui è **esplicitata** la sua **portata intimidatrice** e **non** in quello in cui **insiste la filiale** locale derivata.

Come ha chiarito la **Suprema Corte**, infatti, «la competenza territoriale a conoscere un reato associativo, che è un reato di natura permanente, si radica nel **luogo** in cui la **struttura associativa**, destinata a operare nel tempo, **diventa concretamente operante**, a nulla rilevando il luogo di consumazione o di futura commissione dei singoli reati oggetto del "*pactum sceleris*"» [14]. Più articolata è "l'individuazione della competenza territoriale qualora ci si trovi

in presenza di un'organizzazione criminale composta di vari gruppi operanti su di un vasto territorio nazionale ed estero, i cui raccordi per il conseguimento dei fini dell'associazione prescindono dal territorio, né sono collegati allo stesso per la realizzazione dei suddetti fini. In tal caso, la competenza per territorio a conoscere del reato associativo va determinata con riferimento al **luogo di programmazione e di ideazione dell'attività** riferibile all'associazione" [15].

Un simile aspetto sarà con ogni probabilità particolarmente **rilevante nei futuri arresti** della giurisprudenza sul punto, dal momento che inevitabilmente la questione in fatto ed in diritto circa l'esistenza di una autonoma compagine associativa nel nuovo territorio non a tradizione mafiosa potrà essere in concreto **condizionata da valutazioni di carattere processuale**.

Per lasciare incardinate nei tribunali del Nord Italia attualmente competenti in tanti giudizi su locali mafiose distaccate i complessi e delicati **processi in corso**, talune valutazioni rischiano di essere deformate da questa precomprensione, potendo portare a ravvisare due associazioni distinte laddove si voglia raggiungere un simile obiettivo.

Ugualmente, lo stesso discorso potrebbe valere per i **procedimenti futuri**, perché in tali casi le scelte sulla competenza territoriale potranno essere a monte condizionate dalla valutazione circa l'esistenza di una associazione autonoma, piuttosto che di una sede distaccata di una associazione storica già operante altrove.

7. Una volta ricostruita la portata, le argomentazioni e le possibili implicazioni future di questa decisione **resta solo una perplessità**.

Che questa scelta di 'decidere di non far decidere' del Presidente aggiunto delle S.u. sia, forse, il frutto di **valutazioni di opportunità** molto **concrete**, ma probabilmente non ineccepibili.

Non è da escludersi che la Suprema Corte abbia **negato deliberatamente l'esistenza di un conflitto interpretativo** sincronico nella giurisprudenza di legittimità per **evitare l'effetto a cascata** prodotto in materia di legislazione antimafia dalla **sentenza della Corte EDU Contrada c. Italia** del 2015 su alcune precedenti decisioni di condanna per concorso esterno già passate in giudicato [16].

Se, infatti, avesse ammesso la sussistenza del contrasto ermeneutico sulle mafie delocalizzate, enunciando un nuovo e risolutivo principio di diritto in forza del quale il metodo mafioso deve essere sempre accertato in tutte le sue componenti, ci **sarebbe stato il rischio** che gli stessi imputati della vicenda affrontata dalle Sezioni unite, così come i loro c.d. fratelli minori, potessero poi **dedurre dinanzi alla Corte di Strasburgo la violazione dell'art. 7 CEDU** sotto il versante della **irretroattività** in tutti i casi in cui le eventuali **sentenze di condanna passate in giudicato** fossero state **pronunciate** con riferimento a vicende relative a **locali straniere o al Nord** rispetto alle quali il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. era stato ravvisato solo sulla scorta del **collegamento** con la casa madre a **prescindere dal riscontro del metodo mafioso**.

*Mutatis mutandis*, si sarebbe potuto sostenere anche in questa circostanza che prima della ipotetica pronuncia delle Sezioni unite non sarebbero stati conoscibili da parte dei consociati gli elementi costitutivi del delitto di associazione di tipo mafioso e che solo dopo l'arresto del massimo organo nomofilattico ciò sarebbe divenuto possibile, con il pericolo conseguente di veder 'cadere' tante condanne definitive per associazione di tipo mafioso per adeguare il diritto interno a quello convenzionale.

Comunque, ora **non resta che aspettare** e vedere come la **giurisprudenza di legittimità** reagirà a tale presa di posizione.

Delle due l'una: o **chinerà definitivamente il capo** e motiverà, in fatto ed in diritto, le proprie conclusioni circa la natura mafiosa di un gruppo criminale operativo al di fuori delle terre di origine, senza deformare il tipo criminoso o processualizzare categorie penalistiche;

oppure **rifiuterà la prospettazione ermeneutica** suggerita e **riproporrà la questione alle Sezioni unite** sulla base di nuovi argomenti, con il rischio, in tale seconda eventualità, che lo spostamento in avanti nel tempo della decisione di queste ultime **amplifichi i problemi di irretroattività** in precedenza paventati, andando a coinvolgere, inevitabilmente, un numero maggiore di casi.

*Tertium non datur.*

[1] Sulle mafie delocalizzate, con particolare riguardo alla più diffusa ipotesi delle filiali silenti formatesi nel Nord della Penisola, si veda F. Varese, *Mafie in movimento*, Torino, 2011, *passim*; A. Alessandri, a cura di, *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, Torino, 2017; C. Visconti, [Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord](#), in *Libro dell'anno del diritto 2016*, in [www.treccani.it](#), 1 e segg.; F. Serraino, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 264 e segg.; G. Pignatone-M. Prestipino, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Roma-Bari, 2019; R.M. Sparagna, [Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2015; A. Balsamo-S. Recchione, [Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto](#), *ivi*, 18 ottobre 2013, 1 e segg.; nonché, in giurisprudenza Cass., Sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851, in *Il penalista*, 24 luglio 2017; Cass., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850; Cass., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera; Cass., Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, Agostino; e Cass., Sez. V, 2015, n. 21562, Novembrini, che danno conto del contrasto esistente tra un primo orientamento per il quale per le nuove mafie al Nord è sufficiente per integrare il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. che il sodalizio presenti evidenti connotati di "mafiosità" sul piano organizzativo "interno"; ed un secondo che, invece, reputa necessaria la prova dell'esteriorizzazione del "metodo mafioso", quale riflesso dell'avvalersi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e dell'assoggettamento e omertà che ne deriva".

[2] Per un commento a tale primo provvedimento, nonché per una puntuale ricostruzione dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali di legittimità sul punto, si rinvia a C. Visconti, [I giudici di legittimità ancora alla prese con la "mafia silente" al nord I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015.

[3] In argomento, per delle considerazioni critiche, cfr. I. Merenda-C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in E. Mezzetti-L. Luparia, *La legislazione antimafia*, Bologna, in corso di pubblicazione, p. 18 del dattiloscritto.

[4] La nuova ordinanza, unitamente ad un commento di L. Ninni, [Alle Sezioni unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali"](#), è pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2019.

[5] C. Visconti, [I giudici di legittimità ancora alla prese con la "mafia silente" al nord. I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così](#), *cit.*

[6] Su tale dicotomia si veda G. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista, in Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 156; G. Fiandaca, *Le fattispecie associative "qualificate"*, in Aa.Vv., *I reati associativi*, Milano, 1998, 53 ss.; C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, 355 e 374; G. Insolera-T. Guerini, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, 85 ss. Un tentativo di trasformazione della associazione di tipo mafioso in reato meramente associativo può scorgersi, ad esempio, recentemente in Cass., Sez. II, 31 maggio 2017, Pontari e altri, in *Ced Cass.*, n. 271169, con nota di I. Giugni, *La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante tra legalità penale e disorientamenti ermeneutici*, in *Arch. pen.*, 2018.

- [7] Evidenziano tali profili di irragionevolezza sul versante del trattamento sanzionatorio I. Merenda-C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit., 13.
- [8] Sul punto, si rinvia per tutti a G. Turone, *Il delitto di associazione di tipo mafioso*, Milano, 2015, 360 ss.
- [9] In tal senso, cfr. ad es. Cass., Sez. I, 30 dicembre 2016, Pesce e altri; Cass., Sez. VI, 13 settembre 2017, Vicidomini. Nonché, in un *obiter*, anche la stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, Cass., Sez. I, 10 aprile 2019, cit.
- [10] Cass., Sez. II, 18 maggio 2017, n. 29850, Barranca; Cass., Sez. V, 24 maggio 2018, n. 28722, Demasi; Cass., Sez. V, 11 luglio 2018, n. 47535, Nesci. Sui due contrapposti orientamenti cfr. L. Ninni, *Alle Sezioni unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso*, cit.
- [11] Così Cass., Sez. V, 3 marzo 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31666, Bandiera, cit. Sul punto L. Ninni, *Alle Sezioni unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso*, cit., 33.
- [12] Si rinvia sul punto a G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 137 ss.
- [13] In argomento, sugli altri gradi di giudizio, si veda Trib. Roma, 20 luglio 2017, Bolla e altri, ed i commenti di G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *Foro it.*, II, 2018, 176; G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 2018, 956 ss.; E. Zuffada, *Per il tribunale di Roma "mafia capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 11, 270 ss.; S. De Flammineis, *Impresa mafiosa e impresa vittima: segmenti di intersecazione e la figura del concorrente esterno estorto*, ivi, 2018, n. 2, 149 ss.; A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "mafia capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, 2016, 112 ss. Sul punto si veda anche la decisione del giudice del gravame, App. Roma, 11 settembre 2018, Bolla e altri, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2019, con commenti di C. Greco, [Mafia capitale: il banco di prova dell'art. 416 bis c.p.](#), e di E. Cipani, [La pronuncia della Corte d'appello di Roma nel processo c.d. Mafia Capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche"](#).
- [14] Cass., Sez. I, 10 dicembre 1997, n. 6933.
- [15] Così Cass., Sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242, Baratto; in senso conforme si veda Cass. pen., Sez. II, 22 settembre 2015, n. 39895. Sul punto cfr. da ultimo Corte d'Assise, Brescia, sent. 17 luglio 2019, n. 4, ed il relativo commento di D. Carrozzo, *Sui criteri di determinazione della competenza territoriale in materia di reati associativi*, in corso di pubblicazione.
- [16] Per una ricostruzione della articolata decisione della Corte EDU Contrada c. Italia del 2015 si rinvia a V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1019; F. Palazzo, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, ivi, 2015, 1063; D. Pulitanò, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 46; M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346; G. Fornasari, *Un altro passo nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo-A. Sessa, Napoli, 2017, 447 ss. Per una analisi critica della applicazione alla vicenda del concorso esterno dei principi enunciati dalla stessa sentenza Contrada si rinvia a F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità nel "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 242; Id., [Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Corte di Cassazione chiude il Caso Contrada](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2017; nonché il nostro G. Amarelli, [Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale](#), in *www.criminaljusticenetwork.com*, 16 novembre 2018.

**Le Sezioni Unite escludono la (cripto) legalizzazione dei derivati della c.d. ‘cannabis light’**

Cass., Sez. un., 30 maggio 2019 (dep. 10 luglio 2019), n. 30475,  
Pres. Carcano, Est. Montagni, ric. Castignani

di Maria Chiara Ubiali

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sulla controversa questione riguardante la **liceità della commercializzazione al dettaglio della c.d. ‘cannabis light’** [1]. Come è noto, infatti, un recente orientamento della Suprema Corte ha considerato *legittima* la messa in commercio al dettaglio dei derivati della canapa (inflorescenze e resina), provenienti dalle coltivazioni contemplate dalla legge n. 242/2016 e recanti un quantitativo di THC (tetraidrocannabinolo) inferiore alla soglia dello 0,6%. In senso contrario, un precedente filone giurisprudenziale aveva invece sostenuto la tesi della *illegittimità* della commercializzazione dei derivati della cannabis, sul presupposto che la legge n. 242/2016 disciplini esclusivamente la coltivazione della canapa per alcuni fini commerciali, menzionati all’art. 1, comma 3, tra i quali non rientra la commercializzazione dei prodotti derivati, costituiti principalmente dalle inflorescenze e dalla resina.

La **legge n. 242/2016** – giova ricordarlo – è stata introdotta con l’intenzione di promuovere e diffondere, nel sistema produttivo italiano, l’uso della canapa (*‘Cannabis sativa L.’*), individuando molteplici settori in cui la stessa può essere impiegata. Per permettere ciò, la citata legge ha stabilito che *particolari varietà di tale pianta* – quelle iscritte nel Catalogo di cui all’articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002 – *non rientrano* nell’ambito di applicazione del T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti o sostanze psicotrope: sono pertanto sottratte alle relative sanzioni e **possono essere coltivate liberamente**, senza necessità di autorizzazione, **a condizione che le varietà coltivate non superino lo 0,6% di THC (tetraidrocannabinolo)** [2].

Il **contrasto interpretativo oggetto della presente rimessione alle Sezioni Unite** [3], come anticipato, non riguarda però la coltivazione, pacificamente consentita alle condizioni dette, bensì la **commercializzazione al dettaglio delle sostanze derivanti da tale coltivazione lecita**. La legge n. 242/2016, infatti, pur indicando le finalità per le quali la coltivazione è consentita, non disciplina il profilo della commercializzazione. Diverse sentenze di legittimità si sono chieste allora se possa essere considerata lecita la messa in commercio delle **inflorescenze, della resina (e di altri derivati) ricavati dalla coltivazione della canapa** di cui alla l. n. 242/2016, in particolare nel caso in cui questi siano **commercializzati al dettaglio per fini connessi all’uso che l’acquirente riterrà di farne** e che possono riguardare **l’alimentazione (infusi, thè, birre)**, la realizzazione di **prodotti cosmetici** e financo il **fumo**. A tale interrogativo sono state date risposte differenti. Da qui, dunque, il sorgere del menzionato contrasto interpretativo che è approdato alle Sezioni Unite con un quesito formulato nei termini che seguono: *«se le condotte diverse dalla coltivazione di canapa delle varietà di cui al catalogo indicato nell’art. 1, comma 2, legge 2 dicembre 2016 n. 242 – e, in particolare, la commercializzazione di cannabis sativa L – rientrano o meno nell’ambito di applicabilità della predetta legge e siano pertanto penalmente irrilevanti, ai sensi di tale normativa»*.

2. Prima di addentrarci nell'analisi delle questioni giuridiche, occorre ricapitolare brevemente i fatti da cui ha preso avvio il presente procedimento, e il relativo *iter*. **Il Tribunale del riesame di Ancona ha revocato, limitatamente ai reperti contenenti una percentuale di principio attivo (tetraidrocannabinolo) non superiore allo 0,6%, il sequestro preventivo disposto in precedenza dal G.i.p. del medesimo Tribunale**, che aveva ad oggetto **tedici chili di foglie ed inflorescenze di cannabis**. Le foglie e le inflorescenze in questione erano state sequestrate presso un **punto vendita** di Ancona, dal momento che dagli accertamenti tossicologici condotti era emersa la presenza di principio attivo (tetraidrocannabinolo) superiore alla soglia dello 0,6%. La decisione del Tribunale – di revocare il sequestro del materiale rinvenuto avente principio attivo *non superiore* allo 0,6% – ha preso le mosse da un'interpretazione della l. n. 242 del 2016 secondo cui, solo a seguito del superamento del limite dello 0,6% di principio attivo è possibile procedere al sequestro ed alla distruzione della coltivazione e dunque anche del prodotto derivato. E ciò perché – in ossequio al primo dei due orientamenti soprarichiamati – è da considerare legittima la commercializzazione al dettaglio dei derivati della canapa, provenienti dalle coltivazioni lecite contemplate dalla legge n. 242/2016 e recanti un quantitativo di THC (tetraidrocannabinolo) inferiore alla soglia dello 0,6%.

Avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica di Ancora, lamentando che l'esclusione della punibilità prevista dalla legge n. 242 del 2016 è voluta unicamente nei confronti del coltivatore e non può essere estesa in favore del commerciante che detenga e ponga in vendita foglie e inflorescenze ottenute dalla pianta di canapa. **La Quarta Sezione penale ha quindi rimesso il ricorso alle Sezioni Unite**, facendo notare che sulla questione relativa all'ambito di operatività della legge n. 242/2016 si è registrato, presso le Sezioni semplici, un contrasto giurisprudenziale e formulando il quesito di diritto sopra richiamato.

3. Nella sentenza qui annotata, le Sezioni Unite dedicano anzitutto ampio spazio ad una accurata ricostruzione del quadro normativo di riferimento. Secondo i giudici di legittimità, la disciplina introdotta dalla l. n. 242/2016 pone effettivamente il problema di coordinare le nuove disposizioni con quelle contenute nel **Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)**. Al fine di questo coordinamento, vengono quindi richiamate per punti le parti del T.U. stupefacenti considerate rilevanti al fine della soluzione del quesito rimesso alle S.U. In particolare:

- il Testo Unico in esame è strutturato secondo il **sistema tabellare**, che assegna valenza legale alla nozione di sostanza stupefacente. Di conseguenza sono soggette alla normativa che vieta la produzione e la circolazione delle sostanze stupefacenti e psicotrope solo quelle che risultano indicate nelle tabelle allegate al Testo Unico;
- l'art. 14, comma 1, lett. *b*) del d.P.R. n. 309/1990 – così come modificato dal d.l. n. 36 del 2014 – detta criteri per la formazione delle menzionate tabelle e stabilisce che nella **tabella II sia indicata «la cannabis e i prodotti da essa ottenuti, senza effettuare distinzioni rispetto alle diverse varietà»;**
- tale tabella II include in particolare, tra le sostanze vietate, «cannabis (foglie e inflorescenze), cannabis (olio), cannabis (resina)» nonché le preparazioni contenenti le predette sostanze, senza effettuare alcun riferimento alla percentuale di THC (tetraidrocannabinolo);
- l'art. 26, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 – rubricato 'Coltivazioni e produzioni vietate' – stabilisce che è vietata nel territorio dello Stato la coltivazione delle piante comprese nelle tabelle I e II di cui all'art. 14 del medesimo d.P.R. «**ad eccezione della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli indicati dall'art. 27, consentiti dalla normativa dell'Unione Europea**»;

- infine, l'art. 73, commi 1 e 4, d.P.R. n. 309/1990 incrimina, tra le diverse condotte *ivi* elencate, la coltivazione di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella II dell'art. 14 sopracitato. La normativa qui richiamata conduce le Sezioni Unite a rilevare che «la coltivazione della cannabis e la commercializzazione dei prodotti da essa ottenuti, quali foglie, inflorescenze, olio e resina, (...) in assenza di alcun valore soglia preventivamente individuato dal legislatore penale rispetto alla percentuale di THC, rientrano nell'ambito dell'art. 73, commi 1 e 4, D.P.R. n. 309/1990». **Quale unica deroga alla rilevanza penale delle condotte che coinvolgono tali sostanze, il legislatore ha quindi espressamente previsto una sola 'eccezione' riguardante «la canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli di cui all'art. 27, consentiti dalla normativa dell'Unione Europea».**

4. Nel contesto sopra descritto è intervenuta in seguito la **legge 2 dicembre 2016, n. 242** ('Disposizioni per la promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa'). Come detto, la legge n. 242/2016 è stata introdotta con l'intenzione di promuovere e diffondere, nel sistema produttivo italiano, l'uso della canapa, indicando molteplici settori in cui la stessa può essere impiegata. Per permettere ciò, la citata legge ha stabilito, all'art. 1, comma 2, che *particolari varietà di tale pianta* – quelle iscritte nel Catalogo di cui all'articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002 – *non rientrano* nell'ambito di applicazione del T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti o sostanze psicotrope. Per tale coltivazione la legge in esame stabilisce due diversi limiti di THC: *i*) da un lato è previsto che, per essere ammessi a godere degli *aiuti economici europei* corrisposti agli agricoltori in proporzione agli ettari utilizzati per l'attività agricola, le varietà di canapa coltivate non devono avere un tenore di tetraidrocannabinolo superiore allo 0,2%; *ii*) dall'altro lato, ed è questo il punto fondamentale, **l'art. 4, comma 7 dispone che al di sotto dello 0,6% di THC la coltivazione della canapa deve ritenersi conforme alla legge** [4].

**La legge indica poi le finalità per le quali la coltivazione della canapa è consentita senza autorizzazione.** L'art. 1, comma 3 afferma infatti che la coltura della canapa è finalizzata: a) alla coltivazione e alla trasformazione; b) all'incentivazione dell'impiego e del consumo finale di semilavorati di canapa provenienti da filiere prioritariamente locali; c) allo sviluppo di filiere territoriali integrate che valorizzino i risultati della ricerca e perseguano l'integrazione locale e la reale sostenibilità economica e ambientale; d) alla produzione di alimenti, cosmetici, materie prime biodegradabili e semilavorati innovativi per le industrie di diversi settori; e) alla realizzazione di opere di bioingegneria, bonifica dei terreni, attività didattiche e di ricerca.

**L'art. 2, comma 2 dispone infine che dalla canapa coltivata è possibile ottenere:** «a) alimenti e cosmetici prodotti esclusivamente nel rispetto delle discipline dei rispettivi settori; b) semilavorati, quali fibra, canapulo, polveri, cippato, oli o carburanti, per forniture alle industrie e alle attività artigianali di diversi settori, compreso quello energetico; c) materiale destinato alla pratica del sovescio; d) materiale organico destinato ai lavori di bioingegneria o prodotti utili per la bioedilizia; e) materiale finalizzato alla fitodepurazione per la bonifica di siti inquinati; f) coltivazioni dedicate alle attività didattiche e dimostrative nonché di ricerca da parte di istituti pubblici o privati; g) coltivazioni destinate al florovivaismo». **Nessun riferimento viene fatto invece dalla legge al diverso profilo della commercializzazione dei beni qui menzionati, alla cui produzione può essere destinata la coltivazione della canapa.**

5. In questo contesto normativo **due sono i principali orientamenti giurisprudenziali** che si sono sviluppati in seno alle Sezioni semplici, con riguardo alla *commercializzazione* dei derivati della cannabis. **Un indirizzo maggioritario** ha sostenuto che deve **escludersi che la legge n. 242/2016 consenta la commercializzazione dei derivati di tale coltivazione.** E ciò sulla base del

presupposto che la nuova legge disciplini esclusivamente la coltivazione della canapa per alcuni fini commerciali, menzionati all'art. 1, comma 3 della suddetta normativa, e tra i quali non rientra la commercializzazione al dettaglio dei prodotti derivati dalle inflorescenze e dalla resina. Restano quindi soggetti al d.P.R. n. 309 del 1990, e possono costituire condotte penalmente rilevanti, la detenzione e la commercializzazione dei derivati costituiti da inflorescenze (marijuana) e da resina (hashish), come pure la coltivazione per fini diversi da quelli elencati dalla legge [5].

