

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, 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 Masera, 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, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, 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, Alessandra Galluccio, 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, 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, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

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). La 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*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

P. BECCARI, <i>Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di “revenge porn” in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale.....</i>	5
I. ERCOLE, <i>Falsi d’arte e confisca in assenza di condanna, tra tentativi definitivi e prassi applicativa.....</i>	25
F. LAZZARINI, <i>L’appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento: dagli Stati Uniti un modello per l’Italia?.....</i>	45
F. DELLA CASA, <i>I rimedi preventivi a tutela dei diritti e della dignità del detenuto. Parallelismi tra l’evoluzione normativa italiana e quella francese.....</i>	91
L. BUSCEMA, <i>Giustizia riparativa e negazionismo: ricordare, rimediare e riflettere per riconciliare.....</i>	111
G. ACCINNI, <i>L’utilizzo criminogeno della blockchain: gli smart contract</i>	133
A. FALCONE, <i>Indipendenza e imparzialità del giudice quali presupposti per un’effettiva tutela del principio della presunzione di innocenza.....</i>	149

LE PRIME DIFFICOLTÀ APPLICATIVE DELLA NUOVA FATTISPECIE DI “REVENGE PORN” IN CASO DI DIFFUSIONE DEL MATERIALE DA PARTE DI SOGGETTI ESTRANEI AL RAPPORTO SESSUALE

Nota a Trib. Reggio Emilia, Sez. GIP/GUP, sent. n. 528/2021 (ud. 09/11/2021, dep. 22/11/2021)

di Paolo Beccari

Abstract. *Con la sentenza in esame, il GUP di Reggio Emilia assolve due coimputati dal reato di diffusione illecita di immagini sessualmente esplicite, riscontrando nella norma un limite oggettivo alla sua applicazione, relativamente alla diffusione del video di un rapporto sessuale carpito dai correi nel bagno di una discoteca. Il Giudice rileva un ostacolo in punta di tipicità – la destinazione privata dei contenuti sessualmente espliciti – che, a ben guardare, è piuttosto il frutto della genesi della fattispecie contestata e della “confusione semantica” ad essa sottesa. Il presente contributo si propone pertanto di analizzare tale fattispecie, sollevando alcuni profili critici sulla decisione del GUP reggio-emiliano, senza peraltro trascurare la “fase genetica” dei contenuti a sfondo sessuale, e proponendo infine nuovi spunti di rilettura e di riforma dell’articolo 612-ter del Codice penale.*

SOMMARIO: 1. “Ubi voluit... tacuit”. Tra una genesi affrettata e lacciuoli semantici. – 2. «Il fatto non sussiste». La sentenza del GUP reggio-emiliano. – 3. A scanso di equivoci. La (non) centralità del consenso. Quale privacy? – 4. “Nullum crimen extra domo” (?). Un “vuoto di tutela” nella creazione non consensuale di materiale sessualmente esplicito, tra interferenze illecite e riservatezza. – 5. “Nullum crimen cum consensu”. Il ruolo della vittima. Appunti per il Legislatore.

1. “Ubi voluit... tacuit”. Tra una genesi affrettata e laccioli semantici.

Sulla scia dei numerosi casi di diffusione di immagini e video a sfondo sessuale, fortemente lesivi delle loro vittime e spesso forieri di tragici epiloghi¹, anche il Parlamento italiano² ha tentato di dare risposta alle esigenze di criminalizzazione³ di un fenomeno tanto recente quanto «endemico»⁴; due limiti, temporale e semantico, hanno tuttavia “viziato” le (migliori) intenzioni del Legislatore.