Un **secondo orientamento**, affacciato prima in sede di merito [6] e più recentemente presso la Sezione sesta, ha invece sostenuto che **la liceità della commercializzazione dei prodotti della coltivazione della canapa – e in particolare delle inflorescenze – costituirebbe un corollario logico-giuridico del contenuto della legge n. 242/2016**. In altre parole, «dalla liceità della coltivazione della cannabis alla stregua della legge n. 242/2016, deriverebbe la liceità dei suoi prodotti contenenti un principio attivo THD inferiore allo 0,6%, nel senso che non potrebbero più considerarsi (ai fini giuridici), sostanza stupefacente soggetta alla disciplina del d.P.R. 309/1990, al pari di altre varietà vegetali che non rientrano tra quelle inserite nelle tabelle del predetto d.P.R.» [7].

Affianco a questi due orientamenti principali si registra anche **un terzo filone che prospetta una soluzione intermedia** rispetto alle precedenti. In quest'ultimo filone si è infatti affermata la sostanziale liceità dei prodotti derivati dalla coltivazione di canapa consentita dalla l. n. 242/2016, purché gli stessi presentino una percentuale di THC non superiore allo 0,2 %. In tale decisione si muove dalla considerazione che l'art. 1, comma 2, l. n. 242 del 2016 si riferisce solo alle coltivazioni delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell'art. 17 direttiva 2002/53/CE del Consiglio. Le varietà di canapa iscritte in tale catalogo si caratterizzano per il basso dosaggio di principio attivo che non supera lo 0,2 %. E ciò perché, da un lato, tale limite è imposto da un regolamento europeo (Regolamento UE n. 1308/2013); dall'altro lato perché non superare il limite dello 0,2% di THC è condizione necessaria per il coltivatore per ottenere i sussidi stanziati dalla Unione. Secondo questo orientamento giurisprudenziale se la percentuale di THC presente nella canapa non è superiore allo 0,2%, ciò determina la liceità non solo della coltivazione stessa, ma – quale logico corollario – anche della commercializzazione dei prodotti da essa derivati [8].

6. Ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale, le Sezioni Unite procedono ora a chiarire il loro punto di vista. I giudici di legittimità si **allineano al primo dei tre filoni sopracitati** che – muovendo dalla considerazione che la legge n. 242/2016 ha previsto la liceità della *sola coltivazione* della cannabis per le finalità espresse e tassativamente indicate da tale legge – ha affermato che la messa in commercio dei derivati della predetta coltivazione, costituiti da inflorescenze (marijuana) e da resina (hashish), continua ad essere sottoposta alla disciplina del d.P.R. n. 309 del 1990.

Per giungere a tale conclusione la sentenza in commento osserva che il legislatore – disponendo, all'art. 1, comma 2 (l. n. 242/2016), che le coltivazioni di cui si tratta non rientrano nell'ambito di applicazione del Testo Unico stupefacenti – ha voluto chiarire **che il campo di applicazione della citata legge del 2016 si colloca proprio nello spazio cui si riferisce l'eccezione di cui all'art. 26 del d.P.R. n. 309/1990 che, come ricordato poco sopra, vieta la coltivazione delle piante di canapa ad eccezione di quella coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali consentiti dalla normativa dell'Unione Europea**. È proprio al fine di regolare ed incentivare quest'ultimo ambito produttivo, lecito, che è stata introdotta la citata legge del 2016, che quindi **«riguarda un settore dell'attività agroalimentare ontologicamente estraneo all'ambito dei divieti stabiliti dal T.U. stupefacenti in tema di coltivazioni»**. Le coltivazioni di

canapa finalizzate esclusivamente alla produzione di fibre o per altri usi industriali – e consentite anche dalla normativa europea – già in virtù della sola eccezione di cui all’art. 26 del d.P.R. n. 309/1990 sono quindi considerate attività non attinte dal generale divieto di coltivazione del T.U. stupefacenti. *Si può quindi dire che l. n. 242/2106 è intervenuta a regolare una attività già in precedenza esclusa dal campo della rilevanza penale.*

Secondo i giudici del Supremo collegio dette considerazioni inducono di conseguenza ad attribuire **natura tassativa alle sette categorie di prodotti, elencate dal sopracitato art. 2, comma 2 l. n. 242/2016, che possono essere ottenuti dalla coltivazione agroindustriale della cannabis.** E ciò perché «si tratta di prodotti che derivano da una coltivazione che risulta consentita solo in via d’eccezione, rispetto al generale divieto di coltivazione della cannabis, penalmente sanzionato». A conclusione di questo ragionamento, le Sezioni Unite abbracciano allora l’orientamento giurisprudenziale più restrittivo. Muovendo dalla considerazione che la legge n. 242/2016 ha previsto la liceità della *sola coltivazione* della cannabis per le finalità tassativamente indicate, se ne deduce che la *commercializzazione* dei derivati di tale coltivazione, principalmente inflorescenze (marijuana) e resina (hashish), continua ad essere sottoposta alla disciplina del d.P.R. n. 309 del 1990, perché tali prodotti non sono ricompresi nel richiamato elenco di cui all’art. 2, comma 2 legge n. 242/2016.

A sostegno di tale posizione le Sezioni Unite aggiungono inoltre che non assume alcuna rilevanza, al fine di escludere la illiceità della condotta, il mancato superamento delle percentuali di THC di cui all’art. 4, commi 5 e 7, l. n. 242/2016, valorizzato dalle precedenti sentenze delle Sezioni semplici. Tali valori infatti riguardano esclusivamente il contenuto di principio attivo consentito presente nella *coltivazione*, e non nei *derivati*. **La commercializzazione dei derivati della coltivazione della cannabis, diversi da quelli elencati dalla legge del 2016, integra allora il reato di cui all’art. 73 T.U. stupefacenti, indipendentemente dal basso contenuto di THC ivi presente.**

7. Anche in questo contesto tuttavia non si può evitare di tenere conto del **principio di concreta offensività delle condotte**. A questo proposito la decisione in esame richiama in senso adesivo un precedente pronunciamento delle stesse Sezioni Unite [9] che, con riguardo alla questione della coltivazione domestica di cannabis, ha sancito che è indispensabile che il giudice di merito verifichi la concreta offensività della condotta facendo riferimento, non tanto alla percentuale di principio attivo, quanto alla **idoneità della sostanza a produrre un effetto drogante** [10]. Anche nel caso della commercializzazione di derivati della cannabis (inflorescenze, resina ecc.) che provengono dalla coltivazione, lecita, di cui alla l. n. 242/2016, e che quindi si caratterizzano per un basso contenuto di THC, perché possa dirsi integrato il reato di cui all’art. 73, d.P.R. n. 309/1990, **bisognerà sempre valutare la concreta offensività delle singole condotte**. Ovvero il giudice del merito sarà tenuto a verificare la reale efficacia drogante della sostanza, cioè l’idoneità di essa a produrre sul suo consumatore effetti psicotropi.

8. A conclusione di tutto quanto finora affermato le Sezioni Unite pronunciano il seguente principio di diritto, che riportiamo testualmente di seguito: «*La commercializzazione al pubblico di cannabis sativa L. e, in particolare, di foglie, inflorescenze, olio, resina, ottenuti dalla coltivazione della predetta varietà di canapa, non rientra nell’ambito di applicabilità della l. n. 242 del 2016, che qualifica come lecita unicamente l’attività di coltivazione di canapa delle varietà ammesse e iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell’art. 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002 e che elenca tassativamente i derivati dalla predetta coltivazione che possono essere commercializzati, sicché la cessione, la vendita e, in genere, la commercializzazione al pubblico dei derivati della coltivazione di cannabis sativa L., quali foglie, inflorescenze, olio, resina, sono condotte che*

*integrano il reato di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, anche a fronte di un contenuto di THC inferiore ai valori indicati dalla l. n. 242 del 2016, art. 4, commi 5 e 7, salvo che tali derivati siano, in concreto, privi di ogni efficacia drogante o psicotropa, secondo il principio di offensività».*

\* \* \*

9. Difficile azzardare in questo breve contributo un giudizio su una questione così complessa e che ha dato luogo, presso le Sezioni semplici, ad orientamenti radicalmente differenti e dagli esiti applicativi opposti. Per quel che ci consente un primo approfondimento della questione, ci pare tuttavia di poter concordare con l'esito a cui è pervenuta la sentenza in esame. Decisiva ci sembra quell'argomentazione – già proposta dal giudice della Sezione quarta nell'ordinanza di rimessione – secondo cui non è in alcun modo ammissibile la tesi, sostenuta dall'opposto orientamento, che ritiene che la messa in commercio di un bene che non presenti intrinseche caratteristiche di illiceità deve, in assenza di specifici divieti di legge, ritenersi consentita, alla luce del generale potere di ogni individuo di agire per il soddisfacimento dei propri interessi [11]. **L'idea che l'ordinamento consideri le norme incriminatrici come tassative eccezioni rispetto alla generale libertà di azione di ogni soggetto non può essere ritenuto valido in una materia come quella degli stupefacenti**, nella quale il d.P.R. n. 309/1990 pone, in via generale, il principio di illiceità delle condotte di detenzione per la vendita, cessione e commercializzazione delle sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle *ivi* allegate. In questo contesto, secondo l'ordinanza, esiste quindi un divieto che ha carattere generale, tanto che i rapporti fra il d.P.R. n. 309 del 1990 e la legge n. 242 del 2016 appaiono ricostruibili in termini di regola-eccezione. Nello stabilire quale sia l'ambito applicativo della l. 242/2016, la si dovrà considerare derogatoria di un principio generale e dunque insuscettibile di applicazioni analogiche [12]. Siamo allora d'accordo sul fatto che, non essendo espressamente menzionata tra le attività lecite, la commercializzazione al dettaglio dei derivati della cannabis dovrà allora ritenersi penalmente rilevante, secondo il dettato del Testo Unico stupefacenti.

Fa propendere per questa conclusione anche l'accostarsi al testo legislativo del 2016 con **una interpretazione che tenga conto della ratio dell'intervento normativo**. Dalla lettura dei lavori preparatori non emerge infatti in alcun modo la volontà del legislatore di consentire la commercializzazione della marijuana e dell'hashish provenienti dalle coltivazioni lecite, e tale legge appare subito avere le caratteristiche di una normativa di settore, indirizzata esclusivamente al sostegno e allo sviluppo del comparto industriale della canapa.

Si può certo condividere la preoccupazione di chi in dottrina ha sottolineato che l'adozione, da parte delle Sezioni Unite, dell'orientamento più restrittivo costringerà alla chiusura di centinaia di esercizi commerciali in tutto il Paese e a limitare l'iniziativa economica di tali esercenti, sacrificandola sull'altare di una normativa ambigua, lacunosa e di difficile comprensione da parte della stessa giurisprudenza [13]. Cionondimeno, a noi pare che un tale esito si possa scongiurare esclusivamente attraverso **un intervento legislativo**, che manifesti una chiara volontà politica della maggioranza parlamentare di modificare il Testo Unico stupefacenti, nella direzione di **legalizzare la messa in commercio dei derivati della cannabis che presentino un basso livello di principio attivo THC**.

[1] Per un primo commento a questa decisione si veda M. Gambardella, *La legge n. 242 del 2016 e la liceità della commercializzazione dei prodotti ottenuti dalla coltivazione di cannabis sativa L. Per le Sezioni Unite la sostanza ceduta deve avere una reale efficacia drogante*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 10, pag. 3581 ss.; C.A. Zaino, G. Bulleri, [Osservazioni a prima lettura sulla sentenza delle Sezioni Unite sulla](#)

rilevanza penale della commercializzazione di prodotti derivati dalla Cannabis Sativa light, in *Giurisprudenza penale*, 14 luglio 2019.

[2] Per una utile chiarificazione dei termini cannabis, marijuana, hashish e una ricostruzione storica dello sviluppo della coltivazione e dell'industria della lavorazione della canapa nel nostro Paese si veda L. Miazzi, La coltivazione della canapa e reato? Una storia infinita tra canapa e marijuana, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2018, p. 105 ss.

[3] Cfr. l'ordinanza di rimessione Cass., Sez. IV, ord. 8 febbraio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 8654, Castignani, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M.C. Ubiali, Alle Sezioni Unite la questione della liceità della commercializzazione al dettaglio della "cannabis light", 7 marzo 2019.

[4] Cfr. art. 4, comma 7, l. n. 242/2016: «Il sequestro o la distruzione delle coltivazioni di canapa impiantate nel rispetto delle disposizioni stabilite dalla presente legge possono essere disposti dall'autorità giudiziaria solo qualora, a seguito di un accertamento effettuato secondo il metodo di cui al comma 3, risulti che il contenuto di THC nella coltivazione è superiore allo 0,6 per cento. Nel caso di cui al presente comma è esclusa la responsabilità dell'agricoltore».

[5] Cfr. Cass., Sez. IV, 19 settembre 2018, n. 57703, Durali; Cass., Sez. VI, 27 novembre 2018, n. 56737, Ricci; Cass., Sez. IV, 13 giugno 2018, n. 34332, Durante.

[6] Trib. Ancona, Sez. riesame, 27 luglio 2018, Rel. Sbano, in *www.giustizainsieme.it*; Trib. Rieti, Sez. riesame, 26 luglio 2018; Trib. Macerata, Sez. riesame, 11 luglio 2018; Trib. Asti, Sez. riesame, 4 luglio 2018.

[7] Cass., Sez. VI, 29 novembre 2018 (dep. 31 gennaio 2019), n. 4920, Castignani, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M.C. Ubiali, La Cassazione considera lecita la commercializzazione al dettaglio della c.d. cannabis light, 11 febbraio 2019.

[8] Cfr. Cass., Sez. III, 7 dicembre 2018, n. 10809, Totaro.

[9] Cfr. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2008 (dep. 10 luglio 2008), n. 28605, Di Salvia. Sull'applicazione giurisprudenziale, non univoca, del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite del 2008 si veda C. Bray, Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2016.

[10] Anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 109 del 2016, chiamata ad occuparsi della legittimità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, si è espressa a favore della validità del canone ermeneutico fondato sul principio di offensività, operante anche sul piano concreto, nel momento in cui il giudice proceda alla verifica della rilevanza penale di una determinata condotta. Per un commento a questa decisione cfr. L. Romano, Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa), in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016.

[11] Cfr. Cass., Sez. IV, ord. 8 febbraio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 8654, cit., par. 3.

[12] *Ibidem*.

[13] Cfr. B. Scarcella, Sulla liceità della "cannabis light": osservazioni in attesa di una pronuncia a Sezioni Unite, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2019, p. 233.

\* \* \* \* \*

**Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario “volontario” (art. 34-bis, co. 6, d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione**

Cass., Sez. un., sent. 26 settembre 2019 (dep. 19 novembre 2019),  
n. 46898, Pres. Carcano, est. Vessichelli

di Dario Albanese

1. Ancora una volta le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno dovuto prestare soccorso all’interprete smarrito nel dedalo del c.d. **codice antimafia**, la cui disciplina, soprattutto quella processuale, pone spesso dubbi ermeneutici assai consistenti, per via della sua laconicità.

Il contrasto interpretativo che i giudici di legittimità sono stati chiamati a dirimere concerneva **l’impugnabilità del provvedimento con cui il giudice della prevenzione neghi l’applicazione del controllo giudiziario richiesta da un’impresa destinataria di informazione antimafia interdittiva ex art. 34-bis, co. VI, d.lgs. 159/2011 (c.d. controllo giudiziario volontario)**.

Il tenore della disposizione appena richiamata, letta unitamente all’art. 27 d.lgs. 159/2011 – che reca la disciplina delle impugnazioni in materia di misure di prevenzione patrimoniali –, aveva fatto sorgere, sul punto, **due diversi orientamenti giurisprudenziali**. A un primo gruppo di pronunce che, contro il provvedimento reiettivo dell’istanza di controllo giudiziario “volontario”, riteneva esperibile il **ricorso per cassazione**, se ne contrapponeva infatti un secondo, il quale invece **non ammetteva alcun mezzo di impugnazione**.

Le Sezioni unite, dal canto loro, hanno indicato all’interprete una **terza via, maggiormente garantita**, che peraltro era stata già prospettata nell’ordinanza con cui la VI Sezione della Cassazione aveva rimesso la risoluzione del suddetto contrasto al massimo organo nomofilattico [1]. In particolare, è stato affermato che **l’impresa che si veda rigettare la richiesta di applicazione di controllo giudiziario formulata ai sensi dell’art. 34-bis, co. VI, d.lgs. 159/2011 può proporre ricorso alla Corte d’appello** (e, successivamente, anche ricorso per cassazione) [2]. Per giungere a tale soluzione, i giudici di legittimità, dopo un’attenta ricostruzione della disciplina di riferimento e della relativa evoluzione, hanno espressamente fatto ricorso all’**applicazione analogica** di una norma rinvenibile nel tessuto dell’art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011 [3], così facendo prevalere il **canone dell’uguaglianza** a un formale rispetto del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Oltre a quelli legati alla soluzione appena segnalata, la sentenza in esame presenta anche **altri profili di indubbio rilievo**, che in questa sede non ci si può esimere dal segnalare, sia pure brevemente. L’esame critico delle posizioni giurisprudenziali cui si è appena fatto cenno è infatti preceduto da alcune **interessanti considerazioni sulla ratio del “controllo giudiziario”** e, conseguentemente, sul **«percorso accertativo»** [4] **che il giudice deve seguire nel disporre l’applicazione**.

2. Le argomentazioni in diritto della sentenza in esame prendono l’abbrivio dalla **ricostruzione delle origini del “controllo giudiziario”**, oggi disciplinato dall’**art. 34-bis d.lgs. 159/2011**, punto di approdo di una **stratificazione normativa** che i giudici di legittimità definiscono subito come **tutt’altro che armonica** [5]. In questa sede, sembra utile ripercorrere brevemente l’**excursus** offerto dalle Sezioni unite, sia perché potrà risultare di interesse per il lettore, sia perché lo stesso ha condizionato i successivi snodi argomentativi.

L'art. 34-bis d.lgs. 159/2011 è di recentissima introduzione, avendo visto la luce con la riforma del c.d. codice antimafia operata con la **l. 17 ottobre 2017, n. 161** [6]. Tuttavia, già prima della novella il d.lgs. 159/2011 conosceva una forma di "controllo giudiziario", tratteggiata al **comma VIII dell'originario art. 34**, disposizione recante la disciplina dell'"**amministrazione giudiziaria**" [7]. Quest'ultima misura comportava e comporta tutt'ora una **diretta ingerenza nella gestione aziendale**, consistente nella «temporanea espromissione del proprietario dei beni e della azienda dall'esercizio dei propri poteri in quanto sostituito dal giudice delegato e dall'amministratore giudiziario» [8]. Proprio come oggi, però, già nella **versione originaria del c.d. codice antimafia** era previsto che l'"**amministrazione giudiziaria**" potesse sfociare, oltre che nella confisca dei beni ritenuti frutto o reimpiego di attività illecite, anche, alternativamente, nel "**controllo giudiziario**", misura più blanda che si declinava nell'**obbligo di informare, per un certo lasso di tempo, il questore e la polizia tributaria di determinati movimenti economici**.

Relativamente a questa applicazione del "**controllo giudiziario**" non era stato previsto alcun **mezzo di impugnazione**. Peraltro, nel redigere l'art. 34 d.lgs. 159/2011, il legislatore non aveva disciplinato neppure l'impugnabilità del provvedimento di confisca emesso all'esito all'"amministrazione giudiziaria", così mostrando una certa sordità rispetto all'insegnamento che, alcuni anni prima, era provenuto dalla Consulta. Nel 1995[9], infatti, il giudice delle leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3-*quiquies*, co. II, l. 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui non consentiva di proporre appello avverso il provvedimento di confisca emesso all'esito della "sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni" [10], misura precorritrice dell'odierna "amministrazione giudiziaria" [11]. Con questo intervento, la Corte costituzionale aveva inteso porre rimedio all'irragionevole disparità di trattamento cui erano soggetti i destinatari di un medesimo provvedimento – quello avente a oggetto la confisca di prevenzione – a seconda che esso fosse adottato in via ordinaria ovvero successivamente alla "sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni". Stando così le cose, all'indomani dell'emanazione del "codice antimafia" la giurisprudenza non poté che rinunciare a una rigorosa applicazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, onde non incappare in una violazione del principio di uguaglianza; pertanto, con un'operazione interpretativa costituzionalmente orientata, oggi etichettata quale "applicazione analogica" da parte delle Sezioni unite [12], ammise l'esperibilità del ricorso alla Corte d'appello anche contro la confisca disposta contestualmente alla revoca dell'amministrazione giudiziaria.

A tre anni dall'entrata in vigore del c.d. codice antimafia, tale soluzione era stata poi recepita dal legislatore, il quale peraltro ne aveva **esteso l'ambito di operatività**. Con il **d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153** [13], si era infatti previsto che i **tre gradi di giudizio** dovessero essere assicurati non solo quando all'"amministrazione giudiziaria" facesse seguito la confisca, ma anche nell'ipotesi alternativa, e cioè quando alla scadenza di quella misura patrimoniale venisse applicato il "**controllo giudiziario**". Anche contro il provvedimento applicativo di quest'ultima misura, dunque, poteva essere esperito il ricorso alla **Corte d'appello**.

Si arriva quindi alla **l. 17 ottobre 2017, n. 161**, che, **su quest'ultimo specifico punto, ha mantenuto in vita la soluzione legislativa del 2014**. Ciò che, come si vedrà, ha giocato un ruolo centrale nel ragionamento con cui le Sezioni unite hanno sbrogliato il contrasto interpretativo portato alla loro attenzione (cfr. *infra*, §6 e §7).