È ben noto, anzitutto, come l’iter parlamentare abbia subito una notevole accelerazione in seguito al “caso Sarti”⁵, che ha spinto il Legislatore ad una “fulminea” introduzione nel Codice penale del nuovo art. 612-ter, approvato con un emendamento “in corsa” al c.d. “Codice Rosso” (L. 19 luglio 2019, n. 69)⁶. L’approdo della nuova norma all’interno di un più ampio “pacchetto legislativo” dedicato alla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, quale riflesso di un “affrettato” iter parlamentare, ne ha tuttavia sminuito la portata, posto che, come auspicato da taluni, il nuovo reato avrebbe trovato ben più ampio risalto in un nuovo ed apposito Titolo del Codice sui delitti contro la riservatezza sessuale⁷.

¹ Tre casi ben noti alle cronache italiane si ritrovano in G.M. CALETTI, *Can Affirmative Consent Save “Revenge Porn” Laws? Lessons from the Italian Criminalization of Non-Consensual Pornography*, in *VJoLT*, 25 (3), 2021, pp. 117 ss. (“Tiziana, Carolina and Giulia. Three (Non-)“Revenge Porn” Italian Stories”): di questi, la vicenda di Tiziana Cantone e quella di Carolina Picchio sono tragicamente culminate nel suicidio delle due giovani.

² Sul modello di altri ordinamenti: di questi, il primo ad aver assunto l’iniziativa di una legge contro il *revenge porn* è stato quello filippino, nel 2009, con il *Republic Act no. 9995* (il c.d. “*Anti-Photo and Video Voyeurism Act of 2009*”). In seguito, nuove fattispecie incriminatrici *ad hoc* sono comparse anche in alcune delle varie giurisdizioni dell’Australia e degli Stati Uniti d’America, tra il 2013 ed il 2017; successivamente anche in Israele, Canada e Giappone (2014); in Inghilterra, Galles, Spagna e Nuova Zelanda (2015); in Scozia e in Irlanda (2016); in Germania (2017).

³ Sulle esigenze di criminalizzazione del fenomeno, anche con riferimento al contesto anglosassone e ancor prima della riforma italiana, cfr. *amplius* G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, in *DPC – Riv. trim.*, 3/2018, pp. 67 ss. In modo adesivo, N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall’art. 612-ter c.p.*, in *Legislazione pen.*, 20 gennaio 2021.

⁴ Così G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all’epoca di internet. L’art. 612-ter c.p. e l’incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2019, p. 2050, ove si sottolinea come, in tempi recenti, «la circolazione non autorizzata di immagini intime o sessualmente esplicite è letteralmente “all’ordine del giorno”».

⁵ Ovvero di un caso di *revenge porn*, concomitante all’iter legis, ai danni della deputata Giulia Sarti (appartenente al Gruppo parlamentare del M5S), le cui immagini sessualmente esplicite sono state diffuse sulla rete. Cfr. F. Sarzanini, “Giulia Sarti, le foto e i video in Rete: «Basta, non vi occupate più di me»”, in *Corriere della Sera*, 14 marzo 2019.

⁶ L’emendamento è il n. 01.107 (presentato dai gruppi parlamentari di FI e PD), ripreso (con alcune modifiche) all’art. 10 della l. 9 luglio 2019, n. 69, intitolata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere» (c.d. “Codice Rosso”).

⁷ Così l’Unione Camere Penali Italiane (UCPI) durante le audizioni sul c.d. “Codice Rosso” tenute dalla Commissione Giustizia del Senato. I documenti sono consultabili sul [sito](#) del Senato della Repubblica. Sulla

Accanto al citato vizio “di metodo” – la superficiale rapidità con cui l’art. 612-ter è stato introdotto nell’ambito del c.d. “Codice Rosso” e del Codice penale – ve ne è stato, tuttavia, uno “di merito”. La genesi della norma è stata infatti influenzata dalla forte portata simbolica e dal più immediato disvalore semantico del neologismo “*revenge porn*”, che nei Paesi angloamericani ha reso evidenti e ineludibili le esigenze di criminalizzazione del fenomeno.

Lo “*slang*” inglese, cui si deve l’origine dell’anglicismo⁸, ha infatti individuato, in prima battuta, i tratti fondanti tale espressione nella pubblicazione, da parte di uno dei due membri di una coppia (spesso l’uomo), di immagini o video dell’*ex partner*, già consensualmente acquisiti e caratterizzati da un contenuto intimo e sessualmente esplicito, per vendicarsi a seguito della rottura (spesso burrascosa) della loro relazione sentimentale. In seguito, la dottrina penalistica angloamericana ha ravvisato, precisandolo, il “baricentro” del fenomeno lesivo – il fulcro della punibilità – nella totale assenza del consenso alla divulgazione dei contenuti espliciti⁹ la cui creazione e la cui permanenza si è (erroneamente, dal lato della vittima) supposta nell’ambito di una sfera privata, di carattere profondamente intimo, tentando così di spostare l’accento dalle finalità eminentemente vendicative. Ciononostante, forse per ragioni di maggiore capacità evocativa ed immediatezza comunicativa, l’espressione “*revenge porn*” ha trovato fortuna nel linguaggio mediatico e comune, anche italiano, «divenendo una sorta di “*catch all phrase*” utilizzata per indicare tutte le diverse forme di diffusione non consensuale di immagini aventi un contenuto sessuale»¹⁰.

Anche il Legislatore italiano, come si anticipava, è parso cedere a tale “spinta semantica”. Il nuovo art. 612-ter c.p., sanzionando «con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000» il responsabile della divulgazione (operata

collocazione della norma nell’ambito del Codice penale e sulle relative perplessità, cfr. S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2020, pp. 456-457.

⁸ Sul punto, cfr. ampiamente G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit. pp. 69-70, per cui la prima definizione in assoluto di “*revenge porn*” si deve all’*Urban Dictionary*, dizionario online dedicato ai neologismi e allo *slang* di lingua inglese, che già nel 2007 offre i tratti fondamentali dell’attuale definizione. Qui si afferma brevemente che è *revenge porn* l’«[h]omemade porn uploaded by ex girlfriend or (usually) ex boyfriend after particularly vicious breakup as a means of humiliating the ex or just for own amusement». L’online Cambridge Dictionary ravvisa ora i tratti fondanti il fenomeno nei «*private sexual images or films showing a particular person that are put on the internet by a former partner of that person, as an attempt to punish or harm them*».

⁹ Come risulta dall’icastica definizione «*the posting of individuals’s nude photographs without their consent*» di D.K. CITRON, *Hate Crimes in Cyberspace*, Cambridge (USA), 2014, p. 17.

¹⁰ Di nuovo G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all’epoca di internet*, cit., p. 2053.

mediante plurime condotte¹¹), e con la stessa pena, i c.d. “secondi distributori”¹² delle immagini sessualmente esplicite, a querela della persona offesa, presenta infatti un “filtro” non irrilevante: ancor prima dell’assenza di consenso, la lettera della norma richiede che le immagini o i video siano «*destinati a rimanere privati*», quasi che “a monte”, più che (*rectius*: ancor prima del) l’assenza di consenso alla divulgazione, vi sia la rottura di un *pactum fiduciae* tra due individui (presumibilmente legati da una relazione), tale da aver impresso una precisa destinazione ai contenuti, poi disattesa da uno dei due.

Non è ben chiaro se il Legislatore, con la fattispecie di nuovo conio, abbia inteso far riferimento alla dimensione di coppia e alle originarie finalità vendicative per cui contro il fenomeno si è demandata adeguata risposta al diritto penale¹³, ma è pur vero che, come si è acutamente anticipato in dottrina, «[l]’attributo della privatezza crea qualche grattacapo interpretativo»¹⁴, in modo particolare dinanzi ad una casistica che, come si dirà, sempre di più esorbita da un contesto di coppia¹⁵. Nel silenzio del Legislatore, l’inciso «*destinati a rimanere privati*» (posto forse in veste di filtro di punibilità) è così divenuto uno stringente e sibillino “imbuto normativo”, cui la più recente giurisprudenza, “*bocca della norma*”¹⁶, sembra però aver fatto fronte, con esiti inevitabilmente discutibili.