La recente riforma ha peraltro **radicalmente ridisegnato l'istituto del "controllo giudiziario"**, recidendo il cordone ombelicale che lo legava alla più severa "amministrazione giudiziaria". Con l'introduzione dell'**art. 34-bis d.lgs. 159/2011**, il "**controllo giudiziario**" è stato infatti elevato a **misura di prevenzione patrimoniale autonoma**, che può avere luogo indipendentemente da una previa applicazione dell'"amministrazione giudiziaria". Si è voluto in questo modo predisporre uno strumento che persegue le medesime finalità dell'"amministrazione giudiziaria"

– vale a dire il **“disinquinamento” di determinate aziende** [14] –, ma mediante un **intervento correttivo connotato da minore pervasività**, che **non comporta alcuna «ingerenza diretta nella gestione aziendale»** [15], sostanziandosi piuttosto in **una serie di prescrizioni e obblighi nei confronti del soggetto economico**. Questo «approccio [...] più *soft*» risulta giustificato dal «minor bisogno di intervento» [16] cui il **“controllo giudiziario”** intende far fronte, come emerge dal tenore degli artt. 34 e 34-*bis* del **“codice antimafia”** [17]. Da un lato, infatti, l’amministrazione giudiziaria viene applicata «quando [...] sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall’articolo 416-*bis* del codice penale o possa comunque agevolare l’attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24» [18] cod. ant., ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluni gravi reati (cfr. art. 34, co. 1, cod. ant.). Dall’altro lato, invece, **il controllo giudiziario trova applicazione quando la suddetta agevolazione «risulta occasionale»** [19], e «sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l’attività» (cfr. art. 34-*bis*, co. 1, d.lgs. 159/2011).

La recente riforma del 2017 ha inoltre introdotto un’importante peculiarità nella disciplina del **“controllo giudiziario”**, facendo di esso **l’unica misura di prevenzione che può essere applicata su istanza della parte privata che ne sarà destinataria** [20]. In particolare, il **comma 6 dell’art. 34-*bis* d.lgs. 159/2011** prevede che «possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l’applicazione del controllo giudiziario» [21] quelle imprese che, da un lato, siano state **«destinatari di informazione antimafia interdittiva»** ai sensi dell’art. 84, co. 4, d.lgs. 159/2011, e, dall’altro, **«abbiano proposto l’impugnazione del relativo provvedimento del prefetto»**. Solo a queste condizioni è possibile accedere al **c.d. controllo giudiziario volontario**, che in dottrina è stato icasticamente definito come «una moderna **“messa alla prova” aziendale**» [22]. Il vantaggio che ne deriva sta in ciò: ai sensi dell’art. 34-*bis*, co. 7, d.lgs. 159/2011, l’accoglimento della suddetta richiesta determina **la sospensione degli effetti prodotti dall’interdittiva antimafia** di cui all’art. 94 d.lgs. 159/2011. Conseguentemente, l’azienda può tornare ad avere rapporti con la pubblica amministrazione.

3. Ricostruito l’assetto normativo oggi vigente, i giudici di legittimità osservano che l’**“amministrazione giudiziaria”** e il **“controllo giudiziario”**, anche quello **“volontario”**, perseguono una **finalità diversa rispetto alla confisca** disciplinata dall’art. 24 del c.d. codice antimafia, mirando «non alla rescissione del rapporto col proprietario», bensì **«al recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo»** [23]. Si è così venuto a delineare quello che, richiamando un precedente arresto della Cassazione [24], le Sezioni unite definiscono come un **«sotto-sistema omogeneo»**, che si affianca alle misure ablativo del sequestro e della confisca.

Di qui, come già anticipato in premessa (v. *supra*, §1), il discorso argomentativo dei giudici di legittimità si dipana verso alcune riflessioni riguardanti il tipo di **accertamento che il giudice della prevenzione è chiamato a compiere in sede di applicazione delle suddette misure**.

Anzitutto, si osserva che l’**“amministrazione giudiziaria”** e il **“controllo giudiziario”** richiedono la verifica delle **«condizioni oggettive»** descritte agli artt. 34 e 34-*bis* d.lgs. 159/2011, consistenti nel **«grado di assoggettamento dell’attività economica alle descritte condizioni di intimidazione»** e nella **«agevolazione [delle] persone pericolose [...] indicate nelle fattispecie»** [25]. Ciò constatato, si osserva poi che una qualche **valutazione “retrospettiva”** appare imprescindibile **anche quando la richiesta di applicazione del “controllo giudiziario” provenga dalla parte privata** (c.d. controllo volontario). Distanziandosi da una proposta ermeneutica

recentemente avanzata in giurisprudenza [26], i giudici di legittimità affermano dunque che **in materia di controllo giudiziario “volontario” l’accertamento “retrospettivo” «non scolora del tutto»** [27]. Del resto, l’art. 34-*bis*, co. VI, d.lgs. 159/2011 prevede che il tribunale debba accogliere la richiesta della parte privata solo laddove «ne ricorrano i **presupposti**», e questi ultimi sono **«necessariamente comprensivi della occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi»** [28]. L’insussistenza di questo presupposto, ed eventualmente l’esistenza «di una situazione più compromessa», *possono* (sul punto v. *infra*, §9) infatti determinare «il rigetto della domanda e magari l’accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria o di altra ablativa» [29].

Tuttavia, secondo i giudici di legittimità, **l’accertamento che il giudice della prevenzione è chiamato a compiere non ha carattere meramente “diagnostico”**. Egli, infatti, deve *soprattutto* vagliare le **«concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano»** [30]. Il primo accertamento, consistente in una **fotografia dello «stato di condizionamento e di infiltrazione»**, non è quindi fine a sé stesso, ma risulta **funzionale a valutare le possibilità che la realtà aziendale ha di affrancarsene**, grazie all’applicazione di una determinata misura patrimoniale. E ciò, sottolineano i giudici, vale soprattutto **quando si ha a che fare con il c.d. controllo volontario**.

4. Si arriva dunque all’esame della questione controversa, ma non senza prima aver sottolineato le vistose **lacune** che il d.lgs. 159/2011 presenta in punto di **impugnabilità** dei decreti che accolgono, rigettano o revocano l’applicazione dell’“amministrazione giudiziaria” e del “controllo giudiziario”. Se in relazione a una serie di provvedimenti concernenti il sequestro e la confisca di prevenzione, nonché la cauzione, il legislatore ha provveduto a disciplinare i mezzi di impugnazione esperibili (art. 27 d.lgs. 159/2011) rinviando alle previsioni dettate per le misure di prevenzione personali (art. 10 d.lgs. 159/2011), lo stesso non è avvenuto nell’ambito degli artt. 34 e 34-*bis* d.lgs. 159/2011. In questo ambito, infatti, come si è visto sopra (§2), è stata espressamente prevista **soltanto l’impugnabilità, ai sensi dell’art. 27 d.lgs. 159/2011, del “controllo giudiziario” applicato in sede di revoca dell’“amministrazione giudiziaria” (art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011)**, e ciò grazie all’intervento del 2014, poi confermato dal legislatore del 2017.

Di fronte a queste lacune, le Sezioni unite anticipano subito di ritenere che la **questione controversa** debba essere colmata facendo richiamo alla **disciplina dell’art. 27 d.lgs. 159/2011**. In altri termini, si afferma che anche il **rigetto dell’istanza di “controllo giudiziario volontario”** debba soggiacere alla **disciplina dei mezzi di impugnazione dettata per le misure personali** (art. 10 d.lgs. 159/2011), cui l’art. 27 d.lgs. 159/2011 rinvia, disciplina ritenuta espressiva di un **«principio generale sotteso» all’intero «sistema delle impugnazioni delle misure di prevenzione»** [31].

D’altro canto, tale soluzione non poteva certo dirsi inaspettata una volta giunti a questo punto della pronuncia. Anzi, gli snodi argomentativi sopra ripercorsi le avevano ampiamente preparato il terreno. In particolare, si può osservare che militavano a sostegno della soluzione poi fornita: a) la **critica all’evoluzione normativa delle misure di prevenzione**, la cui disorganicità impone all’interprete di individuare soluzioni talvolta **«inespresse»** [32]; b) la constatazione del fatto che in passato la giurisprudenza è già stata chiamata ad applicare **analogicamente le disposizioni dettate dal legislatore per le impugnazioni in materia di misure patrimoniali** (v. *supra*, §2) [33]; c) l’**omogeneità** propria di quel **“sotto-sistema”** formato dagli artt. 34 e 34-*bis* d.lgs. 159/2011 (v. *supra*, §3), che suggerisce di adottare soluzioni il più possibile uniformi [34].

5. Come si è già accennato (v. *supra*, §1), un **primo orientamento** giurisprudenziale riteneva che contro il provvedimento reiettivo dell'istanza di "controllo giudiziario volontario" fosse esperibile il **ricorso per cassazione** [35]. Tale conclusione veniva argomentata osservando che l'art. 34-*bis*, co. VI, d.lgs. 159/2011 prevede che il giudice si pronunci sulla richiesta avanzata dalla parte privata seguendo le forme di cui all'art. 127 c.p.p. e il rinvio a questa disposizione, si diceva, avrebbe portato con sé l'applicabilità del relativo **comma VII**, che consente di esperire il **ricorso per cassazione avverso le ordinanze pronunciate nei procedimenti in camera di consiglio**. Si negava invece la possibilità di proporre ricorso alla Corte d'appello, e ciò in ossequio al **principio di tassatività dei mezzi di impugnazione**. All'interno di questo filone, poi, alcune pronunce precisavano che il ricorso per cassazione non fosse esperibile per tutti i motivi di cui all'art. 606 c.p.p., ma **solo per violazione di legge**, come del resto è previsto, in generale, nell'ambito del processo di prevenzione personale e patrimoniale.

Le Sezioni unite criticano questo approccio ermeneutico osservando che il **richiamo all'art. 127 c.p.p. non implica, di per sé, l'esperibilità del ricorso per cassazione** [36]. Al riguardo, viene richiamato un risalente arresto delle Sezioni unite in cui, in termini generali, si era appunto affermato che il «rinvio all'art. 127 cod. proc. pen. operato in altre norme dello stesso codice con la formula "secondo le forme previste" o con altre equivalenti riguarda *le regole di svolgimento dell'udienza camerale, ma non implica, di per sé, la ricezione completa del modello procedimentale descritto in questa norma, ivi compreso il ricorso in sede di legittimità*, tanto che per diverse disposizioni contenenti tale rinvio il legislatore ha previsto espressamente quel rimedio» [37].

Inoltre, si è osservato che la delimitazione dei motivi di ricorso per cassazione alla sola violazione di legge finiva, contraddittoriamente, per riconoscere all'art. 10 d.lgs. 159/2011 «quella valenza di norma generale e di sistema che si [voleva] contemporaneamente disconoscere» [38].

6. **L'inapplicabilità dell'art. 127, co. VII, c.p.p.**, avallata dalle Sezioni unite, era peraltro posta a fondamento dell'**opposto indirizzo interpretativo**, secondo cui il richiamo alla disciplina del procedimento in camera di consiglio doveva appunto intendersi come riferito unicamente alle *forme dell'udienza camerale*. Muovendo da questa premessa, veniva richiamato, ancora una volta, il **principio di tassatività dei mezzi di impugnazione**, e per il suo tramite si giungeva a ritenere che, contro il diniego di "controllo giudiziario volontario", la parte istante non avesse **alcun rimedio** a propria disposizione [39]. Del resto, si osservava, il legislatore del 2017, nel dar forma al "controllo giudiziario volontario", non ha introdotto, relativamente a esso, alcun mezzo di impugnazione, avendo invece contestualmente previsto l'esperibilità dell'appello contro il "controllo giudiziario" applicato in sede di revoca dell'"amministrazione giudiziaria" (art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011). Di qui, si inferiva una precisa volontà del legislatore nel senso di escludere l'impugnabilità del provvedimento di rigetto della richiesta di applicazione del c.d. controllo giudiziario volontario.

Le Sezioni unite replicano prontamente a quest'ultimo argomento, osservando che la disciplina dei mezzi di impugnazione esperibili avverso il "controllo giudiziario" applicato in sede di revoca dell'"amministrazione giudiziaria" non proviene dalla mano del legislatore del 2017. Questi, infatti, si è limitato a riscrivere l'art. 34 d.lgs. 159/2011 recependo la soluzione già introdotta nel 2014 (cfr. *supra*, §2), e senza contestualmente occuparsi della disciplina dei mezzi di impugnazione [40]. Alla luce di tale rilievo, si osserva che **sarebbe decisamente affrettato inferire dalla normativa vigente delle precise scelte del legislatore**.

Al contrario, secondo il massimo consesso di Piazza Cavour, in questa materia **il legislatore non è stato «volutamente silenzioso», ma anzi ha parlato «in maniera occasionale e poco coerente», facendo sorgere l'impressione di aver disciplinato in un certo modo alcune fattispecie e di essersi invece disinteressato di altre a esse «analoghe»** [41]. Di qui, la

possibilità di ricorrere, nella materia oggetto di contrasto giurisprudenziale, all'**interpretazione analogica ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c.**

7. Alla luce delle suddette considerazioni, **le Sezioni unite valorizzano l'art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011 in senso radicalmente opposto a quello suggerito dall'orientamento da ultimo esaminato.** In particolare, si osserva che, interpretando acriticamente le disposizioni vigenti, si dovrebbe giungere ad affermare che il "controllo giudiziario" è «appellabile se emesso all'esito della procedura della amministrazione giudiziaria e non impugnabile se emesso in modo autonomo da quella» [42]. Una siffatta conclusione sarebbe evidentemente **irragionevole** e foriera di **disparità di trattamento**; pertanto, l'interprete è tenuto ad **applicare analogicamente l'art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011** (che rinvia all'art. 27 d.lgs. 159/2011) anche ai **provvedimenti applicativi del "controllo giudiziario" in via "autonoma"**.

Secondo le Sezioni unite, la stessa prospettiva analogica può peraltro investire **anche i provvedimenti che rigettano la richiesta di "controllo giudiziario volontario"**, oggetto della *querelle* giurisprudenziale, e ciò in quanto, diversamente, gli interessi della parte privata riceverebbero un trattamento deteriore rispetto a quello riservato alla parte pubblica [43].

Ma i giudici di legittimità si spingono anche oltre: per fugare ulteriori possibili dubbi, affermano infatti che, trattandosi di **misure riconducibili a «un unico sotto-sistema», tutte «le decisioni del tribunale sulle richieste in tema di controllo giudiziario» e «sulla ammissione alla amministrazione giudiziaria» devono ritenersi assoggettate «al mezzo di impugnazione generale previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 159/2011», non potendosi tollerare «ingiustificate aporie normative» a fronte di «effetti incisivi del tutto assimilabili su beni e interessi omogenei» [44].**

\* \* \*

8. La sentenza in esame è frutto di sforzi ricostruttivi e interpretativi notevoli e sicuramente apprezzabili, che conducono a una **soluzione indubbiamente condivisibile.**

In sede di commento all'ordinanza con cui la VI Sezione della Corte di cassazione aveva sottoposto alle Sezioni unite la questione oggi risolta, avevamo avuto modo di osservare che **la decisione del massimo consesso avrebbe fatto luce ben oltre lo specifico quesito formulato dai giudici di legittimità**, posto che **dubbi interpretativi** avvolgevano anche i **provvedimenti che applicano il "controllo giudiziario" di cui all'art. 34-bis d.lgs. 159/2011** [45]. E in effetti, come visto [46], **le Sezioni unite hanno restituito delle direttive valide per tutti i provvedimenti con cui il giudice della prevenzione si pronuncia sulle richieste di applicazione del controllo giudiziario e altresì sui provvedimenti relativi all'amministrazione giudiziaria.**

La soluzione offerta dai giudici di legittimità adotta la prospettiva che chi scrive aveva ritenuto auspicabile. Partendo da un'analisi del disposto di cui all'**art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011**, ci era infatti sembrato che **l'unica soluzione rispettosa del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)** fosse quella di riconoscere **l'operatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 27 d.lgs. 159/2011 anche in caso di applicazione del "controllo giudiziario" in via "autonoma"** (*i. e.* non contestuale alla revoca dell'amministrazione giudiziaria) [47]. Si tratta di un'impostazione che peraltro era stata richiamata, condivisa e ulteriormente sviluppata in dottrina [48].

**Proprio nell'art. 34, co. VI, d.lgs. 159/2011**, le Sezioni unite hanno scovato una **norma in grado di illuminare casi analoghi a quello disciplinato** e, coraggiosamente, l'hanno impiegata per risolvere il contrasto interpretativo portato alla loro attenzione (e non solo), facendo prevalere il **canone dell'uguaglianza** sul principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, il quale, se applicato rigidamente, avrebbe condotto a **soluzioni sicuramente inique.**

9. Come si è visto, il massimo organo nomofilattico ha però fornito preziose indicazioni anche in relazione al **tipo di accertamento** che il giudice della prevenzione è chiamato a compiere in sede di **applicazione del c.d. controllo giudiziario volontario**. Particolarmente degni di interesse ci sembrano i passaggi motivazionali in cui **si pone l'accento sulla verifica**, di natura **prognostica**, che il tribunale deve effettuare in merito all'**idoneità del "controllo giudiziario volontario" a far rientrare l'azienda destinataria nell'alveo di un «contesto economico sano»** [49]. Si tratta di un'impostazione ermeneutica che ci sembra in linea con quella dottrina (cfr. C. Visconti, [Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 23 settembre 2019) che, prendendo le distanze da un modello, emerso in alcune pronunce, definito «retrospettivo-stigmatizzante», ne ha patrocinato uno differente, anch'esso noto al panorama giurisprudenziale, di tipo «**prospettico-cooperativo**» [50].

Si badi: come già detto [51], secondo le Sezioni unite il **giudice della prevenzione deve volgere lo sguardo al passato anche quando l'applicazione del "controllo giudiziario" sia sollecitata dalla parte privata**. Si è infatti ritenuto che **tra i «presupposti» di cui l'art. 34-bis, co. VI, d.lgs. 159/2011 richiede l'accertamento debba farsi rientrare anche l'«occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi»** cui fa riferimento il I comma della medesima disposizione [52]. Tuttavia, se non interpretiamo male, quello retrospettivo sembra rappresentare un accertamento dal peso specifico ben inferiore rispetto a quell'altro, di tipo prognostico, riguardante le possibilità che l'applicazione del "controllo giudiziario" abbia un effetto "disinquinante" su una determinata realtà aziendale. Nella sentenza in esame si legge infatti che **l'insussistenza della suddetta "occasionalità" e la presenza «di una situazione più compromessa possono» – e non già devono – «comportare il rigetto della domanda e magari l'accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria»** [53]. Alla luce di questo passaggio, **parrebbe dunque che la presenza di un'agevolazione di tipo non occasionale non sia, di per sé, ostativa all'applicazione del "controllo giudiziario volontario"**. In definitiva, sembra allora potersi dire, con le parole dell'Autore sopra richiamato, che **«la verifica dei "presupposti" postulata dalla legge va [...] calibrata su una valutazione che abbia il suo fulcro nella praticabilità di un programma di "bonifica" dell'azienda istante, ossia un programma volto a rendere l'ente economico sufficientemente presidiato dal rischio di infiltrazioni mafiose. [...] E così, non va escluso a priori che in una situazione in cui è stata rilevata una forma di "agevolazione stabile", l'azienda si presenti tuttavia potenzialmente in grado di liberarsi dalla commistione di interessi mafiosi»** [54].

Anche questa prospettiva, che a chi scrive sembra avallata da alcuni passaggi della sentenza in commento, deve essere salutata con favore, perché si sforza di rendere il più possibile "sostenibile" la prevenzione patrimoniale, orientandola verso il minor sacrificio necessario.

[1] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, ord. 15 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), n. 24661, Pres. Fidelbo, Rel. Costanzo, §1.3 del "considerato in diritto", in *Dir. Pen. Cont.*, 13 giugno 2019, con nota di D. Albanese, [Alle Sezioni Unite una questione in tema di "controllo giudiziario delle aziende" ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011: appello, ricorso per cassazione o nessun mezzo di impugnazione?](#)

[2] Questo il principio di diritto affermato al §6 del "considerato in diritto" della sentenza in esame: «Il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ex art. 34-bis, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito».

[3] Cfr. §4.3 del "considerato in diritto" della sentenza in esame.

[4] Cfr. § 2.5 del "considerato in diritto" della sentenza in esame.

- [5] Cfr. §2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [6] Per una panoramica sulle novità apportate da questa riforma cfr. l’efficace sintesi di S. Finocchiaro, [La riforma del codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d’insieme alle modifiche appena introdotte](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 3 ottobre 2017.
- [7] L’art. 34 d.lgs. 159/2011 è oggi rubricato “l’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende”. Sul «cuore antico» di questa giovane misura cfr., in dottrina, G. Tona – C. Visconti, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Leg. Pen. (web)*, 14 febbraio 2018, §5.
- [8] Cfr. §2.3 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [9] Cfr. Corte cost., 8 novembre 1995 (dep. 20 novembre 1995), n. 487.
- [10] La “sospensione temporanea dall’amministrazione dei beni” era disciplinata dagli artt. 3-*quater* e 3-*quinquies* della l. 31 maggio 1965, n. 575, disposizioni introdotte dall’art. 24 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306.
- [11] Cfr. §2.1 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [12] Cfr. §2.2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [13] Cfr., in particolare, l’art. 5, co. 1, lett. *a*), che aveva modificato l’art. 34, co. 7, d.lgs. 159/2011.
- [14] Cfr. §2.3 del “considerato in diritto” della sentenza in esame. In dottrina cfr. T. Alesci, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giur. it.*, 2018, VI, p. 1518 ss., §2.
- [15] Così G. Tona – C. Visconti, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, cit., § 5.2.
- [16] Per questa e la precedente citazione cfr. F. Balato, [La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all’art. 34-bis codice antimafia](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 12 marzo 2019, p. 64.
- [17] Si tratta, comunque, di disposizioni «di non facile lettura», come osserva M. Bontempelli, [L’accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 11 luglio 2018, p. 10.
- Secondo C. Visconti, [Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l’esempio milanese \(working paper\)](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 20 gennaio 2012, p. 3, l’amministrazione giudiziaria *ex art. 34 cod. ant.* rappresenta un istituto «sotto-utilizzato nella prassi anche a causa di una trama normativa che certamente non brilla per chiarezza quanto a portata e scopi della procedura».
- [18] Cfr. art. 34, co. I, d.lgs. 159/2011.
- [19] In questo senso si esprimono le Sezioni unite al §2.3 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [20] Cfr. C. Visconti, [Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 23 settembre 2019, p. 1.
- [21] Si badi, però, che tale richiesta può riguardare solo il controllo giudiziario di cui all’art. 34-*bis*, co. 2, lett. *b*), cod. ant., cui consegue la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario.
- [22] Cfr. C. Visconti, [Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose](#), cit.
- [23] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [24] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 2019, n. 29487, §2.1 del “considerato in diritto”, secondo cui «le disposizioni contenute nell’articolo 34 e nell’art. 34-*bis* del d.lgs. n.159 del 2011 vanno “lette insieme” in quanto rappresentano – nelle intenzioni del legislatore – un “sotto-sistema” con pretese di omogeneità».
- [25] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.

- [26] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame, ove i giudici di legittimità richiamano Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 2019, n. 29487.
- [27] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [28] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [29] Per questa e la precedente citazione cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [30] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [31] Per questa e la precedente citazione cfr. §2.6 del “considerato in diritto”.
- [32] Cfr. §2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [33] Cfr. §2.2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame. Sul punto, cfr. anche §4.1 del “considerato in diritto” della sentenza in esame, ove le Sezioni unite illustrano ulteriori interessanti precedenti in cui la giurisprudenza avrebbe fatto ricorso all’applicazione analogica in relazione ai mezzi di impugnazione esperibili in materia di misure di prevenzione patrimoniali.
- [34] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [35] In questo senso cfr. Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2018, n. 34526; Cass. pen., Sez. II, 13 febbraio 2019, n. 18564; Cass. pen., Sez. II, 14 febbraio 2019, n. 17451; Cass. pen., Sez. II, 12 aprile 2019, n. 31280.
- [36] Cfr. §4.1 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [37] Così è massimata Cass. pen., Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 17, Rv. 191786-01 (corsivi aggiunti).
- [38] Cfr. §4.1 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [39] In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 22889; Cass. pen., Sez. VI, 9 maggio 2019, n. 26342.
- [40] Cfr. §4.2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [41] Per le citazioni contenute in questo periodo cfr. §4.2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [42] Cfr. §4.2 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [43] Cfr. §4.3 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [44] Per le citazioni contenute in questo periodo cfr. §5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame (corsivi aggiunti).
- [45] Cfr. D. Albanese, [Alle Sezioni Unite una questione in tema di “controllo giudiziario delle aziende” ex art. 34-bis...](#), cit., §9.
- [46] Cfr. *supra*, §7.
- [47] Cfr. D. Albanese, [Alle Sezioni Unite una questione in tema di “controllo giudiziario delle aziende” ex art. 34-bis...](#), cit., §10.
- [48] Cfr. G. Francolini, [Questioni processuali in tema di applicazione del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lgs. 159/2011](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 25 settembre 2019, pp. 12-13.
- [49] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [50] Per questa e la precedente citazione cfr. C. Visconti, [Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose](#), cit., p. 5. Cfr. anche p. 5 ss. per i richiami giurisprudenziali.
- [51] Cfr. *supra*, §3.
- [52] Cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [53] Per questa e la precedente citazione cfr. §2.5 del “considerato in diritto” della sentenza in esame.
- [54] Cfr. C. Visconti, [Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose](#), cit., p. 15. Così prosegue, efficacemente,

l'Autore: «Pensiamo, ad esempio, a un'impresa di grandi o anche medie dimensioni che risulta condizionata stabilmente da interessi mafiosi nella selezione dei fornitori: basterà, in tal caso, individuare le persone fisiche responsabili ed estrometterle definitivamente dalla gestione, dotare l'organizzazione aziendale di un efficace corpo procedurale con relative unità funzionali dedicate alla qualificazione e analisi delle controparti, nonché monitorare nel tempo il funzionamento effettivo delle soluzioni adottate ai fini preventivi».

\* \* \* \* \*

**Le Sezioni unite sulla rilevanza penale della copia di atto pubblico inesistente: sussiste falso materiale in caso di "apparenza di originalità" (e anche di semplice "idoneità documentativa"?)**

*Cass., Sez. un., sent. 28 marzo 2019 (dep. 7 agosto 2019), n. 35814, Pres. Carcano, Est. De Amicis, ric. Marcis*

di Francesco Lazzeri

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, le Sezioni unite affrontano la questione dei profili di rilevanza penale, ai sensi dei delitti di falso, della **formazione di copia di un atto pubblico in realtà inesistente**.

Al quesito diretto posto dalla Sezione rimettente – relativo alla possibilità di ravvisare in tale condotta il reato di **falso materiale** – viene data una risposta a prima vista altrettanto lineare – **insussistenza del reato**, «salvo che la copia assuma l'apparenza di un atto originale».

La **apparente semplicità del principio di diritto** testualmente enucleato dalla stessa Corte, con una formulazione che sembra anche soddisfare istanze di utilizzabilità nella prassi, impone però **due caveat**. Da un lato, si avverte che la soluzione offerta arriva al termine di una **argomentazione complessa**, segnata da snodi concettuali sottili e continui richiami a problemi trasversali della disciplina codicistica in tema di falsi, notoriamente tra le più complicate della parte speciale; dall'altro lato, preme invitare alla **cautela nell'applicazione automatica di tale principio**, posto che ad avviso di chi scrive le conclusioni cui giunge la Corte in motivazione non sono esattamente coincidenti con il medesimo, ma anzi ne differiscono in misura apprezzabile – o quantomeno sufficiente, ci pare, per condurre a conseguenze diverse sul piano concreto a seconda della *regula iuris* che si scelga di invocare.

Cerchiamo quindi di ripercorrere il ragionamento delle Sezioni Unite per poi svolgere alcune considerazioni sulla portata della decisione rispetto alla casistica di riferimento.

2. Nella **vicenda concreta** all'attenzione della Corte si procedeva per il delitto di falso materiale di cui agli artt. **476 e 482 c.p.** in relazione alla formazione, da parte di un privato, della falsa copia di un provvedimento amministrativo inesistente.

L'imputato era interessato alla stima di un terreno di proprietà della società da lui amministrata, in vista di una possibile concessione a terzi a titolo di *leasing*: al fine di ottenere una valutazione più favorevole, incaricava un collaboratore di rivolgersi all'ufficio tecnico del Comune presentando una **fotocopia** – creata dallo stesso amministratore – **che riproduceva un permesso di costruire** per quel lotto apparentemente rilasciato dal medesimo Comune, ma **in realtà inesistente**.

A fronte di tale ricostruzione dei fatti, l'imputato veniva **condannato in primo grado ma assolto dalla Corte d'appello**, che riteneva penalmente irrilevante la falsificazione di un atto presentato e utilizzato come fotocopia. Dei ricorsi proposti da procuratore generale e parte civile (il capo dell'ufficio tecnico del Comune) veniva investita la **Sezione V della Cassazione**, che a sua volta – rilevato un contrasto tra due orientamenti pretori posti rispettivamente alla base della pronuncia di secondo grado e delle censure dei ricorrenti – **richiedeva l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite** [1].

3. Per rispondere alla questione «*se la formazione di una copia di un atto inesistente integri o meno il reato di falso materiale*», le Sezioni Unite muovono appunto dall'**esposizione della controversia giurisprudenziale** che ha giustificato la rimessione.

Nel loro nucleo essenziale, le posizioni emerse in seno alla Cassazione possono raggrupparsi in **due orientamenti** principali.

3.1. Il **primo** indirizzo **esclude** generalmente la configurabilità del delitto di falso materiale in atto pubblico in caso di formazione di un **atto presentato come copia** (di solito, come fotocopia) di un documento originale in realtà inesistente; residua invece la **rilevanza penale** della condotta qualora l'atto creato *ex novo* **appaia esso stesso il documento originale oppure una copia autentica** del medesimo (munita cioè di attestazione di conformità).

In verità, all'interno di tale filone si ritiene talora integrato il falso materiale nell'ulteriore ipotesi in cui la **copia** – pur apparendo tale – risulti comunque **“idonea a documentare nei confronti di terzi l'esistenza di un originale conforme”**: tuttavia, notano le Sezioni Unite, a fronte di tale affermazione di principio, in concreto si finisce sempre per richiedere la presenza di requisiti formali assimilabili, **di fatto**, a quelli di una **copia autentica**.

L'impostazione descritta fa spesso leva sull'assunto per cui **la copia semplice**, intesa come mera riproduzione meccanica, è **sprovvista** di quella **funzione probatoria** che l'ordinamento riconosce appunto, oltre che al documento originale, alla sola copia autentica. **Manca l'offesa**, dunque, al bene giuridico protetto dai delitti di falso, vale a dire la pubblica fede, che per definizione nessuno ripone in tali atti; i **connotati decettivi** della condotta di uso della copia contraffatta potranno semmai rilevare ai sensi del **delitto di truffa**.

3.2. Un **secondo** indirizzo, più rigoroso, afferma invece la **responsabilità per falso materiale** nei casi in cui il documento falsamente formato sia sì **presentato come copia**, ma **diretto** – in termini oggettivi oltre che nelle intenzioni dell'agente – **ad attestare l'esistenza e gli effetti probatori di un documento** al contrario inesistente.

Creare artificialmente l'apparenza dell'esistenza di un atto pubblico sarebbe sufficiente a determinare una **lesione della fede pubblica**. Ciò perché l'offesa tipica nei delitti di falso non presuppone un intervento materiale su un documento originale: questo può anzi non esistere in radice e l'affidamento collettivo essere nondimeno tradito **per il solo fatto della falsa rappresentazione della realtà fornita da altro documento** (nei casi in esame, la fotocopia) in cui si riscontri concreta capacità decettiva; in ogni caso – si aggiunge – deve considerarsi come la formazione della **(falsa) copia presupponga naturalisticamente** la formazione materiale di un atto pubblico da utilizzare come **(falso) originale**.

4. Come desumibile da questo inquadramento e come già osservato nell'ordinanza di rimessione – ma non specificato nel quesito rivolto alle Sezioni unite – un **contrasto effettivo** riguarda **solo una particolare ipotesi**: non la generalità dei casi in cui sia stata formata copia di un atto

inesistente, ma il caso in cui **l'atto falsamente formato sia presentato e utilizzato proprio come copia**.

Infatti, se la copia viene fatta figurare come originale o come copia autentica, è opinione condivisa che l'autore possa rispondere di falso. Diverso invece **se la copia viene prodotta ed esibita come tale** – evidentemente, **al fine di dimostrare l'esistenza di un originale** e di avvalersi degli effetti che discenderebbero da questo. È qui che le conclusioni divergono: il falso materiale non sussiste per il primo indirizzo, che fa leva sulla intrinseca inidoneità di un documento che appare come copia (semplice, e non autentica) a svolgere la funzione probatoria riservata all'originale; al contrario, il reato è configurabile alla stregua del secondo indirizzo, che attribuisce rilievo al «dato sostanziale» che l'utilizzo della copia induca a ritenere esistente l'atto pubblico, a prescindere dalla circostanza che sia stata falsificata anche l'attestazione di conformità.

5. Così impostato il problema, vediamo con quali passaggi logici viene risolto dalle Sezioni unite. Una **prima parte del ragionamento** (§ 5 del “considerato in diritto” e relativi sotto-paragrafi) è dedicata a dimostrare la correttezza della scelta di inquadrare la questione, almeno a livello astratto, nell'ambito delle **falsità materiali**, della cui **area di tipicità** viene data una ricostruzione generale; in un **secondo momento** (§ 6 e relativi sotto-paragrafi), alla stregua delle indicazioni in tal modo ricavate, la Corte procede a individuare le **ipotesi di rilevanza penale delle condotte in esame**, operando alcuni distinguo all'interno delle tesi già esposte e soppesandone gli argomenti.

6. Le condotte che costituiscono il **fatto tipico di falso materiale** possono consistere, ai sensi dell'art. 476 c.p., nella contraffazione o nella alterazione di un atto.

Se l'alterazione si spiega facilmente come la modifica non consentita (mediante aggiunte, cancellature, etc.), da parte di terzi o dello stesso autore, di un documento preesistente in origine genuino (in cui cioè coincidono autore reale e autore apparente), più **articolata** risulta la **nozione di contraffazione**.

Sono almeno tre, infatti, le possibili modalità realizzative della condotta: *i) contraffazione della firma* (con cui si attribuisce apparentemente l'atto a un autore diverso da quello reale: caso classico di non “genuinità”); *ii) contraffazione di data e luogo* (dove la discordanza tra apparenza e realtà riguarda appunto estremi identificativi diversi dalla paternità dell'atto); *iii) formazione di un atto prima inesistente*.

È questa l'ipotesi di maggiore interesse ai nostri fini. **Non necessariamente ricorre quando è compromessa la “genuinità” dell'atto**, intesa nel significato tradizionale di divergenza tra autore apparente e autore reale: può commettere falso materiale – oltre al privato, *ex art. 482* – anche il pubblico ufficiale, in astratto competente, che appone la firma all'atto da lui stesso creato *ex novo*, se questo è stato **formato in assenza dei necessari presupposti di fatto** (qui le Sezioni unite riportano l'altrettanto classico esempio del cancelliere che redige verbale di una udienza mai celebrata).

In casi del genere, infatti, il **nucleo essenziale della condotta**, che ne fonda il disvalore, sta nel **far «apparire come esistente un atto che in realtà non è stato mai formato»** – fermo restando che, come previsto dall'art. 476, la condotta può riguardare l'atto nella sua interezza o anche in una sua parte. Più in generale, come si ricaverebbe anche dall'art. 478, il falso materiale può ritenersi integrato nelle ipotesi in cui **l'autore crea un documento** (giuridicamente rilevante) **che non doveva sorgere**, vuoi perché è la (falsa) copia autentica di un originale inesistente (così appunto l'art. 478), vuoi – a maggior ragione – perché **si conferisce esistenza documentale a un atto in realtà inesistente** (questa la condotta punita dall'art. 476).

A questo punto, il ragionamento prosegue con alcune **precisazioni circa gli elementi di fatto necessari per la configurabilità del falso materiale**. Sintetizzando alcune pagine di motivazione, può dirsi che: *i*) in assenza di riferimenti nel testo della norma, la rilevanza della condotta **non** è subordinata a una indagine sulla **conformità** dell'atto risultante dalla modifica a un **preesistente dato naturalistico** (tanto che, di regola, è integrato il reato anche qualora l'autore abbia inteso ristabilire un errore originario); *ii*) per lo stesso motivo, la tipicità del fatto **non** dipende dalla **natura probatoria dell'atto oggetto di falsificazione** (mentre che «l'atto [sia] destinato a provare la verità» di taluni fatti è elemento essenziale del delitto di falso ideologico *ex art.* 479); *iii*) un falso materiale **può sussistere anche se il rapporto giuridico documentato nell'atto non è valido o addirittura è inesistente alla stregua di una valutazione della realtà effettiva**, perché a escludere il reato concorrono solo i vizi «inerenti all'atto quale appare dopo l'avvenuta falsificazione», e non quelli risultanti dalla condotta stessa di falsificazione (altrimenti, almeno nelle ipotesi *ex art.* 482 si dovrebbe sempre escludere la responsabilità penale, data la carenza assoluta di potere del privato rispetto alla formazione di atti pubblici); ai fini dell'offesa alla pubblica fede **assume rilievo decisivo la semplice apparenza di validità**, nel senso che l'atto risulta «“idoneo a provare la sussistenza sia pure apparente, nei confronti dei terzi, della situazione documentata”» [2].

7. Così tracciati i confini di tipicità del falso per contraffazione, le Sezioni unite riconoscono che **il fatto penalmente rilevante può essere commesso attraverso qualsiasi strumento materiale** – dunque anche mediante formazione di una falsa copia –, e passano all'**esame degli orientamenti emersi** in relazione ai profili di rilevanza penale di tale condotta.

7.1. Anzitutto, **non convince** le Sezioni unite la tesi, caratteristica del primo indirizzo, che ritiene configurabile il falso materiale solo alla **ulteriore condizione che la fotocopia sia corredata da attestazione di conformità**, quale presupposto indispensabile affinché la copia possa produrre effetti giuridici [3].

La Corte vi ravvisa infatti il rischio di una **duplice sovrapposizione di piani**: da un lato, richiedere l'autenticazione ai fini della sussistenza del reato significa **modificare la fattispecie di riferimento**, trasformandola in una ipotesi già pacificamente riconducibile al citato **art. 478** (formazione della falsa copia autentica di un atto pubblico inesistente); dall'altro, l'indirizzo in esame sembra impostare la questione come se il problema fosse la possibilità – negata – di **falsificare un «documento-fotocopia»**, e non, più esattamente, la possibilità di «contraffazione di un documento mediante la fotocopia».

Guardando al secondo orientamento, le Sezioni unite ritengono di **non poter accogliere** la prospettiva che ritiene integrato il falso qualora copia sia **impiegata in circostanze tali da farla apparire come originale** [4].

A giudizio della Corte, si tratta di una ricostruzione doppiamente criticabile: subordinare la sussistenza del reato alle **modalità di utilizzo** della copia significa, in primo luogo, nient'altro che richiedere «una **scontata verifica della natura grossolana del falso**»; in secondo luogo, comporta una violazione del principio di legalità, poiché introduce un **requisito estraneo agli elementi costitutivi del fatto tipico** descritto dalla norma incriminatrice.

7.2. La **soluzione corretta** viene invece individuata dalle Sezioni unite nell'impostazione che, rifacendosi a **criteri oggettivi**, ritiene integrato il falso quando, per caratteristiche «formali e sostanziali», il **documento** materiale risultante dalla **contraffazione assume «una parvenza di originalità»**, tale da sembrare «un provvedimento **originale** o la **copia conforme**, originale, di un tale atto **ovvero comunque documentativa dell'esistenza di un atto corrispondente**».

In tali ipotesi, la condotta rientra senza forzature nel perimetro di tipicità dell'art. 476: **l'offesa alla fede pubblica è realizzata attraverso la creazione di una falsa apparenza documentale**, a nulla rilevando, per quanto visto sopra, che un atto corrispondente sia appunto in realtà inesistente.

Per consolidare l'assetto interpretativo raggiunto, la Corte si preoccupa anche di **confutare due possibili obiezioni** [5].

Si precisa in primo luogo che la soluzione offerta **non si fonda sulla generale attribuzione alla copia di una efficacia pari a quella dell'atto originale**. Tale equiparazione continua a essere soggetta alle condizioni (autenticazione o non disconoscimento) poste dall'art. 2719 c.c.: tanto che infatti, affermano le Sezioni unite, nei casi in esame la falsità materiale «non investe, nella realtà, un documento pubblico, bensì solo una copia informale», ma la sussistenza del reato si fonda sulla creazione di una falsa apparenza di esistenza documentale.

Tuttavia, riconoscere che la **falsificazione incidente su una copia semplice** integri la fattispecie di cui all'art. 476 potrebbe esporsi a critiche se **confrontata** con ipotesi, quali la **falsificazione incidente su una copia autentica**, che paiono connotate da un **disvalore maggiore** e che pure dovrebbero ricondursi al **meno grave reato** di cui all'art. 478. A questa seconda obiezione le Sezioni unite replicano osservando che **disparità di trattamento non sussiste**, ché anzi i rapporti di gravità tra le due classi di fatti sono da ritenersi invertiti rispetto a quanto prospettato: «oggetto reale del delitto di cui all'art. 476 c.p. è infatti il documento "originale" del quale viene contraffatta l'esistenza, non una copia dello stesso».

Così esaurito il ragionamento, senza ulteriori indugi la Corte enuncia formula il **principio di diritto**, a tenore del quale, come anticipato, *«[l]a formazione della copia di un atto inesistente non integra il reato di falsità materiale, salvo che la copia assuma l'apparenza di un atto originale»*.

\* \* \*

8. Volendo abbozzare un primo commento, il punto da cui partire è una osservazione d'insieme sulla complessità del ragionamento delle Sezioni Unite per come sopra illustrato e sulle questioni interpretative che, di conseguenza, la sentenza stessa può porre.

A chi scrive pare che la principale difficoltà sia rappresentata da un certo grado di **disallineamento** tra le premesse e la **ricostruzione del quadro interpretativo** da un lato, e la **parte più strettamente argomentativa** dall'altro, nonché tra quest'ultima parte delle motivazioni e l'**enunciazione del principio di diritto**. Sofferamoci su ciascuno di questi due passaggi.

8.1. Quanto al primo aspetto, si può notare che **dopo aver ricostruito in modo nitido** – al pari di quanto già fatto dalla Sezione rimettente – **le tesi in gioco** (§§ 2 e 3 del 'considerato in diritto' e *supra* par. 3 di questa scheda), al momento di esaminare la questione oggetto specifico della sua attenzione la Corte non richiama direttamente nessuno dei due indirizzi nella versione "schematica" in precedenza delineata, ma **prende in considerazione soltanto alcuni sotto-orientamenti** emersi in seno ad essi.

In altre parole, e con maggiore concretezza. In una prima fase le Sezioni Unite, facendo astrazione dalle posizioni manifestate dalla giurisprudenza, impostano il problema in termini di **alternativa** tra una **tesi che potremmo definire restrittiva** (la copia in quanto tale non integra falso materiale, dovendosi tenere distinta l'ipotesi nella quale la copia è presentata come originale e che invece presenta rilevanza penale) e una **tesi estensiva** (la copia integra falso materiale, anche se presentata come tale, purché idonea a dimostrare l'esistenza di un originale); in aggiunta, le Sezioni unite – riprendendo anche qui uno spunto già contenuto nell'ordinanza di

rimessione – **puntualizzano** il quesito di diritto (se e quando la copia di un atto inesistente integri falso materiale) osservando, in breve, che i) se la fotocopia è fatta figurare come originale, è pacifica la sussistenza del falso e, dunque, ii) **il vero punto controverso riguarda le ipotesi in cui la falsa copia è presentata e utilizzata proprio come copia.**

Tuttavia, nonostante questo inquadramento, pregevole per chiarezza e linearità, nella seconda parte (§ 6) **lo sviluppo della motivazione non sembra più presupporre le posizioni e la distinzione appena descritte.** Vero che nel testo compaiono espressioni che sembrano richiamare l'inquadramento iniziale (si fa cenno in alcuni passi agli «indirizzi ermeneutici in contrasto»), ma nella sostanza la Corte si confronta con tesi che appaiono risalenti o minoritarie all'interno del filone di appartenenza ovvero che risultano di difficile collocazione nel sistema tracciato; e a conferma di ciò basti notare che buona parte delle pronunce richiamate ai § 6.1-6.3 – che rappresentano il cuore del ragionamento ascrivibile direttamente alle Sezioni unite – non erano citate nella parte ricostruttiva [6].