¹¹ Ovvero, come prevede l’art. 612-ter co. 1 c.p., le condotte di «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito».

¹² Così stabilisce l’art. 612-ter co. 2 c.p.: «[l]a stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento». Nel secondo comma rileva, in modo particolare, la presenza di un dolo specifico, su cui si veda *infra*.

¹³ Negli atti parlamentari, del resto, non figura alcuna relazione o commento a tale inciso, per cui può solo presumersi che lo stesso costituisca una sorta di “traslitterazione” del legislatore italiano di altre esperienze legislative.

¹⁴ Cfr. G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all’epoca di internet*, cit., p. 2071.

¹⁵ La più recente casistica, infatti, spesso presenta rapporti interpersonali che non è agevole inquadrare negli schemi tradizionali della relazione coniugale o di fidanzamento. Proprio così il caso al centro del presente commento, non ben inquadrabile nell’ambito di una pregressa relazione stabile, ma ascrivibile ad un rapporto occasionale.

¹⁶ Si allude (provocatoriamente) all’assunto per cui «*Les Juges son la bouche de la loi*», consacrato da Montesquieu nell’opera *De l’esprit des lois*: anche in materia penale, la giurisprudenza pare ormai ben altro da un’automatica bocca della legge. Sul tema, si veda G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, pp. 126 ss.

2. «Il fatto non sussiste». La sentenza del GUP reggio-emiliano.

Del resto, non può che dirsi recente la giurisprudenza in materia di 612-ter c.p., ancora agli albori per il carattere di novità della norma¹⁷. A *fortiori*, piena e attenta considerazione meritano dunque le prime pronunce sul tema, potenzialmente in grado di dirimere eventuali contrasti esegetici, ma anche di costituire una sorta di “precedente vincolante” non trascurabile (perfino in un ordinamento come quello italiano, di per sé estraneo alla logica dello *stare decisis*)¹⁸. Proprio secondo queste due direttrici, deve segnalarsi la sentenza del GUP di Reggio-Emilia che, interpellato con riferimento alla fattispecie qui in esame, ne ha offerto una lettura tanto interessante quanto critica¹⁹.

I fatti oggetto del giudizio si riferivano alla notte del 18 novembre 2019, quando, all'interno di una discoteca, una coppia di giovani si appartava in un bagno riservato agli uomini, chiudendone la porta a chiave e consumandovi un rapporto sessuale. Nel giro di breve, dal gesto e dai gemiti emessi dalla coppia nel corso del rapporto venivano attratte alcune persone presenti nel locale, le quali si affacciavano sul bagno dall'alto e filmavano in parte la scena con l'ausilio di un cellulare. Il video realizzato era poi diffuso, attraverso i *social networks*, ad una considerevole platea di individui e caricato su numerose piattaforme digitali, anche pornografiche; nelle immagini, nondimeno, erano nitidamente riconoscibili le persone riprese, la cui notorietà amplificava la diffusione del video²⁰.

Le indagini permettevano di risalire a due giovani, autori in concorso delle immagini: il

¹⁷ La novella che ha introdotto la nuova fattispecie nell'impianto del Codice penale, pubblicata nella Serie Generale della Gazzetta Ufficiale del 25 luglio 2019, è infatti entrata in vigore decorso l'ordinario termine di *vacatio legis* di 15 giorni, alla data del 9 agosto 2019. Considerata la durata media del processo penale in primo grado, non vi è da stupirsi se le prime decisioni relative all'art. 612-ter c.p. sono apparse soltanto nei mesi precedenti alla stesura del presente contributo. Su quest'ultimo punto, per una semplice disamina, si vedano V. Maglione e B.L. Mazzei, “Il processo penale dura sei anni a Roma. La media italiana è di 1.600 giorni”, in *Il Sole 24 Ore*, 27 dicembre 2019.