Ora, **la classificazione menzionata non è certo l'unica in grado di descrivere lo stato dell'arte,** tanto che la scansione seguita dalle Sezioni unite, divergente rispetto al modello bipartito, sembra invece ricalcare nei contenuti una **impostazione di matrice dottrinale** che appunto distribuisce il materiale giurisprudenziale sul tema **in tre gruppi** [7]; né si vuole dire che il problema sta nella difficoltà di capire se con la soluzione offerta le Sezioni unite abbiano accolto il primo o il secondo indirizzo, ovvero ancora una tesi (o sotto-tesi) intermedia – questione che, di per sé, sarebbe un superfluo esercizio nominalistico. Piuttosto, la questione è di natura sostanziale: impostare espressamente il ragionamento in termini dialettici rispetto alle coordinate di cui alla premessa, che comunque ben riflettevano il panorama del diritto vivente, avrebbe senz'altro aiutato – *in primis* gli stessi giudici chiamati in futuro a trattare casi simili – ad **apprezzare con maggiore sicurezza la portata della decisione e le eventuali sfumature rispetto alle posizioni prevalenti emerse nell'esperienza giurisprudenziale.**

8.2. La preoccupazione, dunque, non è soltanto metodologica, ma è dettata dall'interesse per le possibili ricadute sul terreno applicativo. In quanto tale, non può che essere accentuata dal fatto che – e veniamo al secondo aspetto di disallineamento – **l'incertezza sembra propagarsi anche alla soluzione del quesito affrontato dalla sentenza.**

Per chi si limitasse a leggere il **principio di diritto** formulato conclusivamente al § 7, come già segnalato in apertura di questa scheda, non si porrebbero problemi di sorta. Certo, dopo aver seguito il ragionamento della Corte sarà immediato notare che tale statuizione (sussistenza del reato quando la copia assume l'apparenza di un atto originale) **coincide proprio con l'ipotesi che nel dibattito sul tema risulta incontroversa,** ma ciò potrebbe coerentemente spiegarsi con la scelta – implicita – delle Sezioni Unite di **negare ipotesi ulteriori di rilevanza penale delle condotte in esame** (quelle che potremmo ricondurre alla seconda tesi, di portata appunto estensiva).

Senonché, pare di poter notare una **incongruenza** tra il principio di diritto e la **soluzione data in motivazione.** Al § 6.3 la possibilità che la condotta di formazione della copia di un atto inesistente integri falso materiale viene riconosciuta dalle Sezioni unite **anzitutto** nei casi in cui la copia presenti caratteristiche tali da **sembrare un originale o una copia conforme** dell'originale, il che appunto coincide con quanto enunciato nel principio di diritto; tuttavia, a tale ipotesi la Corte affianca – in almeno due punti – quella in cui la formazione dell'atto sia **«idonea e sufficiente a documentare nei confronti dei terzi l'esistenza di un originale conforme».** Tale fattispecie non solo è prospettata dalle Sezioni Unite in alternativa alle precedenti («ovvero»), ma sembra effettivamente costituire una **ipotesi autonoma,** in quanto slegata anche dalla circostanza che la falsità investa l'attestazione di conformità, dal momento che la Corte sembra accontentarsi della

circostanza che la copia prodotta sia «*comunque* documentativa dell'esistenza di un atto corrispondente» (corsivo nostro).

Che tale aggiunta sia potenzialmente di primaria importanza lo dimostra il fatto che il suo **recepimento** significherebbe che, al contrario di quanto finora visto, la Corte nella sostanza ha avallato il secondo tra gli indirizzi principali in esame, individuando quindi, per ciò che più conta, **un'area di rilevanza penale** per le condotte di formazione di copia di documenti inesistenti **più ampia di quella ricavabile dal principio di diritto**.

9. A questo punto, sembra doveroso almeno un tentativo di indagare l'origine dell'incongruenza e darne una possibile spiegazione.

Quando le Sezioni Unite procedono a esporre l'indirizzo giurisprudenziale ritenuto «maggiormente condivisibile», indicano i **precedenti rilevanti** in due pronunce di legittimità: oltre a una decisione del 1998 [8], viene citata la **sentenza Favia** (Sez. V, 7385/2008). Quest'ultima, a ben vedere, era stata già richiamata dalla Corte, nell'ambito della ricostruzione iniziale, e ricondotta al primo filone interpretativo, sebbene a prima vista – come altre pronunce di contenuto affine – potesse apparire espressione di un orientamento distinto: ciò in base all'argomento per cui, **pur richiedendo astrattamente** ai fini della sussistenza del reato **che la copia fosse idonea ad attestare l'esistenza dell'originale, in concreto** si richiedevano caratteristiche assimilabili a quelle di una **copia autentica**.

E in effetti, questa come le altre sentenze, più recenti, che **affermano di accontentarsi** della circostanza che l'atto sia comunque documentativo dell'esistenza di un atto corrispondente, al momento di esaminare il caso concreto, **una volta escluso** che la fotocopia sia priva dei requisiti di forma e sostanza tali da farla sembrare un **originale** o una **copia autentica**, invariabilmente **escludono anche, in modo incidentale quanto perentorio, la detta "idoneità documentativa"** [9].

Peraltro, anche laddove a tale criterio sembra riconosciuta una maggiore autonomia, come nella sentenza *Favia*, è **impossibile valutarne la rilevanza pratica**, poiché **nel caso di specie** la Corte osservava che la fotocopia – riprodotte una falsa ordinanza di custodia cautelare – **non aveva**, «per verosimiglianza, **alcuna attitudine a trarre inganno i terzi**».

Insomma, **non sembra** che **nel diritto vivente anteriore** alla decisione delle Sezioni unite la formula citata fosse **dotata di una reale funzione selettiva** delle fattispecie penalmente rilevanti, risolvendosi piuttosto in una **uplicazione di concetti già esistenti**: l'idoneità ad attestare l'esistenza di un documento originale può dirsi certamente presente quando l'atto ha **parvenza di originalità** (eventualmente anche come copia autentica), e con altrettanta sicurezza può ritenersi esclusa quando l'atto è un **falso innocuo**, ma si fatica a individuare una situazione di fatto in cui tale criterio possa distaccarsi dalle categorie note e assumere invece una fisionomia propria.

Sul punto, d'altro canto, le stesse Sezioni unite **non fanno ricorso ad alcun tipo di esemplificazione, né risulta di aiuto** guardare a come nel **caso in esame** hanno deciso il ricorso loro rimesso: la Corte in effetti ribadisce di dover verificare, al di là della apparenza di originalità, se l'atto sia «documentativo dell'esistenza di un atto corrispondente» (così nuovamente avvalorando l'idea di uno scarto rispetto a quanto stabilito nel più sintetico principio di diritto), ma l'irrelevanza penale del fatto sembra fondata principalmente sulla circostanza per cui la fotocopia del permesso di costruire – «in ragione sia del numero dell'autorizzazione, non corrispondente alla relativa sequenza cronologica, sia della diversità del modulo e del tipo di timbro adoperati dal Comune, oltre che della non autenticità della sottoscrizione ivi apposta» – era da ritenersi «visibilmente riconoscibile» come falsa. Sembrerebbe, nella sostanza,

una **decisione motivata sulla natura grossolana del falso**, senza quindi che se ne possano trarre utili **spunti per concretizzare** quel criterio ulteriore.

10. Un'ultima riflessione, ricollegabile al ragionamento svolto sin qui, riguarda i rapporti tra la questione esaminata dalle Sezioni unite e il **tema più generale della nozione di atto rilevante ai fini della tipicità dei delitti di falso**.

In tema di copie di atti inesistenti, come visto sopra, **sentenze di legittimità recenti e anche recentissime** (depositate in pendenza della rimessione alle Sezioni unite) [10] hanno escluso che possa integrare falso materiale una semplice fotocopia presentata come tale, argomentando principalmente sull'**inidoneità a svolgere funzione probatoria di rapporti giuridici** quale connotato che **impedirebbe di ravvisare l'oggetto materiale del reato**.

Il problema della definizione del documento (qui, dell'«atto pubblico») su cui devono ricadere le condotte di falsificazione è oggetto di un dibattito risalente, e la dottrina ancora evidenzia la difficoltà di proporre una ricostruzione unitaria [11].

Da questo punto di vista, è particolarmente **apprezzabile la scelta** con cui le Sezioni unite hanno ritenuto di impostare l'argomentazione in termini che consentono di **prescindere da una questione tanto incerta** [12].

Così, infatti, sembra doversi leggere l'osservazione per cui sarebbe **fuorviante interrogarsi sulla «falsificabilità del documento-fotocopia»** anziché, **più correttamente**, sulla possibilità di **contraffazione «mediante fotocopia» di un documento** – aggiungiamo: almeno quando tale documento, se esistesse, **sarebbe indubbiamente un atto pubblico** (si pensi, nel caso in esame, al permesso di costruire). In altri termini, non occorre fare riferimento all'efficacia probatoria della fotocopia (o a un qualche altro criterio che la renda suscettibile di integrare la nozione di "atto" rilevante), poiché questa è soltanto uno **strumento tecnico** con cui ben può concretizzarsi la forma di aggressione alla fede pubblica tipizzata dall'art. 476, ossia la **creazione di apparenza documentale** di un atto pubblico che in realtà non esiste [13].

Questa prospettiva consente fornisce anzitutto un **solido argomento per affermare la rilevanza penale delle ipotesi di fotocopia con apparenza di originale**: risultato a cui invero giungeva già la giurisprudenza unanime, ma appunto sulla scorta di un ragionamento più fragile, nella misura in cui presupponeva incerti distinguo in punto di oggetto materiale del reato.

Al contempo, questa stessa prospettiva rappresenta una **possibile chiave di lettura rispetto all'ulteriore ipotesi di rilevanza penale** che la Corte individua in motivazione. In ultima analisi, infatti, guardare alla fotocopia in termini di strumentalità rispetto alla falsificazione è un criterio che, portato alle naturali conseguenze, induce a ricondurre nella tipicità anche i casi in cui appunto la copia **in qualche modo dimostra l'esistenza dell'originale**, posto che **anche così si è creata una falsa apparenza documentale, necessaria ma anche sufficiente per integrare il reato**.

Questa interpretazione, per coerenza e fondamento sistematico, avvalorata l'idea di ritenere che l'**idoneità documentativa** non sia mera riproduzione dell'apparenza di originalità, bensì meriti il riconoscimento di una **funzione propria**. Tuttavia, rispetto alle criticità sopra evidenziate, i **dubbi** non sono completamente dissipati: restano comunque la **discrepanza con il principio di diritto** e, soprattutto, anche una volta che ne sia rivendicata l'autonomia concettuale, la **difficoltà di attribuire un significato pratico** a tale ulteriore ipotesi di rilevanza penale, che continua a rimanere sfuggente.

[1] Cass., Sez. V, ord. 21 novembre 2018 (dep. 6 dicembre 2018), n. 54689, Pres. Palla, Est. Zaza (consultabile a questo [link](#)).

- [2] Si tratta di una citazione che la Corte riprende da altra pronuncia delle Sezioni unite, ossia la sent. *Schera* (27 giugno 2006, dep. 28 settembre 2006, n. 32009), relativa però alla configurabilità del delitto di falso *ideologico* (ravvisato nella condotta dell'avvocato produca in giudizio un verbale di indagini difensive redatto in modo infedele).
- [3] Il primo precedente è individuato in Cass., Sez. V, 17 giugno 1996, n. 7717, *Jacobacci*, in CED, Rv. 205547.
- [4] Tra le pronunce citate Cass., Sez. V, 2 dicembre 2004, n. 5401/2005, *Polloni*, in CED, Rv. 231171; Cass., Sez. V, 19 gennaio 2016, n. 8900, *Paoloni*, in CED, Rv. 267711.
- [5] Gli argomenti sul punto sono ripresi, nella sostanza e anche testualmente, da Cass., Sez. V, 25 maggio 2015 (dep. 6 luglio 2015), n. 28723, *Barone*, non massimata (v. in banca dati *Pluris*).
- [6] È il caso delle sentenze *Jacobacci*, *Polloni* e *Paoloni*, citate in questa scheda alle note precedenti.
- [7] Cfr. R. Bartoli, *Le falsità documentali*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. Pelissero – Bartoli, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Giappichelli, 2011, p. 211-213, che distingue appunto un primo orientamento per il quale «la creazione della mera copia fotostatica senza una sua autenticazione non integra una falsità punibile», un secondo in base al quale «si deve fare riferimento al modo in cui la fotocopia viene utilizzata» e infine un terzo, ritenuto dall'A. «più condivisibile», «che si basa su un criterio oggettivo», per cui la riproduzione fotostatica deve avere l'apparenza di un originale.
- [8] Cass., Sez. V, sent. 22 maggio 1998, *Celestini*, in CED, Rv. 211443, relativa alla contraffazione di un permesso di parcheggio realizzata con caratteristiche tali da renderlo identico all'originale «per dimensioni, colore, forma, dati riportati, tipo di stampa dei dati».
- [9] Così Cass., Sez. V, sent. 10 novembre 2017 (dep. 19 gennaio 2018), n. 2297, *D'Ambrosio*, in CED, Rv. 272363 (a proposito dell'invio a una banca di un fax riproducente un certificato di pagamento in realtà mai emesso da un Comune) e Cass., Sez. V, sent. 9 ottobre 2014 (dep. 27 febbraio 2015), n. 8870, *Felline*, in CED, Rv. 263422 (relativa alla trasmissione via fax al direttore dei lavori di una autorizzazione amministrativa inesistente e di una d.i.a. recante un timbro comunale di deposito mai avvenuto).
- [10] È il caso di Cass., Sez. V, sent. 26 ottobre 2018 (dep. 23 gennaio 2019), n. 3273, *Buccella*, in CED, Rv. 274628 (pronunciatasi sul caso di contraffazione parziale della fotocopia di un atto notarile di compravendita presentata come tale, e non come originale).
- [11] G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1, Zanichelli, 2012, p. 587.
- [12] G. Fiandaca – E. Musco, *op. cit.*, p. 553 osservano come appaia «sempre meno accettabile che il discrimine tra “punibile” e “non punibile” venga non di rado fatto dipendere dalla soluzione di questioni giuridiche eccessivamente sottili», riferendosi proprio a quelle che interessano il concetto di documento nei delitti di falso.
- [13] Al contrario, nell'ottica delle Sezioni unite, la fotocopia in sé considerata – al di fuori cioè dei casi in cui rappresenta falsamente un atto pubblico – non sembra invece assumere natura di atto pubblico: tanto che, qualora venga in considerazione una condotta di alterazione incidente su una fotocopia già formata (da altri), le stesse Sezioni unite ritengono configurabile un falso in scrittura privata, depenalizzato a seguito del d.lgs. 7/2016.

\* \* \* \* \*

**Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato**

Cass., Sez. III, ord. 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40380,  
Pres. Lapalorcia, Rel. Rosi, Ric. Perroni

di Alessandra Galluccio

1. Con l'ordinanza che qui si commenta, la Terza sezione penale rimette alle Sezioni unite la seguente questione: *“Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia”*.

Come è noto, infatti, poco più di un anno fa la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronunciava nuovamente, nella sua più prestigiosa composizione [1], sulla confisca c.d. urbanistica – disciplinata dall'art. 44 T.U. Edilizia e già oggetto dell'attenzione della Corte Edu nelle sentenze *Sud Fondi* [2] e *Varvara* [3] – segnalandone le persistenti criticità. Tra di esse, e per quel che qui principalmente interessa, i giudici di Strasburgo evidenziavano la natura **sproporzionata** della confisca in questione – **misura obbligatoria e scarsamente flessibile** – in grado di ingerirsi pesantemente nel diritto di proprietà del (presunto) autore della lottizzazione abusiva, **senza che tale ingerenza fosse necessariamente giustificata** dall'esigenza di tutelare i contro-interessi dell'ambiente e della potestà pubblica nella pianificazione urbanistica.

Proprio sulle **concrete modalità che consentirebbero di procedere a una valutazione circa la proporzionalità della misura** – valutazione che sarebbe ora imposta dall'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 44 T.U. Edilizia – si interroga l'ordinanza in commento, segnalando la necessità di un intervento chiarificatore delle Sezioni unite. Ciò: tanto in relazione alla **possibilità di rinviare al giudice del merito** questo ormai ineludibile compito, **anche a prescrizione sopravvenuta**; quanto con riguardo allo **strumento processuale** che possa consentire un simile rinvio.

Su entrambe le questioni, dunque, ci soffermeremo, dopo avere brevemente introdotto il caso di specie e ricostruito il quadro giurisprudenziale dal quale i giudici della Terza sezione prendono le mosse.

2. La **fattispecie concreta** da cui la vicenda in commento trae origine è presto riassunta.

P.I., in qualità di legale rappresentante della ditta Kallipoli srl, veniva condannato – nel luglio del 2012 – dal Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto alla pena, condizionalmente sospesa, di anni uno e mesi due di arresto e di 60.000 euro di ammenda, in relazione ad alcuni immobili costruiti in assenza del necessario titolo abilitativo, in violazione del piano di lottizzazione da lui presentato e, più in generale, degli standard urbanistici vigenti. Contestualmente alla condanna veniva disposta, dal Tribunale, la **confisca dell'aerea e dei fabbricati abusivamente realizzati**.

La Corte d'Appello di Messina – nel giugno del 2013 – confermava la condanna e l'imputato **ricorrevva in Cassazione** lamentando, tra l'altro, che la confisca insisteva su beni in

larga parte non di sua proprietà, bensì di proprietà di soggetti terzi rispetto alla vicenda processuale e in buona fede circa la genuinità dell'autorizzazione a costruire.

La trattazione del ricorso, originariamente fissata per il luglio 2014, veniva più volte rinviata in attesa della pronuncia della Corte Edu sul punto e veniva, infine, fissata al ruolo nell'udienza del 15 maggio 2019. In tale udienza, i giudici della Terza sezione **non possono che rilevare il decorso dei termini di prescrizione** del reato ascritto all'imputato, prescrizione maturata già pochi mesi dopo la pronuncia in grado d'appello e, precisamente, nell'ottobre del 2013. Tuttavia, **l'esame delle doglianze dell'imputato relative alla confisca da lui subita** – misura destinata a permanere nonostante la prescrizione del reato da cui dipende – **sembra ai giudici ineludibile**; l'imputato lamenta infatti – sostiene la Suprema Corte – proprio **quella sproporzione della misura che la Corte Edu ha censurato** ed in relazione alla quale può paventarsi la lesione del diritto di proprietà dell'imputato, come tutelato dall'art. 1 Prot. 1 Cedu.

3. Per meglio comprendere quale sia il problema di cui la Terza sezione si fa carico, non sarà ora superfluo **ricordare brevemente a quali approdi è pervenuta la Corte Edu nella sentenza G.i.e.m.**, espressamente evocata dall'ordinanza di rimessione, con riguardo – innanzi tutto – alla **necessaria proporzione** di tale misura ablatoria.

Com'è noto, il **diritto di proprietà** è, in ambito convenzionale, oggetto delle garanzie approntate dall'art. 1 Prot. Add., il quale prescrive che *“ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*. Tale norma – che non è, lo ricordiamo, tra quelle che presidiano unicamente la *matière pénale* e dunque **si applica a limitazioni del diritto di proprietà di qualunque natura** (civili, penali, amministrative) – richiede che l'interferenza statale nel diritto di proprietà sia caratterizzata, oltre che da un'appropriata **base legale**, dalla **ragionevole proporzione rispetto all'interesse pubblico perseguito**. In altri termini, non è sufficiente che la limitazione al diritto di proprietà del singolo sia prevista dalla legge o, comunque, prevedibile alla luce di consolidata giurisprudenza; è necessario che tale ingerenza dei pubblici poteri nel pacifico godimento del diritto di proprietà sia improntata – altresì – al **minimo sacrificio necessario del diritto individuale rispetto al preminente interesse pubblico di carattere super-individuale** [4].

Ebbene, la C. Edu ha **sempre** – fin dalla sentenza *Sud Fondi*, poi in *Varvara* e, da ultimo, in *G.i.e.m.* – ritenuto che **la confisca urbanistica italiana si ponga in contrasto con l'art. 1, Prot. Add., CEDU**. Sebbene nelle prime due pronunce la riscontrata violazione del *nullum crimen sine lege* abbia contribuito a tale statuizione – riverberandosi negativamente sul requisito della **prevedibilità** della sanzione –, la misura è stata costantemente ritenuta dalla Corte (anche) **sproporzionata**, perché carente di quel ragionevole bilanciamento (*fair balance*) fra interesse pubblico e privato che si realizza solo quando i mezzi adoperati dai pubblici poteri non eccedono le finalità per le quali la misura è imposta.

L'art. 44 T.U. Edilizia infatti – per come attualmente 'vive' nell'ordinamento giuridico italiano – configura una confisca: *i)* **obbligatoria**, poiché discende automaticamente dalla sentenza di condanna; *ii)* **rigida** e piuttosto **rigorosa**, poiché investe tanto le opere abusivamente costruite, quanto i terreni abusivamente lottizzati. Ciò comporta che il giudice che accerti la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva disponga automaticamente la confisca urbanistica, senza in alcun modo modularla sulla base delle specificità del caso concreto (rinunciando, ad esempio, alla confisca dei terreni su cui le opere insistono).

Difetta insomma – questo il nodo della questione – **un meccanismo che consenta a chi giudica di selezionare, nel novero delle contromisure in grado di salvaguardare il contro-interesse pubblico, quella che meno sacrifica il diritto di proprietà del ricorrente**, dovendo invece il

giudice procedere all'indiscriminata confisca di tutte le opere e i terreni oggetto della lottizzazione. Una considerazione rafforzata dal fatto che gli indici di sproporzione cui la sentenza *G.i.e.m.* fa riferimento, nello specifico caso della confisca urbanistica italiana, sono rappresentati [5]: *a)* dalla (im)possibilità di adottare **misure meno restrittive**, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; *b)* dalla '**natura illimitata**' della sanzione, che colpisce tanto le aree edificate quanto quelle non edificate, anche appartenenti a terzi; *c)* dal **grado di colpa** o di negligenza dei ricorrenti o, al limite, il rapporto sussistente fra le condotte tenute e il reato in questione.