¹⁸ È l'idea degli effetti della giurisprudenza “creativa”, proveniente dalla discrasia tra «diritto penale “vigente”», quale risultato dell'attività legislativa, e «diritto penale “vivente”», frutto della attività interpretativa del giudice, tale da trasformare le disposizioni legislative in “significati” (spesso esorbitanti). Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., pp. 126 ss. e L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, *passim*. Sulla nozione di “precedente giudiziario” nel sistema italiano, cfr. ampiamente A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, *passim*.

¹⁹ Ci si riferisce a Trib. Reggio Emilia, Sez. GIP/GUP, sent. n. 528/2021 (ud. 09/11/2021, dep. 22/11/2021), indicata in epigrafe. La sentenza è stata recentemente oggetto di due interessanti commenti a cura di D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, in *disCrimen*, 7 gennaio 2022 e a cura di C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn. Tessere di un mosaico normativo*, in *disCrimen*, 18 marzo 2022.

²⁰ La notorietà dei soggetti ripresi nel caso di specie, quale aspetto di ulteriore diffusione del video, è posta in luce da D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo*, cit., p. 4.

primo dei due sosteneva che il proprio telefono cellulare (strappatogli di mano) fosse stato utilizzato dall'altro, individuo a lui sconosciuto, per riprendere il rapporto sessuale consumato dalla coppia nel bagno. In seguito, il diretto autore del video – secondo la versione del correo – avrebbe inviato per messaggio al proprio dispositivo il video realizzato; peraltro, a nulla valeva la cancellazione dei messaggi da parte del proprietario del cellulare, giacché in pochissimo tempo le immagini sessualmente esplicite raggiungevano diverse chat in modo “virale”²¹, avendo l'autore del video inviato il contenuto alla propria squadra di basket mediante l'applicazione di messaggistica *WhatsApp*.

Il Tribunale rigettava però tale ricostruzione, ritenendo autori delle immagini entrambi gli imputati e qualificando ciascuna delle loro condotte di creazione e diffusione del video a sfondo sessuale come «*deplorable, recisamente censurabile nonché gravemente pregiudizievole per le pp.oo.*». Duplice, infatti, la contestazione rivolta ai due correi: da un lato, per la produzione del contenuto esplicito, rilevante – secondo l'accusa – ai sensi dell'art. 615-bis c.p. quale interferenza illecita nella vita privata; dall'altro, per la sua propalazione, sussunta nell'art. 612-ter c.p. di più recente introduzione. Eppure, muovendo da un'attenta disamina di entrambe le fattispecie contestate, di fronte al limite ineludibile della tipicità, il GUP escludeva l'affermazione della penale responsabilità in capo ai due correi per entrambi i capi di imputazione, concludendo per la più ampia formula liberatoria. Ed è proprio in punta di tipicità che la decisione merita la più ampia attenzione e considerazione.

Quanto alla prima contestazione, relativa alla realizzazione del video, ai sensi dell'art. 615-bis c.p., il Giudice pone in luce l'indispensabilità del “limite strutturale” del domicilio ex art. 614 c.p. quale luogo elettivo di realizzazione della condotta penalmente rilevante: è infatti la fattispecie contestata a richiamare la nozione penalistica di domicilio, sulla quale e nella quale si fonda l'azione di procurarsi «*indebitamente*» immagini attinenti alla vita privata, e da cui deve ritenersi esorbitante il bagno di un locale pubblico, ancorché chiuso a chiave dai suoi occupanti.

Pertanto, conclude il GUP, «*tale condotta assume rilevanza penale – pur permanendo chiaramente l'antigiuridicità sotto altri profili – solamente laddove perpetrata in un luogo di privata dimora, che assurge necessariamente a elemento normativo di fattispecie, la cui carenza*

²¹ Nel linguaggio mediatico, con il termine “viralità” si suole indicare la persistente dinamicità dei contenuti online nella loro attitudine ad essere “condivisi” ripetutamente dagli utenti di una piattaforma digitale e a diffondersi sul Web con una rapidità difficilmente replicabile da altri mezzi di comunicazione. Cfr. in particolare G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all'epoca di internet*, cit., p. 2053, ove sui contenuti di c.d. “*revenge porn*” si afferma «che è impossibile contenerne la c.d. “viralità”».

determina l'impossibilità di ritenere integrato l'elemento materiale del delitto e, conseguentemente, determina l'insussistenza dello stesso»²².