4. Sofferamoci ancora qualche attimo sulla recente giurisprudenza della C. Edu in materia di proporzionalità della confisca urbanistica, sottolineandone alcuni passaggi forse non scontati.

Innanzitutto, **lo schema interferenza** (nel diritto di proprietà) /**giustificazione** (preminente interesse pubblico) e la **logica del minimo sacrificio necessario** devono caratterizzare – perché la garanzia convenzionale venga rispettata – **ogni genere di ingerenza** del potere pubblico nel libero godimento dei propri beni da parte del privato, **non solo quelle aventi natura penale**.

In altri termini, il necessario accertamento della (sussistenza di una base legale appropriata e della) proporzionalità della misura non dipende dal fatto che la confisca urbanistica sia stata a più riprese ritenuta dalla C. Edu una sanzione sostanzialmente penale. È chiaro, però, che fra la violazione delle disposizioni convenzionali più strettamente legate alla materia penale e quella del diritto di proprietà possono esistere alcune **reciproche interferenze**.

In primo luogo, **la violazione di altre norme convenzionali le cui garanzie si applicano solo alle sanzioni penali** – il *nullum crimen sine lege* (art. 7 Cedu) e la presunzione di non colpevolezza (art. 6§2 Cedu) – **può riverberarsi negativamente sulla qualità del provvedimento ablatorio e determinare la correlativa violazione dell'art. 1 Prot. Add. Cedu**. Ciò accade, segnatamente, perché la radicale imprevedibilità dell'inflizione di una sanzione penale – in violazione dell'art. 7 Cedu – non può non ripercuotersi anche sul necessario requisito di una base legale appropriata per procedere alla limitazione del diritto di proprietà; o, ancora, perché se la sanzione penale è stata inflitta, ad esempio, contestualmente al proscioglimento dell'imputato per prescrizione a seguito di un'udienza non pubblica o in assenza di contraddittorio – in violazione dell'art. 6(§2) Cedu – una tale ingerenza nel diritto di proprietà del singolo sarà necessariamente ritenuta arbitraria e dunque sproporzionata [6].

Insomma: dalla violazione delle garanzie sostanziali o procedurali che assistono la materia penale può discendere una violazione del diritto di proprietà; anche in ambito non penale, tuttavia, o in assenza di qualsivoglia violazione degli artt. 6 e 7 Cedu, la limitazione del diritto di proprietà dovrà soggiacere al requisito della proporzionalità fra interesse e contro-interesse tutelato.

**In secondo luogo, la sproporzione dell'ingerenza statale nel diritto di proprietà del singolo** – quel *surplus* di interferenza che non è giustificato dalla finalità di tutelare il contro-interesse e che dunque eccede tale scopo preventivo/ripristinatorio – **contribuisce grandemente ad attrarre la misura sproporzionata nell'alveo della *matière pénale*** e a determinare l'applicabilità alla confisca in questione delle garanzie di cui agli artt. 7 e 6§2 Cedu. La vicenda della confisca urbanistica è, in questo, esemplare: la Corte Edu – oltre a rilevare come tale misura sia la direttamente collegata al compimento di un fatto di reato e inserita in un capo rubricato 'sanzioni penali' – ha sempre desunto la natura punitiva della confisca in questione, innanzi tutto, dal suo abbattersi sull'intera area oggetto della lottizzazione, anche in assenza di manufatti abusivi (nel caso *Sud Fondi* addirittura l'85% dei terreni confiscati era non edificato).

5. Breve: fra le garanzie attinenti la materia penale e quella relativa al diritto di proprietà vi sono una serie di punti di tangenza ed influenze reciproche, che tuttavia non devono disorientare l'interprete.

In particolar modo, il requisito della **proporzionalità dalla confisca urbanistica/ingerenza nel diritto di proprietà** va sempre tenuto ben distinto da quello della **proporzione della confisca urbanistica/sanzione penale**. Il primo giudizio esprime il rapporto che deve sussistere **fra la limitazione della proprietà privata dell'imputato e la tutela dei contro-interessi confliggenti dell'ambiente, del paesaggio e della potestà pianificatoria pubblica** in queste materie; ciò che occorrerà verificare è che il diritto del privato sia stato sacrificato dai pubblici poteri solo nella misura strettamente necessaria imposta dal soddisfacimento delle prevalenti esigenze pubbliche. Un'analisi di tal genere – è evidente – **non ha nulla a che vedere con il diverso rapporto che deve intercorrere fra la sanzione complessivamente inflitta per il reato di lottizzazione abusiva e il reato stesso, considerato nelle sue componenti oggettive e soggettive**; giudizio in relazione al quale, pure, una confisca sproporzionata può giocare un ruolo: una misura ablatoria pesantemente sproporzionata, di cui sia riconosciuta la natura penale, nel suo 'sommarsi' alle pene edittali per il reato da cui dipende può determinare la complessiva sproporzione dell'arsenale sanzionatorio rispetto alla colpevolezza dell'imputato [7].

Sia ben chiaro, però, che il giudizio di proporzionalità della confisca urbanistica cui si riferisce l'odierna ordinanza non ha niente a che fare con la complessiva proporzione della pena inflitta per il reato di lottizzazione abusiva; né tantomeno potrebbe, versandosi nel caso di specie – come abbiamo avuto modo di sottolineare – in un'ipotesi di reato estinto per prescrizione, cui sopravvive, appunto, la sola misura ablatoria. Proprio in casi come questi tuttavia – casi nei quali una sanzione qualificata come sostanzialmente penale (anche) perché sproporzionata e dunque molto afflittiva è inflitta in assenza di un provvedimento formale di condanna – la questione dell'incidenza della sproporzione sul complessivo assetto delle garanzie applicabili alla misura *de qua* non è di poco conto e deve far riflettere.

6. Svolte queste, forse non superflue, precisazioni in ordine alla confisca senza condanna e chiarito in cosa consista il giudizio di proporzionalità della confisca urbanistica che la Corte Edu considera necessario – pena la violazione del diritto di proprietà dell'imputato – **ben si comprende quale sia il dilemma di fronte al quale si trova la Corte di cassazione**. Da un lato, il giudizio di congruità fra la misura ablatoria effettivamente posta in essere e la salvaguardia del concorrente e preminente interesse pubblico è imposta da un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 44 T.U. Edilizia; dall'altro, un tale giudizio, per come già più volte descritto, necessita – afferma condivisibilmente la Suprema corte – di una **valutazione di merito**, in relazione alla quale possono rendersi necessari **accertamenti di fatto**.

È possibile dunque – si chiedono i giudici della Terza sezione – all'esito della declaratoria di **prescrizione** del reato, e quindi di annullamento senza rinvio della sentenza di condanna (*ex art. 620 c.1 l. a) c.p.p.*), **un giudizio di rinvio limitato alla valutazione della proporzionalità della confisca urbanistica inflitta?** Ed, eventualmente, con l'ausilio di **quale norma processuale?**

7. Per rispondere a queste domande, la Terza sezione svolge un'attenta **analisi della giurisprudenza di legittimità in materia**, con particolare riguardo alle sentenze successive alla già ricordata sentenza *G.i.e.m.*

Il quadro emergente da tale disamina – pur con alcune sfumature sulle quali ci soffermeremo – descrive una Suprema Corte certamente orientata verso la possibilità di procedere ad un giudizio di rinvio limitato alla confisca urbanistica. Ciò: motivatamente [8] o immotivatamente [9] **evocando quale strumento processuale il nuovo art. 578 bis c.p.p.** (sulla cui gestazione e

interpretazione torneremo, poiché su di esse l'ordinanza in commento si sofferma diffusamente); o ritenendo l'art. 578 bis inapplicabile e fondando la possibilità di rinviare sull' **analogia con tipi diversi di confisca**, in relazione ai quali il rinvio è consentito [10].

Se infatti, in una occasione (sentenza *Pintore* [11]), la Cassazione non ha esitato ad affermare che proprio l'introduzione dell'art. 578 bis c.p.p., più ancora che la giurisprudenza della Corte Edu, **consente l'annullamento con rinvio** – e, addirittura, **impone al giudice del dibattimento di effettuare l'accertamento di responsabilità dell'imputato nonostante la prescrizione del reato**, al solo fine di statuire sulla confisca –, in altro successivo arresto (sentenza *Grieco* [12]) la Suprema corte si è orientata nel senso di ritenere tale articolo **inapplicabile** e ha reputato di poter individuare altrove il fondamento giuridico della possibilità di un rinvio relativo alla sola confisca urbanistica.

Più in particolare, in quell'occasione la Suprema Corte ha: passato in rassegna una serie di **casì da reputarsi** – a suo giudizio – **analoghi a quello della confisca urbanistica**, in relazione ai quali il rinvio è possibile (ipotesi di confisca per illiceità intrinseca della *res* e pronuncia sulla falsità dei documenti); tenuto conto del *trend* legislativo che ha condotto all'introduzione dell'art. 578 bis c.p.p.; fatto mostra di condividere altro orientamento espresso in precedenza dalla Cassazione (sentenza *Martino* [13]), a mente del quale l'art. 44 T.U. Edilizia rappresenterebbe una deroga all'obbligo della immediata declaratoria delle cause estintive del reato (*ex art. 129 c. 2 c.p.p.*) e consentirebbe la prosecuzione del processo penale anche in primo grado e a prescrizione sopravvenuta.

Ebbene, proprio nei confronti dell'ultimo degli orientamenti giurisprudenziali ora menzionati (sentenza *Grieco*) l'odierna ordinanza si pone in **potenziale contrasto**. I giudici della Terza sezione, infatti, **non solo ritengono che alla confisca urbanistica non sia applicabile l'art. 578 bis c.p.p., ma anche che** – allo stato della legislazione – **nessuna norma del codice di procedura penale consenta alla Cassazione di annullare con rinvio, limitatamente alla statuizione sulla confisca urbanistica, qualora debba dichiararsi la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva**.

In particolar modo, le ragioni dell'inapplicabilità dell'art. 578 bis all'art. 44 T.U. Edilizia sarebbero da ricercarsi – afferma la Corte – nell'**iter legislativo** che ha condotto all'introduzione di tale, recente norma all'interno del codice di rito. La norma in questione – introdotta nel 2018, ad opera del decreto legislativo attuativo della **riserva di codice** [14] che contestualmente introduceva il nuovo art. 240 bis c.p. in materia di confisca allargata [15]. – riproduce la disposizione dell'abrogato art. 12 *sexies c. 4 septies del Codice antimafia* [16], pur con alcune significative variazioni L'art. 578 bis, rubricato 'confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione', recita: "*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 o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale [17], 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*".

Ebbene, la disposizione in questione – che com'è noto riproduce un principio di diritto già affermato nella giurisprudenza di legittimità [18] – tralascia di menzionare, come invece faceva l'abrogato art. 12 *sexies* Codice antimafia gli artt. 295 c. 2 T.U. Doganale [19] e 73 T.U. Stupefacenti [20]. In conformità, infatti, a quanto disposto dal nuovo art. 3 bis c.p. proprio in materia di **riserva di codice**, le disposizioni relative alla confisca allargata per tali fattispecie di reato trovano ora posto nei **rispettivi testi unici**, come del resto avrebbe dovuto provvedere a fare il legislatore in relazione al T.U. Edilizia, se avesse ritenuto applicabile alla confisca urbanistica il disposto dell'art. 578 bis c.p.p. Per tale ragione – oltreché per l'utilizzo della congiunzione 'o' nel testo dell'art. 578 bis, che rimarcherebbe la *voluntas legis* di limitare tassativamente alle confische

menzionate l'applicabilità della norma processuale – la Terza sezione ritiene tale norma inapplicabile alla confisca disciplinata dall'art. 44 T.U. Edilizia.

La confisca urbanistica poi – continua la Cassazione – ha **caratteristiche strutturali molto diverse non solo dalla confisca allargata** di cui all'art. 240 *bis* c.p. e **da quella per equivalente** di cui all'art. 322 *ter* c.p., ma anche rispetto alle ulteriori e diverse tipologie di confisca in relazione alle quali pure è consentito il rinvio al giudice del merito anche una volta decorso il termine prescrizione, la cui disciplina è stata – erroneamente, sostiene l'ordinanza in commento – analogicamente applicata alla confisca urbanistica dalla sentenza *Grieco*. La possibilità di proseguire nel processo, infatti, è consentita: in casi nei quali la confisca ha natura di **misura di sicurezza e non di sanzione penale** (confisca della *res illicita ex* art. 240 c.p. o confisca obbligatoria del prezzo e profitto del reato e dei beni strumentali alla sua consumazione); o, comunque, per fini diversi dall'infrazione di una misura ablatoria avente carattere penale (prosecuzione del giudizio ai soli effetti della responsabilità civile ai sensi dell'art. 578 c.p.p.). Anche qualora, poi, l'art. 578 *bis* c.p.p. dovesse ritenersi applicabile al caso di specie – soggiungono i giudici – non potrebbero ignorarsi i seri dubbi di **legittimità costituzionale** che tale norma presenterebbe, per contrasto con **l'art. 76 della Costituzione**. A fronte di una delega a intervenire sul codice penale, infatti, il legislatore delegato avrebbe non solo apportato modifiche anche al codice di rito, ma addirittura inserito all'interno di quest'ultimo una norma che non si limita a riprodurre pedissequamente la disposizione del Codice antimafia, ma che deve ritenersi innovativa in un senso niente affatto ricompreso fra quelli espressi dai principi e criteri direttivi della legge delega. Insomma – seppure tutte le ricordate eccezioni all'obbligo di immediata declaratoria di estinzione del reato facciano ritenere non del tutto anomalo che il giudice del merito possa procedere ad ulteriori accertamenti concernenti la confisca, anche a prescrizione sopravvenuta [21] – il Collegio conclude per l'inapplicabilità dell'art. 178 *bis* c.p.p. al caso di specie e per l'assenza di una disposizione processuale che consenta materialmente una tale operazione; di talché la statuizione di annullamento con rinvio limitato alla confisca urbanistica sarebbe viziata da **eccesso di giurisdizione**, non risultando applicabile al caso nessuna norma del codice di procedura penale o di leggi speciali.

**Potendo, però, tale statuizione dar luogo a un contrasto di giurisprudenza** (con la già più volte menzionata sentenza *Grieco*) **la Terza sezione ritiene necessario rimettere la questione alle Sezioni Unite**.

\* \* \*

**8. La palla passa allora alle Sezioni Unite**, cui spetterà dirimere il contrasto potenziale appena evocato, introducendo qualche elemento di chiarezza in relazione all'*an* ed, eventualmente, al *quomodo* del rinvio al giudice del merito – limitatamente alle questioni concernenti la proporzionalità della confisca urbanistica – anche in relazione a fattispecie concrete che vedano l'imputato prosciolto per prescrizione del reato.

Un compito delicato, per le ripercussioni che la pronuncia della Suprema Corte certamente avrà su una materia quanto mai sensibile.

Abbiamo già sottolineato come il giudizio di proporzionalità della misura sia fondamentale ai fini del rispetto della garanzia convenzionale di cui all'art. 1 Prot. Add. e si riverberi notevolmente anche sul complessivo assetto delle garanzie che assistono questa particolare tipologia di confisca. **La minimizzazione del sacrificio imposto a colui che, prosciolto, si veda infliggere una confisca 'senza condanna' passa anche e soprattutto da una rigorosa valutazione del minimo sacrificio necessario del suo diritto di proprietà**; una considerazione tanto più imperativa quando, addirittura, la confisca sia stata disposta durante il giudizio di primo grado.

Va ricordato infatti – seppure in estrema sintesi – che un altro degli approdi fondamentali della sentenza *G.i.e.m.* è quello di consentire che la confisca urbanistica sia disposta anche nei confronti di fabbricati e terreni di proprietà di soggetti prosciolti per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva e, quindi, **in assenza di una sentenza definitiva di condanna** [22]. Ciò che è necessario e sufficiente per procedere alla confisca – afferma la Corte Edu – è che provvedimento sia: *a)* in grado di contenere un **pieno accertamento**, oltre ogni ragionevole dubbio, in ordine alla sussistenza del **reato di lottizzazione abusiva**, tanto nella sua **componente oggettiva** quanto in quella **soggettiva**; *b)* emesso dal giudice a seguito di un procedimento che abbia rispettato in maniera rigorosa i **requisiti del giusto processo** come enunciati dall’art. 6 CEDU.

Ed, in effetti, la giurisprudenza della Cassazione successiva alla presa di posizione della Corte Edu rinviene proprio nel necessario rispetto dei principi del giusto processo il vero e proprio discrimine fra una confisca legittima – perché disposta a seguito di un accertamento avente le caratteristiche di una condanna in senso ‘sostanziale’ – e una confisca illegittima, perché carente dei requisiti minimi per poter pervenire a un accertamento di responsabilità, seppur contenuto in un provvedimento diverso da una condanna in senso ‘formale’. Così, ad esempio, la Suprema corte afferma che è **illegittima la confisca** urbanistica disposta contestualmente al proscioglimento per prescrizione dell’imputato, senza l’istaurazione del contraddittorio e senza l’esame delle doglianze proposte con gli atti d’appello, avvenuta in **sede predibattimentale** [23] o **prima che l’istruzione dibattimentale sia conclusa** [24].

Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come la nozione di condanna in senso ‘sostanziale’ prescelta dai giudici di Strasburgo e emergente dalla sentenza *G.i.e.m.* sia alquanto **diversa (e meno garantistica) rispetto a quella già adottata dalle giurisdizioni nazionali** [25] in relazione alle altre ipotesi di confisca ‘senza condanna’ presenti nel nostro ordinamento. Ci si riferisce proprio al principio di diritto dapprima espresso dalle Sezioni Unite Lucci [26] e in seguito recepito dal legislatore all’interno dell’art. 578 *bis* c.p.p.

Anche nei casi di confisca ‘senza condanna’ disciplinati dall’articolo 578 *bis* c.p.p., infatti, la confisca può essere disposta contestualmente al proscioglimento dell’imputato per avvenuta prescrizione. Tuttavia, l’accertamento avente natura di condanna ‘sostanziale’ cui si riferisce l’art. 578 *bis* c.p.p. deve avere assunto – quantomeno – la forma di una sentenza di condanna formale in primo (e/o) secondo grado, come è evidente dal fatto che tale norma che si rivolga solo al giudice di secondo grado o di Cassazione.

Appare evidente, allora, che l’estensione del principio di diritto di cui all’art. 578 *bis* c.p.p. alla confisca urbanistica consentirebbe un **innalzamento delle garanzie** in questa materia, perché impedirebbe – cosa che, a stretto rigore, la giurisprudenza Edu non fa – che tale misura sia disposta, ad esempio, all’esito dell’istruttoria dibattimentale e prima della pronuncia della condanna in primo grado; con ciò mettendo fine ad una potenziale disparità di trattamento rispetto alle altre confische ‘senza condanna’ presenti nel nostro ordinamento difficile da giustificare, sol che si rifletta sulla sua, ormai più volte affermata, natura sostanzialmente penale. Anche in assenza di un allineamento dello *standard* delle garanzie fra la confisca urbanistica e le altre confische senza condanna e – in particolar modo – nei casi in cui la misura sia disposta nel primo grado di giudizio, il rispetto della necessaria proporzionalità della misura pare un requisito irrinunciabile; l’unico requisito, a ben vedere, che possa in qualche modo intervenire a controbilanciare l’evidente flessione delle garanzie processuali che ormai caratterizza la materia.

[1] C. Edu, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, *G.i.e.m. e altri c. Italia*. Sulla pronuncia, fra molti: cfr. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questione Giustizia*, 10 luglio 2018; Repetto, *La Grande Camera della Corte Edu si pronuncia sulla confisca a seguito di*

*lottizzazione abusiva e si riduce il divario con la Corte Costituzionale*, in *Diritti Comparati*, 28 giugno 2018; Civello, *La sentenza G.i.e.m. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Archivio Penale*, 3, 2018; Quattrocchi, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1505 ss.; Ranaldi, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un 'equilibrio' possibile*, in *Archivio penale*, 3, 2018. Volendo anche Galluccio, [Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica](#), in *Dir. pen. cont.*, 7/8, 2018, 226 ss.; Id., *Giurisprudenza europea e confisca senza condanna*, voce per *Il Libro dell'anno del Diritto*, 2019, Istituto dell'enciclopedia Treccani.

[2] C. Edu, sez. II, sent. 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia. Sulla pronuncia cfr. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3508 ss.

[3] C. Edu, sez. II, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia. Sulla pronuncia cfr. Fr. Mazzacuva, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013; Balsamo, *La Corte europea e la 'confisca senza condanna' per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1395 ss.

[4] Cfr. Finocchiaro, *sub art. 1 Prot. Add., Cedu*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Giappichelli, 2016, 325 ss.

[5] C. Edu, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.i.e.m., cit., §301.

[6] Nell'alveo della proporzione vengono generalmente ricomprese le garanzie procedurali, cfr. ancora Finocchiaro, *sub art. 1 Prot. Add.*, 331 s.; Id., *La confisca civile dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, ed. Criminal Justice Network, 2018, 270.

[7] Cfr. C.edu, sez. I, sent. 6 novembre 2008, Ismayilov c. Russia; C.edu, sez. I, sent. 26 febbraio 2009, Grifhorst c. Francia; C.edu, sez. I, sent. 9 luglio 2009, Moon c. Francia; C.edu, sez. I, sent. 13 maggio 2014, Paulet c. Regno Unito.

[8] Cass., sent. 11 aprile 2019, n. 22034, Pintore.

[9] Cass., sent. 8 novembre 2018, n. 5936, Basile; Cass., sent. 4 dicembre 2018, n.14005, PM c. Bogni; Cass., sent. 20 febbraio 2019, n. 14743, Amodio.

[10] Cass., sent. 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco e a.

[11] Cass., sent. 11 aprile 2019, n. 22034, Pintore, cit.

[12] Cass., sent. 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco e a., cit.

[13] Cass., sent. 17 luglio 2017, n. 53692, Martino.

[14] D.lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

[15] Per una ricostruzione delle modifiche intervenute sulla confisca allargata di cui all'art. 240 bis e sull'introduzione dell'art. 578 bis c.p.p., si veda, tra gli altri, Barazzetta, *sub art. 240 bis c.p.*, in *Codice delle confische*, a cura di Epidendio – Varraso, Milano, 2018, p. 1001 ss.

[16] D.l. 8 giugno 1992, n. 306.

[17] Il riferimento alla confisca di cui all'art. 322 ter c.p. è stato inserito dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3. Tale legge, tra l'altro, potrebbe comportare l' "abrogazione 'differita' (quasi completa) dell'art. 578 bis c.p.p." come osserva Varraso, [La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 \(c.d. 'spazzacorrotti'\) trasforma gli artt. 578 e 578 bis c.p.p. in una disciplina a termine](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2019.

[18] Ci si riferisce in particolar modo a Cass., S.U., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci e a C. Cost., sent. n. 49 del 2015.

[19] D.P.r. 23 gennaio 1973, n. 43.

[20] D.P.r. 9 ottobre 1990, n. 309.

- [21] Così, del resto, esplicitamente Cass., S.U., sent. 15 ottobre 2008, De Maio.  
 [22] Cfr., fra molti, F. Viganò, [La Consulta e la tela di Penelope](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, 333 ss.; V. Manes, [La ‘confisca senza condanna’ al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015.  
 [23] Cass., sent. 8 novembre 2018, n. 5936, Basile, cit.  
 [24] Cass., sent. 4 dicembre 2018, n.14005, PM c. Bogni, cit.  
 [25] Segnala questo profilo, in particolar modo, Pulvirenti, *Il difficile connubio dell’art. 578 bis c.p. con la ‘sentenza Giem’ della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi di innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *Archivio Penale*, 2, 2019, 15.  
 [26] Cass., S.U., sent. Lucci, cit.

\* \* \* \* \*

**Alle Sezioni unite il compito di fare chiarezza intorno al concetto di “atti di concorrenza” nel delitto di cui all’art. 513-bis c.p. (illecita concorrenza con minaccia o violenza)**

[Cass., Sez. III, ord. 19 aprile 2019 \(dep. 18 giugno 2019\), n. 26870, Pres. Andreazza, Rel. Corbetta, ric. Guadagni](#)

di Silvia Bernardi

1. Nell’udienza del prossimo 28 novembre 2019, le Sezioni Unite penali della Cassazione saranno chiamate a pronunciarsi intorno a una questione interpretativa da lungo tempo irrisolta in seno alla stessa Corte di legittimità, concernente il **campo di applicazione del delitto di illecita concorrenza con minaccia o violenza di cui all’art. 513-bis c.p.**

Ciò che è oggetto di **perdurante contrasto giurisprudenziale** – come riconosciuto dalla terza sezione della Suprema Corte, che ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite con l’ordinanza che si può leggere in allegato – è in particolare il **concetto di “atti di concorrenza”** all’interno della fattispecie in questione, non essendo allo stato chiaro se con tale espressione debbano intendersi **esclusivamente le c.d. condotte concorrenziali tipiche** (come quelle espressamente elencate dall’art. 2598 c.c. in materia di concorrenza sleale, ovvero atti di boicottaggio, storno di dipendenti, rifiuto di contrattare, ecc.) o se essa vada piuttosto interpretata come riferibile a **qualsiasi atto idoneo a ostacolare la regolare dinamica concorrenziale**.

2. Il caso sottoposto alla terza sezione della Corte di cassazione concerneva due soggetti condannati in primo e secondo grado per i **delitti di illecita concorrenza con violenza e minaccia e di lesioni, per aver aggredito con calci, pugni e minacce un dipendente di un’impresa operante nel loro medesimo settore** (in particolare, la fornitura di lavori di spurgo), al fine di indurre tale impresa a cessare il proprio esercizio sul territorio su cui gli imputati rivendicavano l’esclusiva.

Tra i motivi di ricorso in cassazione presentati dalla difesa, si contestava l’**erronea applicazione al caso di specie dell’art. 513-bis c.p.**, norma che punisce (con la pena della reclusione da due a sei anni) il fatto di **compiere atti di concorrenza con violenza o minaccia nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale o comunque produttiva**; si sosteneva, nello specifico, che

gli atti intimidatori che si attribuivano agli imputati non potessero essere qualificati in termini di “atti di concorrenza” ai sensi della norma incriminatrice in questione.

3. La terza sezione della Suprema Corte, come già anticipato, ammette l’esistenza di dubbi mai sanati circa la corretta interpretazione della norma *de qua*, dopo avere osservato che, negli anni, presso la giurisprudenza di legittimità si sono affermati **due contrari orientamenti**.

Un primo indirizzo, maggiormente restrittivo e aderente alla lettera della norma, àncora l’elemento oggettivo del delitto in esame alla sola commissione di **condotte illecite tipicamente concorrenziali e competitive** – per l’appunto: boicottaggio, storno di dipendenti, atti di concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c. ...* – che siano commesse mediante violenza o minaccia; non vi rientrerebbero, pertanto, quelle condotte intimidatorie che non costituiscano in sé attività concorrenziale, ma abbiano semplicemente il fine di ostacolare l’altrui libera concorrenza, quali anzitutto comportamenti aggressivi nei confronti della persona, dei familiari o dei beni del concorrente [1]. D’altra parte, un opposto orientamento offre invece una lettura della norma incriminatrice di più ampio respiro, ritenendo che il delitto sia configurato in **tutti quei casi in cui le condotte di violenza o minaccia siano utilizzate strumentalmente per impedire al concorrente di autodeterminarsi nell’esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale** [2].

A sostegno della prima posizione, osserva la Suprema Corte nell’ordinanza in commento, si adduce che funzione della norma incriminatrice sarebbe la **tutela della libera concorrenza** – data anche la collocazione nel codice penale tra i “delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio” – e che pertanto **le condotte concorrenziali illecite ai sensi dell’art. 513-bis c.p. dovrebbero coincidere con le condotte concorrenziali illecite sotto il profilo civilistico**, salvo la loro realizzazione mediante violenza o minaccia. In questo senso, il delitto non sarebbe configurabile laddove la condotta dell’agente non integri un atto concorrenziale tipico in quanto civilisticamente illecito, ma l’illegittima limitazione della concorrenza rappresenti un *mero scopo* in capo all’agente.

La *ratio* della norma, così come la volontà del legislatore storico, sono però richiamate quali argomenti anche a supporto del secondo indirizzo interpretativo: viene infatti sostenuto che proprio la finalità di tutelare la libera concorrenza imporrebbe di considerare quali “atti di concorrenza” *ex art. 513-bis c.p.* anche i **comportamenti** propriamente **impeditivi** di quest’ultima, ovverosia quelle condotte che, realizzate mediante violenza e minaccia, siano idonee a falsare il mercato e a conferire all’agente illegittime posizioni di vantaggio sui propri concorrenti. Tanto più che il delitto in questione è stato introdotto nel codice penale dalla **legge del 13 settembre 1982, n. 646** (nota come legge Rognoni-La Torre, la quale ha contestualmente coniato il delitto di associazione di tipo mafioso di cui all’art. 416-bis c.p.) allo specifico fine di sanzionare quelle diverse **condotte di intimidazione**, tipiche della criminalità organizzata di stampo mafioso, **volte a ottenere il controllo di attività di carattere commerciale o produttivo**, così minando la stabilità del sistema concorrenziale alle sue radici.

Oltre a ciò, un ulteriore argomento a supporto dell’interpretazione estensiva viene rintracciato nello stesso **art. 2598 c.c. (rubricato “Atti di concorrenza sleale”)**, il quale, mentre ai numeri 1) e 2) prevede alcuni **casi tipici di concorrenza sleale** – utilizzo di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con nomi o segni altrui, imitazione dei prodotti altrui, diffusioni di notizie o apprezzamenti idonei a screditare l’attività del concorrente... – al numero 3) contempla invece una **norma di chiusura**, definendo come atto di concorrenza sleale qualunque atto che «si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda». Sarebbe lo stesso codice civile, dunque, ad ammettere l’esistenza di atti di concorrenza sleale *atipici*.

4. Riconoscendo l'esigenza di dirimere siffatto contrasto interpretativo, la terza sezione della Corte di cassazione decide dunque di rimettere il ricorso alle Sezioni Unite, chiedendo loro di chiarire «**se, ai fini della configurabilità del reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza, sia necessario il compimento di condotte illecite tipicamente concorrenziali o, invece, sia sufficiente il compimento di atti di violenza o minaccia in relazione ai quali la limitazione della concorrenza sia solo la mira teleologica dell'agente**».

\* \* \*

5. L'ordinanza di rimessione in commento offre finalmente alle Sezioni Unite l'occasione di risolvere un **contrasto ermeneutico che si protrae da più di un decennio**, con significative ripercussioni sul piano della certezza del diritto.

Basta infatti un rapido sguardo alle applicazioni giurisprudenziali del delitto in esame per rendersi conto di come a esso siano tuttora attribuite, nelle aule giudiziarie, **due accezioni tra loro inconciliabili**: da un lato, quella di **reato a dolo generico**, in cui il concetto di "atto di concorrenza" integra propriamente un requisito oggettivo della fattispecie, dall'altro, quella di **reato a dolo specifico**, il cui perno è costituito invece dalla condotta di violenza o minaccia, accompagnata dallo scopo di ostacolare l'altrui libera concorrenza [3]. Se per il primo orientamento la nozione di "concorrenza" qualifica la condotta incriminata in senso oggettivo, quale caratteristica materiale dell'atto in questione, il secondo orientamento attribuisce invece rilevanza alla direzione teleologico-finalistica della condotta, che pertanto assumerebbe una connotazione particolare (rispetto a qualsiasi altra condotta violenta o minacciosa) solo a livello di elemento psicologico, in ragione dello scopo peculiare perseguito dall'agente.

A prescindere dall'interpretazione che si accolga, si tratta, all'evidenza, di un **reato complesso**, all'interno del quale restano assorbiti – come riconosciuto anche in sede giurisprudenziale – i differenti delitti di violenza privata, minaccia o percosse.

6. Per comprendere le ragioni di tale contrasto interpretativo è certamente utile prendere in considerazione le **intenzioni manifestate dal legislatore storico al momento dell'introduzione di tale delitto nel codice penale**; il contesto in cui la norma incriminatrice è stata coniata, come rilevato anche dalla Terza Sezione della Cassazione nell'ordinanza in commento, ha in effetti influito non poco sulla lettura fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Invero, i lavori parlamentari della legge n. 646 del 1982 rendono immediatamente evidente che alla base della creazione del delitto di cui all'art. 513-bis c.p. stava la **consapevolezza della pervasività e delle specifiche modalità di azione delle c.d. imprese mafiose**, capaci di conquistare spazi dell'economia lecita servendosi di posizioni di vantaggio costruite attraverso meccanismi illeciti, primi tra tutti il ricorso all'intimidazione e alla violenza [4]; e difatti gli stessi proponenti attribuivano alla nuova sanzione penale la chiara funzione di **punire «un comportamento tipico mafioso che è quello di scoraggiare con esplosione di ordigni, danneggiamenti o con violenza alle persone, la concorrenza»** [5].

Senonché, come fin da subito messo in luce da acuta dottrina [6], tale intenzione, così apertamente espressa in seno ai lavori preparatori, non appare altrettanto chiaramente riflessa dal testo normativo dell'art. 513-bis c.p. Non solo la norma **non fa alcun riferimento alla criminalità organizzata di tipo mafioso**, dalla quale il delitto in questione – peraltro inserito nel diverso contesto dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio – deve ritenersi del tutto indipendente [7], ma **l'utilizzo dell'espressione "atti di concorrenza"** sembra tradire lo stesso fine che il legislatore si proponeva, escludendo la possibilità di ricomprendere nel campo di

applicazione della fattispecie condotte che mai potrebbero appartenere al mondo della concorrenza, come per l'appunto quelle di appiccicare ordigni o usare violenza alle persone. Netta è, in questo senso, la **differenza strutturale con il delitto di "Turbata libertà dell'industria o del commercio" di cui all'art. 513 c.p.**, costruito come **reato comune a dolo specifico**, volto a punire «chiunque adopera violenza sulle cose ovvero mezzi fraudolenti per impedire o turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio»: nonostante le premesse, dunque, nel caso del delitto di cui al 513-*bis* c.p. il legislatore sembrerebbe aver infine compiuto una scelta di segno diverso.

Proprio il riscontro di siffatta contraddizione ha spinto autorevole dottrina a suggerire una **rilettura tassativizzante della fattispecie qui in questione**, interpretandola come se il legislatore avesse utilizzato la formula «chiunque nell'esercizio di una attività commerciale, industriale o comunque produttiva compie **atti di violenza o minaccia diretti a scoraggiare l'altrui concorrenza**» [8].

La **particolare complessità concettuale** della disposizione in esame sta nell'aver affiancato il concetto di concorrenza a quelli, ben più usuali nel diritto penale, di violenza e minaccia: l'**attività di coercizione e intimidazione**, infatti, è **radicalmente incompatibile con la libera concorrenza**, sicché la stessa scelta terminologica del legislatore sembrerebbe a prima vista celare una vera e propria contraddizione logica [9]. Essa è stata pertanto criticata in dottrina, che vi ha rintracciato un esempio di diritto penale "simbolico" [10]; anche di recente non sono poi mancate voci a sostegno, prima ancora che di un intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Cassazione, di una riforma sul piano normativo [11].

7. Senza entrare in questa sede nel merito delle possibili prospettive *de iure condendo*, ci pare, *de iure condito*, che la **soluzione interpretativa preferibile** della norma sia comunque **quella fedele al dato letterale**.

Per quanto infatti leggere il delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p. come reato a dolo specifico apparirebbe coerente con la *ratio legis* e maggiormente pregnante sotto il profilo criminologico, tale strada troverebbe un ostacolo insormontabile nel **principio di legalità e sub specie di tassatività**, che ci sembra verrebbero irrimediabilmente violati laddove si equiparasse l'atto violento o minaccioso finalizzato a inibire la concorrenza all'atto di concorrenza commesso con violenza o minaccia, l'unico punito dalla norma in esame [12].

Tanto più che, a nostro giudizio, una corretta interpretazione della norma dovrebbe valorizzare non solo il concetto di "atti di concorrenza", ma altresì il dato secondo il quale **la condotta incriminata deve necessariamente essere compiuta «nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva»**. Come la stessa giurisprudenza di Cassazione ha riconosciuto, infatti, quello in questione è – benché l'utilizzo del pronome "chiunque" possa trarre in inganno – un **reato proprio**, il quale può essere commesso esclusivamente da chi eserciti un'attività di produzione di beni o servizi in senso lato (senza qui entrare nel merito della questione se costui debba essere o meno imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.); tale formula, però, oltre a illuminarci circa la qualifica dei soggetti attivi del delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p., ci fornisce importanti indicazioni anche per quanto riguarda la definizione del concetto di "**atti di concorrenza**", in quanto essi **devono anzitutto essere intesi come atti di esercizio della suddetta attività economico-produttiva**.

In questo senso, non appare particolarmente utile il richiamo agli atti di concorrenza sleale tipici secondo il diritto civile e in particolare secondo l'art. 2598 c.c., norma che del resto – come osservato anche dalla Cassazione nell'ordinanza in commento – si conclude con una clausola "aperta"; gli "**atti di concorrenza**", pertanto, potranno ben essere **atipici**: ciò nondimeno, dovrà trattarsi di **atti** – questo sì – **tipici di esercizio dell'attività economica dell'agente** [13]. La

violenza e la minaccia in sé, dunque, non potranno essere qualificati come atti concorrenziali a prescindere dall'atteggiamento soggettivo del soggetto attivo, poiché si tratta di atti che non possono in nessun caso costituire esercizio di un'attività produttiva; tali condotte coercitive, quindi, acquisiscono rilevanza ai fini della norma in esame solo in quanto *accedano* a un atto di esercizio dell'attività economica tipico, quali specifiche modalità della condotta.

8. Questa soluzione porta a ricomprendere nel campo di applicazione dell'art. 513-*bis* c.p. quegli atti di esercizio di un'attività economico-produttiva definiti in giurisprudenza come "concorrenziali tipici" (espressione che tuttavia riteniamo vada intesa nei termini appena illustrati), poiché in concreto suscettibili di ricadere nel campo di applicazione dell'art. 2598 c.c. in quanto "contrari ai principi di correttezza" e "idonei a danneggiare l'altrui azienda" (così recita il n. 3) della norma in esame), minando la libera concorrenza. **Non** vi rientrerebbero, invece, **quei fatti** – come quello concretamente sottoposto all'attenzione della Suprema Corte nel caso di specie – **in cui l'uso della violenza o della minaccia non è strettamente funzionale al compimento di un atto tipico di esercizio dell'impresa** (come potrebbe accadere, ad es. nei casi di boicottaggio o storno di dipendenti realizzati mediante tali condotte coercitive), ma è semplicemente **preordinato a limitare l'altrui libertà di autodeterminazione economica e ad assicurare all'agente ingiusti vantaggi competitivi**.

Tali ipotesi, per i motivi di cui sopra, non potrebbero essere sussunte nella fattispecie in questione, laddove si assicuri alla norma un'interpretazione strettamente rispondente al principio di tassatività; ciò nondimeno, una simile soluzione non lascerebbe il campo a nessun vuoto normativo: condotte di tal genere, difatti, appaiono dirette a procurare a sé o altri un ingiusto profitto con altrui danno e potrebbero ricadere entro il campo di applicazione del **delitto di estorsione, quantomeno nella sua forma tentata** [14].

9. In ogni caso, la questione sarà finalmente decisa dalle **Sezioni Unite della Corte di cassazione il prossimo 28 novembre**: a loro starà il compito di adottare una posizione chiara e definitiva rispetto al problema che in questa sede abbiamo voluto ricostruire nelle sue linee essenziali. Considerando che, laddove poi queste dovessero optare per la soluzione più restrittiva e maggiormente aderente al tenore letterale della norma incriminatrice, rimarrebbe comunque aperta la possibilità per il legislatore di intervenire direttamente sul testo normativo, qualora ritenesse opportuno renderlo maggiormente coerente con le istanze di tutela avvertite al momento della sua introduzione [15].

[1] Tra le pronunce più recenti, l'ordinanza cita Cass. pen., Sez. II, sentenza dell'8 novembre 2016, n. 49365, Prezioso; Cass. pen., Sez. VI, sentenza del 22 settembre 2015, n. 44698, Cannizzaro; Cass. pen., Sez. II, sentenza del 10 febbraio 2015, n. 9763, Amadorc; Cass. pen., Sez. II, sentenza del 27 maggio 2014, n. 29009, Ciliberti, in Cass. pen. n. 2/2015, p. 635 ss., con nota di A. Marchini, *Le condotte illecite punite dall'art. 513-bis c.p.*

[2] In questo senso, di recente, Cass. pen., Sez. II, sentenza del 13 aprile 2016, n. 18122, Gencarelli; Cass. pen., Sez. III, sentenza del 10 dicembre 2015, n. 3868, Inguì, in *Cass. pen.*, n. 11/2016, p. 4113 ss., con nota di B. Rossi, *L'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 513-bis c.p.*

[3] Sulla differente caratterizzazione dell'elemento soggettivo nel delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p., a seconda del significato che si attribuisca al concetto di "atti di concorrenza", cfr. per tutti C. Baccaredda Boy, sub *Art. 513-bis c.p. Illecita concorrenza con minaccia o violenza*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, IV ed., Tomo II, p. 2515; A. Laronga, *Illecita concorrenza con violenza o minaccia (art. 513 bis c.p.)*, in A. Cadoppi – S. Canestrari

– A. Manna – M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Milano, 2010, p. 861; F. Pesce, *Illecita concorrenza con violenza o minaccia*, in G. Fornasari (a cura di), *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, Napoli, 2012, p. 239.

[4] In questo senso A. Alessandri, voce *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, p. 411, il quale in proposito osserva che «La c.d. impresa mafiosa non rappresenta così unicamente il mezzo per investire, in modo rispettabile, i proventi dell'attività criminosa: costituisce, molto più pericolosamente, un'entità economica che gioca a tutto campo sul terreno delle altre imprese, potendo contare su certi "vantaggi competitivi" al di fuori della portata dei "normali" concorrenti, tali da scardinare il quadro della concorrenza e, prima ancora, i suoi stessi presupposti. Tra questi vantaggi competitivi si segnala, in particolare, la possibilità di un ricorso "naturale" all'intimidazione ed alla violenza, al fine di eliminare neutralizzare o quanto meno scoraggiare l'altrui concorrenza».

[5] In questi termini la Relazione alla proposta di legge n. 1581 presentata alla Camera dei deputati il 31 marzo 1980, VIII legislatura, consultabile a questo [link](#).

[6] In particolare, G. Fiandaca, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 278.

[7] Anche la Corte di cassazione, dopo essersi i primi anni limitata ad applicare la fattispecie in relazione al contesto della criminalità organizzata mafiosa, ha riconosciuto che si tratta invece di un reato di portata generale: cfr. in proposito A. Alessandri, voce *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, cit., p. 412; E. D'ippolito, *L'illecita concorrenza con violenza o minaccia: tra metodo mafioso e direzione dell'intimidazione, il problema resta l'equivoco sugli atti di concorrenza*, in *Cass. Pen.*, n. 11/2011, p. 3822; A. Gentiloni Silveri, *Natura e requisiti di configurabilità del delitto di turbata libertà dell'industria o del commercio*, in *Cass. pen.*, n. 3/2010, p. 989; M. Mazza, *L'art. 513 bis del codice penale e la lotta agli atti di concorrenza compiuti con minaccia o violenza*, in *Rivista di polizia*, 1983, p. 733.

[8] Così G. Fiandaca, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646*, cit., p. 279.

[9] Si rimanda sul punto alle osservazioni di A. Alessandri, voce *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, cit., p. 412, secondo il quale «Inserire nel tema della libertà di concorrenza, cioè della pacifica competizione economica propria di un sistema che riconosce l'iniziativa privata, una figura i cui aspetti modali sono costituiti dalla violenza e dalla minaccia sembra porre la nuova fattispecie in una traiettoria di fuga rispetto ai problemi reali. Il ricorso alla forza appare infatti aver poco da spartire con le regole di concorrenza e con le loro violazioni».

[10] Così A. Alessandri, voce *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, cit., p. 415; E. D'ippolito, *L'illecita concorrenza con violenza o minaccia*, cit., p. 3821; E. Mezza, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, p. 326.