Se non del tutto pacifica appare tale conclusione (v. *infra* § 4), ancor meno pacifica, come da premessa, è invece la valutazione del Tribunale con riguardo alla seconda contestazione, incentrata sulla diffusione del video realizzato nel bagno della discoteca.

Riconosciuta «l'attuale assenza di giurisprudenza in materia», il GUP procede a una «breve esegesi del precetto», correttamente analizzato nel solco del comma 1 – trattandosi di prima diffusione delle immagini a sfondo sessuale. Due appaiono, come rileva l'interpretazione letterale avanzata dalla decisione, le “colonne d'Ercole” della punibilità: perché la condotta *de qua* abbia rilevanza penale, infatti, la diffusione deve avvenire «senza il consenso delle persone rappresentate» nonché avere ad oggetto materiali «destinati a rimanere privati». E “capovolgendo” la struttura della norma (prima il (non) consenso, poi la privatezza), il GUP ne analizza la portata.

Integrato appare il primo limite ravvisato dal Giudice. L'assenza di consenso, ricorrente nel caso di specie, «non desta grandi perplessità interpretative»: versandosi in tema di diritti disponibili come libertà e riservatezza sessuale, ai sensi dell'art. 50 c.p. avrebbe efficacia scriminante la sussistenza di un valido consenso²³, qui tuttavia non espresso, neppure implicitamente²⁴. È invece «[i]l secondo limite [...] sia l'aspetto più peculiare della disposizione sia quello più critico», posto tuttavia per primo dal Legislatore nella disposizione.

Ad esso il giudice reggio-emiliano offre «una propria autonomia semantica e giuridica» in termini di sussidiarietà, escludendo la «prospettazione teorica» secondo cui

²² Cfr. sentenza cit., pp. 4-5.

²³ Consenso che, nel contesto in esame, rivestirebbe in realtà un ruolo non già sul piano dell'antigiuridicità (come affermato in sentenza), bensì sul piano della stessa tipicità. Cfr. sul punto G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 281: «[d]alla specifica sfera di operatività della causa di giustificazione in esame [art. 50 c.p.], esulano le ipotesi nelle quali il consenso costituisce un elemento, la cui presenza fa venir meno lo stesso fatto tipico [...] ad es. rispetto ai reati di violenza privata [...] o violenza sessuale». Allo stesso modo S. CANESTRARI *et al.*, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2017, p. 527, secondo cui «[i]n alcuni casi [...] il consenso integra gli estremi di un elemento costitutivo del fatto tipico, concorrendo a delinearne il disvalore».

²⁴ La decisione accoglie meritoriamente, in tema di 612-ter c.p., una concezione estensiva di consenso nei reati a sfondo sessuale, espressa a più riprese dalla Suprema Corte di Cassazione in riferimento all'art. 609-bis c.p., per cui «integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa» (Cass. pen., Sez. III, n. 22127 del 22/03/2016, dep. 08/05/2017, Rv. 270500-01); peraltro, da parte dell'agente, la giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione afferma che «è irrilevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso anche ove questo non sia stato esplicitato» (Cass. pen. Sez. III, n. 1559 del 19/11/2021, dep. 17/01/2022).

l'inciso «*destinati a rimanere privati*» si risolverebbe in un «*mero doppione*» dell'assenza di consenso delle persone raffigurate nelle immagini sessualmente esplicite. Richiamando la genesi storica della fattispecie mediante casi di rilevanza nazionale incentrati sulla relazione di coppia²⁵, il Tribunale afferma l'impossibilità di ampliare la portata applicativa della disposizione al di là del contesto di tale relazione, nel tentativo di includervi ogni invio, consegna, cessione, pubblicazione e diffusione di immagini sessualmente esplicite (senza il consenso delle persone raffigurate)²⁶, pena l'analogia *in mala partem*. La condotta contestata agli imputati, perciò, «*allo stato attuale non riveste alcuna rilevanza penale*» per assenza di tipicità, salvo un intervento del Legislatore sul punto. Di qui la decisione: «*il fatto non sussiste*», nessun reato senza una relazione di coppia, non intercorrendo tra le persone offese nel caso di specie un legame apprezzabile in tal senso.

3. A scanso di equivoci. La (non) centralità del consenso. Quale privatezza?

Con lo sforzo esegetico – meritorio – di aver dato autonoma rilevanza giuridica ai concetti della norma *de qua* laddove il legislatore aveva (presumibilmente) optato per un'endiadi, la decisione del GUP di Reggio Emilia si rivela ispirata ed ancorata al principio di legalità in materia penale²⁷. Non può tacersi, tuttavia, che l'«*autonomia*

²⁵ Oltre alla vicenda di Tiziana Cantone, menzionato in apertura, la sentenza cita in nota il caso della giovane maestra d'asilo di Torino, costretta nel 2018 a lasciare il proprio posto di lavoro dopo che l'*ex partner* aveva divulgato sulla *chat* del "calcetto" alcune immagini a sfondo sessuale della donna. Cfr. S. Lorenzetti, "La maestra licenziata per video hard: «Un incubo anche peggiore di quello descritto dai media»", in *Corriere della Sera*, 19 febbraio 2021.

²⁶ Cfr. sentenza cit., p. 6: «*Ne deriva pertanto che l'inciso "destinati a rimanere privati" conferisca valore penale solo a quelle ipotesi in cui l'invio, la consegna, la cessione, la pubblicazione o la diffusione concernano materiale sessualmente esplicito, precedentemente condiviso o realizzato dalla coppia all'interno del contesto relazionale, realizzati consensualmente in un contesto connotato da reciproca fiducia, per cui al momento della cessazione del rapporto di fiducia stesso, essendo elevato il pericolo di utilizzo del materiale consensualmente realizzato a scopo ritorsivo, il Legislatore ha deciso di introdurre una mirata sanzione per arginare tale fenomeno sociale e prevenire la diffusione di video, o immagini siffatte, soprattutto online*».

²⁷ A ciò si deve il "latinetto" nel titolo del presente contributo, che riprende il "*nullum crimen, nulla poena sine praevia legge scripta*". L'ossequio al principio di legalità è posto in luce, nel caso concreto, da D. MICHELETTI, *L'interversio publicationis quale elemento costitutivo*, cit., che evidenzia lo sforzo del giudice in contrasto alla svilente tendenza dell'*interpretatio abrogans*. Sul principio di legalità, cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., pp. 114 ss.; in rapporto al ruolo del Giudice, cfr. R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 3/2020, pp. 143 ss. Ulteriormente, sul ruolo della giurisprudenza costituzionale ed europea rispetto alla legalità, cfr. D. PULITANO, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *DPC, Riv. Trim.*, 4/2017, p. 110, per cui se «accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità, discutiamo su criteri e limiti di questa, di fronte all'enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio».

semantica e giuridica» assegnata dal decidente all'elemento della privatezza si risolve nella primazia di tale aspetto sul consenso (alla diffusione dei materiali a sfondo sessuale) che invece, affrontato dal Giudice in poche righe di sentenza, risulta infelicitemente "l'anticamera della privatezza", "compresso" in modo rilevante e certo non nuovo al Legislatore dei reati sessuali²⁸. Il vizio, come rilevato, si situa però "a monte", a cominciare dalla disposizione delle parole nella nuova fattispecie del Codice penale, ove il Legislatore ha posposto tale attributo all'ormai noto inciso del «*destinati a rimanere privati*».