[11] Cfr. ad es. E. D'ippolito, *L'illecita concorrenza con violenza o minaccia*, cit., p. 3831; A. Marchini, *Le condotte illecite punite dall'art. 513-bis c.p.*, cit., p. 641; E. Mezza, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza*, cit., p. 326 ss.

[12] In questi termini, tra gli altri, A. Marchini, *Le condotte illecite punite dall'art. 513-bis c.p.*, cit., p. 640.

[13] Così l'insegnamento di A. Alessandri, voce *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, cit., p. 414, secondo il quale «Sia nel caso di atti lesivi dei valori organizzativi o tecnici dell'imprenditore avversario o che mirino ad acquisire posizioni di supremazia ostacolando l'attività del concorrente, occorre pur sempre, per la loro individuazione, che si tratti di modalità di esercizio dell'attività economica. Senza questa riferibilità alla fenomenologia competitiva, pur colta nelle sue manifestazioni patologiche, si esce dal terreno della concorrenza per entrare nel dominio delle norme (penali) regolatrici dei rapporti interpersonali, non ulteriormente qualificati».

[14] Occorre peraltro tenere conto che la giurisprudenza che in casi simili rintraccia il delitto di cui all'art. 513-bis c.p. riconosce altresì il concorso con quello di cui all'art. 629 c.p., in base all'argomento secondo il quale tra i reati in questione non sussiste rapporto di specialità (se non bilaterale) ed essi comunque tutelano beni giuridici differenti (l'economia pubblica e la concorrenza, in un caso, il patrimonio individuale, nell'altro); sul punto si rimanda per tutti alla rassegna di C. Baccaredda Boy, sub *Art. 513-bis c.p. Illecita concorrenza con minaccia o violenza*, cit., pp. 2516-2517.

[15] Una riforma potrebbe essere peraltro effettivamente auspicabile in considerazione della prova dell'ingiusto profitto derivante dalla limitazione dell'altrui concorrenza, che rischierebbe in alcuni casi di rendere in concreto inadeguato il delitto di estorsione di cui all'art. 629 c.p.

\* \* \* \* \*

**Rimessa alle Sezioni Unite una questione relativa alla compatibilità tra traffico di stupefacenti "di lieve entità" e attenuante del lucro di speciale tenuità**

*Cass., sez. IV, ord. 17 ottobre 2019 (u.p. 10 ottobre 2019), n. 42731, Pres. Ciampi, est. Menichetti, ric. Dabo*

di Pietro Bernardoni

1. Con l'ordinanza in esame, la quarta sezione della Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni Unite una **questione relativa all'applicabilità dell'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 4, c.p. - nella parte in cui prevede una riduzione di pena per i delitti determinati da motivo di lucro, quando l'agente abbia di mira o abbia comunque conseguito un lucro di speciale tenuità - alle fattispecie di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309/1990 (T.U. stupefacenti)**, ed in particolare all'ipotesi di cui al comma 5 della norma citata, che prevede la fattispecie di reato di traffico di sostanze stupefacenti di lieve entità.

2. Questo il **fatto alla base della decisione**, per come descritto dall'ordinanza: **l'imputato è accusato di aver ceduto una dose di 2,2 g di hashish, dietro il pagamento di un corrispettivo di dieci euro**. Il fatto è qualificato, dal giudice di merito, come un'ipotesi riconducibile all'art. 73, comma 5, T.U. stupefacenti, e l'imputato impugna la decisione contestando la mancata applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.

Per comprendere i termini della questione è necessario esporre brevemente la disciplina di riferimento. Come già accennato, l'imputato è stato condannato in appello per il reato di cui all'art. 73, comma 5, T.U. stupefacenti: tale norma sanziona, con una pena sensibilmente più bassa rispetto alle ipotesi-base di cui ai commi precedenti, la produzione ed il traffico di stupefacenti quando tali condotte "per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze [siano] di lieve entità"; come è noto, la norma non differenzia tra droghe c.d. pesanti e droghe c.d. leggere [1].

L'attenuante di cui l'imputato invoca l'applicazione, invece, è una circostanza comune prevista dall'art. 62, n. 4, c.p., che, a seguito della modifica operata con l. n. 19 del 1990 non è più riservata ai soli delitti contro il patrimonio, ma è divenuta applicabile a tutti i delitti "determinati da motivi di lucro"; tale norma consente la riduzione della pena fino ad un terzo quando ricorrano due

requisiti: da un lato, l'autore del reato deve aver agito per conseguire o deve aver comunque conseguito "un lucro di speciale tenuità"; dall'altro, è necessario che "anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità". Si tratta di due elementi che debbono ricorrere congiuntamente perché l'attenuante possa trovare applicazione.

4. Sull'applicabilità di tale attenuante ai reati in materia di stupefacenti, ed in particolare all'ipotesi di cui all'art. 73, c. 5, la quarta sezione rileva **un contrasto nella giurisprudenza di legittimità**, in quanto sul tema possono essere individuati due filoni di sentenze.

Secondo **un primo orientamento**, infatti, **non si porrebbero problemi a configurare un'ipotesi di spaccio "lieve" ulteriormente attenuato dalla "speciale tenuità" del lucro avuto di mira o conseguito dall'autore dell'illecito** [2]. A sostegno di tale conclusione, le sentenze richiamate dall'ordinanza in esame individuano una serie di argomenti: innanzitutto, si evidenzia come **la fattispecie dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., presenti un elemento specializzante** rispetto all'ipotesi di fatto lieve *ex art. 73, c. 5*, in quanto tale ultima norma non richiede espressamente il perseguimento o il conseguimento di un lucro di speciale tenuità; pertanto, non si porrebbe un problema di doppia valutazione del medesimo elemento di fatto tanto ai fini della qualificazione *ex art. 73, c. 5 T.U.* stupefacenti quanto per l'applicazione dell'attenuante in questione.

Detto in altre parole: secondo le sentenze che accolgono tale orientamento giurisprudenziale, *è ben possibile che vi sia un'ipotesi di spaccio "lieve", ma in cui il lucro perseguito o conseguito non sia "di speciale tenuità"*, per cui laddove ricorra tale elemento devono trovare applicazione congiuntamente le due norme in esame.

Un ulteriore argomento portato a sostegno della tesi favorevole all'applicabilità del 62, n. 4, c.p. si fonda sulla **natura comune di tale circostanza attenuante**, ed in particolare sul fatto che, specialmente a seguito della riforma del 1990, tale norma sembra destinata a trovare applicazione rispetto ad un numero non determinabile di fattispecie delittuose, stante il rilievo attribuito ai motivi che hanno spinto il soggetto ad agire. In particolare, il fatto che il legislatore abbia esteso l'applicabilità dell'attenuante *de qua* al di là dell'ambito dei reati "che comunque offendono il patrimonio" senza determinare limitazioni di sorta rispetto ai beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici rispetto a cui essa può trovare applicazione dovrebbe portare l'interprete a valutare volta a volta, in concreto, se ricorrano le condizioni richieste dalla stessa per la sua applicazione. In particolare, **non si potrebbe escludere la "speciale tenuità" dell'offesa solo in ragione del bene giuridico che la norma incriminatrice mira a tutelare.**

5. **Un secondo orientamento, invece, sostiene la non applicabilità dell'attenuante del lucro di speciale tenuità alle fattispecie in materia di stupefacenti, ed in particolare all'ipotesi di cui all'art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti** [3]. Tale orientamento si fonda, in buona sostanza, su **argomentazioni uguali e contrarie** rispetto a quelle valorizzate dalle sentenze cui si è fatto prima riferimento: innanzitutto, secondo le pronunce che aderiscono a questo secondo filone interpretativo, la ridotta rilevanza economica della condotta – che è l'elemento costitutivo dell'attenuante di cui al 62, n. 4, c.p. – rappresenta uno dei parametri su cui valutare la lievità della condotta ai fini della qualificazione del fatto all'interno della fattispecie di cui al 73, c. 5, T.U. stupefacenti. Pertanto, si può dire che **la speciale tenuità del profitto rappresenta un elemento costitutivo del reato**, e non può venire in rilievo come circostanza attenuante, in base al disposto di apertura dell'art. 62 c.p.

In secondo luogo, l'orientamento contrario all'applicabilità dell'attenuante in esame allo spaccio "di lieve entità" si fonda sull'assunto per cui, nei reati in materia di sostanze stupefacenti, **non si potrebbe mai avere un "evento dannoso o pericoloso [...] di speciale tenuità"**, in quanto le

condotte punite dal d.P.R. 309/1990 sarebbero lesive della salute pubblica. In una recentissima pronuncia, la Cassazione afferma che è necessario “far riferimento anche al valore complessivo del pregiudizio arrecato” e non limitarsi a considerare l’aspetto economico in senso stretto della vicenda [4].

6. Sussistendo tale contrasto, la quarta sezione sottopone alle Sezioni Unite un **quesito** così formulato: *“Se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all’art. 62 n. 4 c.p. sia applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato da un ridotto grado di offensività o disvalore sociale, e se sia compatibile con l’autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall’art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90”*.

\* \* \*

7. Senza addentrarci in un approfondito esame della questione di diritto proposta all’attenzione delle Sezioni Unite, non praticabile nell’economia di questa nota, proviamo qui a proporre solo qualche brevissimo spunto di riflessione, ipotizzando anche una possibile soluzione della questione sottoposta alle Sezioni Unite. In particolare, a parere di chi scrive, **il quesito posto alle Sezioni Unite dovrebbe essere scisso nelle sue due componenti**.

Innanzitutto, infatti, occorre soffermarsi sull’**applicabilità, in generale, dell’attenuante in esame ai reati in materia di stupefacenti**; in un secondo momento, poi, e solo qualora sia risolta positivamente tale prima questione, sarà possibile esaminare la **compatibilità strutturale tra l’attenuante e l’ipotesi di traffico di stupefacenti “di lieve entità”** ex art. 73, c. 5.

Con riferimento alla **prima questione**, occorre partire dal dato letterale dell’art. 62, n. 4, in base al quale il legislatore non sembra aver posto limitazioni di sorta all’ambito applicativo della norma in esame: laddove ne ricorrano i presupposti sopra enunciati, infatti, la norma dovrebbe applicarsi ad ogni fatto delittuoso che, in concreto, sia stato determinato da motivi di lucro [5]. **L’ambito applicativo della fattispecie, dunque, viene a delinarsi in concreto alla luce del requisito per cui l’evento dannoso o pericoloso deve essere di speciale tenuità**: come messo in luce da attenta dottrina, si tratta di un requisito che, proprio per il fatto di essere ancorato al concreto atteggiarsi dell’offesa cagionata dal reato, presta il fianco ad applicazioni ambigue [6]. Ciò non toglie che sia possibile cercare anche dei **limiti in astratto all’applicabilità dell’attenuante in esame**: in particolare, **si potrebbe cercare una chiave di lettura nell’art. 131-bis c.p.**, che, al secondo comma, fornisce una definizione “in negativo” di “offesa di particolare tenuità”. La norma in questione, infatti, stabilisce che l’offesa *non* può essere considerata 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”*. Tale definizione è espressamente qualificata dalla norma come relativa al concetto di particolare tenuità dell’offesa “ai sensi del primo comma”, tuttavia, si potrebbe forse sostenere che una ragione sistematica impone di considerarla anche ai fini dell’attenuante in esame: **posto, infatti, che gli effetti del 131-bis c.p. sono ben più favorevoli, per il reo, dell’applicazione di una semplice attenuante, parrebbe del tutto irragionevole escludere dall’ambito di applicazione di quest’ultima categorie di reati che, in astratto, potrebbero rientrare nell’ambito di applicazione della prima**. Detto in altre parole: se il legislatore ha ritenuto che vi possa essere “offesa di particolare tenuità” idonea ad integrare la causa di non punibilità di cui al 131-bis c.p. anche in ipotesi in cui, ad esempio, il reato comporti la messa in pericolo o la lesione della pubblica incolumità, non pare

ragionevole ritenere che tale evento possa considerarsi già in astratto di non particolare tenuità – solo in base al bene giuridico leso o minacciato – ai fini dell’attenuante di cui al 62, n. 4, c.p. [7]. Peraltro, occorre fare un’ulteriore precisazione: se è vero che il bene giuridico tutelato dall’art. 73 del T.U. stupefacenti è un bene di primaria importanza, trattandosi della salute pubblica, è altresì vero che la struttura dell’offesa lo connota come reato di pericolo presunto [8]. Pertanto, si può ben ritenere che tale offesa sia graduabile in base all’entità del pericolo per il bene giuridico tutelato, da valutarsi alla luce di tutte le circostanze del caso concreto: la cessione occasionale di una ridottissima quantità di marijuana, ad esempio, determina un pericolo per la salute pubblica di gran lunga inferiore rispetto allo spaccio sistematico di un ingente quantitativo di una qualsiasi droga “pesante”; lo stesso dicasi della differenza che intercorre tra la condotta di colui che cede al giovane o giovanissimo consumatore la sua prima dose di una droga dotata di una “capacità di uncinamento” particolarmente intensa e quella di chi procura all’eroinomane l’ennesima dose di sostanza [9].

Ci sembra, dunque, che **l’argomento utilizzato per negare l’applicabilità tout court dell’attenuante del lucro di speciale tenuità a qualsiasi fattispecie di reato avente ad oggetto sostanze stupefacenti fondato sulla rilevanza del bene giuridico tutelato, che ne impedirebbe la configurazione in ogni caso come “offesa di particolare tenuità” non regga né alla luce dell’argomento sistematico di confronto con l’art. 131-bis c.p., né alla prova dei fatti.** Al più, si potrebbe ritenere che il requisito della speciale tenuità dell’evento offensivo conduca a ritenere applicabile tale attenuante solo ai fatti riconducibili all’ipotesi di produzione o cessione di sostanze stupefacenti di lieve entità, di cui all’art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti.

8. Ciò detto, dunque, è possibile soffermarsi sul **secondo argomento portato contro l’applicabilità dell’attenuante del lucro di speciale tenuità alla specifica ipotesi di spaccio di lieve entità di cui all’art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti.** Con riferimento a tale fattispecie, l’orientamento che nega l’applicabilità dell’attenuante in esame fa leva principalmente su un **argomento di tipo strutturale:** posto che l’esiguità del profitto è uno dei parametri che rientra nel concetto di “mezzi, modalità o circostanze dell’azione”, in base a cui il giudice sarebbe chiamato a valutare se si tratta di fatto “di lieve entità” ai sensi del 73, c. 5, una considerazione di tale elemento anche ai fini dell’attenuante in parola rappresenterebbe una **duplicazione del beneficio in relazione al medesimo elemento di fatto.**

Anche tale obiezione non sembra, tuttavia, insuperabile. È vero, infatti, che l’esiguità del lucro è certamente un elemento che il giudice può valutare ai fini dell’applicazione della fattispecie di spaccio di lieve entità; tuttavia, è bene soffermarsi brevemente sulla lettera delle due disposizioni, per comprendere se realmente facciano riferimento al medesimo concetto: in particolare, **occorre considerare le locuzioni “lieve entità”, con cui l’art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti qualifica il fatto di reato e “speciale tenuità”, che l’art. 62, n. 4, c.p. utilizza per definire il lucro avuto di mira o effettivamente conseguito dall’autore del reato.** Ci sembra che i due concetti **non siano del tutto sovrapponibili:** la “speciale tenuità”, infatti, sembra essere un concetto più restrittivo, più intenso, di quello di “lieve entità”, e dunque un elemento specializzante per specificazione rispetto alla fattispecie base, idoneo a giustificare l’attenuazione di pena che deriva dall’applicazione del 62, n. 4, c.p.

Un’ulteriore riflessione per avvalorare quanto detto: la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che la causa di non punibilità di speciale tenuità ex art. 131-bis c.p. sia applicabile anche alla fattispecie di cui all’art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti, in applicazione analogica della clausola di cui all’ultimo comma dell’art. 131-bis del codice [10]. Se, dunque, “lieve entità” e “particolare tenuità” fossero concetti perfettamente sovrapponibili, l’art. 73, c. 5, T.U. stupefacenti e l’art. 131-bis c.p. finirebbero per avere il medesimo ambito applicativo, almeno dal punto di vista oggettivo:

la fattispecie di spaccio lieve rimarrebbe dunque applicabile solo ove non ricorressero gli altri elementi richiesti dall'art. 131-*bis* c.p., ed in particolare laddove la condotta dell'agente fosse abituale. Tale soluzione non pare però coerente con la ratio dell'art. 131-*bis* c.p., che è quella di espungere dal sistema penale quei fatti il cui grado di offensività si collochi *in limine* al livello inferiore di ogni singola fattispecie delittuosa cui la norma risulta applicabile, nell'ottica della depenalizzazione in concreto [11]. Pertanto, a noi pare che **la nozione di "particolare tenuità" faccia riferimento ad un concetto diverso e più restrittivo di quello di "lieve entità"; e se ciò vale per l'art. 131-*bis* c.p., non si vede perché non debba valere anche per l'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.**

Infine, **diverso ci sembra anche l'oggetto cui si riferiscono "lieve entità" ex art. 73, c. 5 e "speciale tenuità" ai sensi dell'art. 62, n. 4:** l'art. 73, c. 5, infatti, richiede che la lievità connoti il fatto di reato in senso complessivo, ed indica a tal fine una serie di parametri non necessariamente cumulativi tra loro, come si evince dall'uso delle congiunzioni disgiuntive [12]. Al contrario, l'art. 62, n. 4, c.p. riferisce la speciale tenuità al solo lucro, avuto di mira o effettivamente conseguito. Pertanto, è possibile che vi sia un fatto lieve nel suo complesso in cui il lucro non sia di speciale tenuità; ciò giustifica, nel caso in cui tale elemento ricorra, l'applicazione dell'attenuante, senza che ciò comporti una duplice valutazione del medesimo fatto.

9. Sia consentita, infine, un'ultima considerazione relativa al caso di specie oggetto dell'ordinanza: come già detto, il fatto oggetto di imputazione consiste nella cessione di 2,2 g di hashish a fronte del corrispettivo di dieci euro. Dall'ordinanza non è dato capire se l'imputato abbia a suo carico precedenti penali specifici o se risultino elementi da cui desumere l'abitudine della condotta di traffico di stupefacenti: in assenza di tali elementi, però, **non pare peregrino chiedersi per quale ragione non abbia trovato applicazione nel caso di specie la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.**

**È evidente come la condotta si caratterizzi per un ridottissimo grado di offensività,** sia in ragione della modesta quantità di stupefacente ceduto, sia per il fatto che l'autore del fatto non risulta essere stato in possesso di ulteriori quantitativi di stupefacente da cedere in futuro, né degli strumenti per confezionare le singole dosi. La vicenda richiama immediatamente alla mente altri casi in cui per fatti connotati da una scarsissima offensività si sono susseguiti svariati gradi di giudizio, e fa sorgere ancora una volta il quesito circa l'opportunità di svolgere tre gradi di giudizio per un fatto che potrebbe essere qualificato come poco più che bagatellare [13].

[1] La formulazione attuale della norma, ed in generale la disciplina dell'intero art. 73, T.U. stupefacenti, è frutto di una lunga evoluzione, passata attraverso numerose riforme e più volte oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale (da ultimo, si veda C. Cost. sent. 23 gennaio 2019, dep. 8 marzo 2019, n. 40, con commento di C. Bray, [Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019).

[2] Per i riferimenti giurisprudenziali, si veda il par. 2 dell'ordinanza in esame.

[3] Di nuovo, per l'individuazione degli estremi delle sentenze in questione si rinvia al par. 3 dell'ordinanza di rimessione.

[4] Si veda C. Cass., sez. III, sent. 2 maggio 2019 (u.p. 5 febbraio), n. 18013, in cui la Corte nega l'applicabilità dell'attenuante del 62, n. 4, ad un caso pur qualificato come "di lieve entità" avente ad oggetto la cessione di una sola dose di eroina cui si accompagnava la detenzione di 20 g della medesima sostanza.

- [5] In tal senso, nella manualistica, si vedano G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VIII ed., Milano, 2019, p. 627, con riferimento all’aggravante “speculare” di cui all’art. 61, n. 7, c.p., ma valido, per espressa indicazione degli autori, anche per l’attenuante in oggetto (p. 640). In senso simile, G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, pp. 453 e 461.
- [6] Il riferimento è, nuovamente, a G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit., p. 463.
- [7] Si pensi, per fare un esempio ulteriore rispetto al caso degli stupefacenti, al reato di cui all’art. 441 c.p., che rientra nell’ambito applicativo del 131-bis e che non risulta escluso dalla clausola di cui al secondo comma: si tratta di un reato la cui fattispecie richiede il pericolo concreto per la salute pubblica. Sarebbe assurdo ritenere non punibile tale condotta quando “di particolare tenuità” e non applicabile, invece, l’attenuante in esame.
- [8] In tal senso, G. Piffer, *Sub art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, in E Dolcini – G. L. Gatta, *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, IV ed., Milano, 2015, pp. 2234-2235.
- [9] Si pensi, per citare episodi realmente accaduti, alla differenza tra il fatto oggetto di giudizio – cessione di 2,2 g di hashish – e quello oggetto della già citata sent. n. 18013 del 2019, riguardante la cessione di una dose di eroina, contestuale al possesso di 20 g della medesima sostanza. Pur essendo vero che in entrambi i casi il lucro è stato particolarmente tenue – rispettivamente, dieci e venti euro – si può ritenere che solo nel primo caso l’evento pericoloso sia “di particolare tenuità”.
- [10] Si veda, in particolare, G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 462.
- [11] Si veda, al riguardo, A. Gullo, *Sub art. 131-bis*, in E Dolcini – G. L. Gatta, *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, IV ed., Milano, 2015, pp. 1947-1948
- [12] L’esigenza di una valutazione complessiva del fatto, ai fini della sua sussunzione all’interno della cornice dell’art. 73, c. 5, è ben evidenziata da [Cass., Sez. Un., sent. 9 novembre 2018 \(u.p. 29 settembre\), n. 51063, Murolo](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2018.
- [13] Su questo tema, si vedano G.L. Gatta, [La Cassazione e il furto \(tentato\) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018 e Id., [Il ripetuto abbaiare di un cane vale un mese di arresto e tre gradi di giudizio penale? Considerazioni a margine di una annunciata riforma del sistema penale: perché non depenalizzare ancora?](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2019.

Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**