Eppure, secondo la premessa ulteriormente sviluppata dal Giudice, nel caso di specie dovrebbe giungersi ad una "paradossale affermazione": se nell'immediatezza del fatto, un manifesto dissenso avesse sostituito l'inespresso consenso delle persone offese (accortesi in ipotesi di chi le stava filmando e subito manifestata la loro contrarietà alla diffusione del video), detto dissenso avrebbe comunque incontrato il "muro insormontabile" della (assente) privatezza, essendo state in ogni caso le immagini carpite da terzi nel bagno di una discoteca e non da uno dei due *partner* durante il rapporto sessuale di coppia.

Da un lato, è evidente che un simile epilogo non può condividersi: ossequiando in tal modo il «*destinati a rimanere privati*», dovrebbe dirsi pressoché nullo (*rectius*: annullato nella privatezza) il ruolo – invece indispensabile – attribuito al (non) consenso; dall'altro lato, occorre fare i conti con l'elemento della privatezza, pur sempre presente nella fattispecie. Di qui, duplice la riflessione.

Nella confusione semantica finora sollevata dalla fattispecie, la "bussola interpretativa" del giurista penalista non dovrebbe del tutto trascurare i beni – di rango assai elevato²⁹ – protetti dalla norma di cui all'art. 612-ter c.p., ovvero quelli della intimità e della *privacy*, intesa quale diritto a controllare l'esposizione del proprio corpo e della propria sessualità, a prescindere dal contesto e dalle finalità con le quali avviene la divulgazione. In una parola: quale diritto ad autodeterminarsi in ordine alla propria sfera sessuale, mediante un consenso libero ed effettivo, la cui assenza non può certo dirsi trascurabile. E d'altronde non può (esclusivamente) sostenersi che «[l]o *specificum*

²⁸ Nell'orbita della "classica" violenza sessuale, del resto, non si è mancato di porre in luce la sfortunata primazia assegnata alle modalità della condotta dell'agente o alle circostanze dell'azione posta in essere da quest'ultimo a scapito del consenso della persona offesa. Cfr. R. BARTOLI, M. PELLISERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di Parte speciale*, Torino 2021, p. 172: «[i]nvero, in materia sessuale è decisivo solo il consenso libero, consapevole e perdurante della persona all'atto e la nozione di violenza assume un peculiare significato in rapporto al dissenso della vittima, che trasforma l'atto sessuale nell'abuso di un corpo altrui. La formulazione dell'art. 609-bis risulta dunque errata, poiché violenza e minaccia dovrebbero costituire circostanze aggravanti di un fatto incentrato sull'assenza di consenso».

²⁹ Secondo l'impostazione di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1973.

del delitto sta dunque in una sorta di *interversio publicationis* subita dal materiale originariamente destinato a rimanere nel contesto di riservatezza in cui era stato formato»³⁰, pena il paventato “azzeramento” del dato del consenso³¹. Peraltro, la rubrica dell’art. 612-ter c.p. – ne va dato atto al Legislatore – appare sicuramente più “neutrale” e bilanciata sui due aspetti richiamati, criminalizzando *sic et simpliciter* la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti; di qui, potrebbe forse ristabilirsi il baricentro della norma e della punibilità nella totale assenza di consenso della persona offesa alla divulgazione dei materiali, colorandosi in tal senso l’aggettivo «illecita»³² (sulla scia della ricordata dottrina angloamericana).

Ciononostante, anche a voler valorizzare il consenso, è ineludibile il dato della privacy, sul quale è necessario offrire opportune riflessioni e precisazioni.

Anche qui, non può certo condividersi la ricostruzione del Giudice di Reggio-Emilia. Anzitutto, va osservato che le persone offese si erano appositamente appartate nel bagno della discoteca, come a voler ricercare intimità e riservatezza e senza consumare il rapporto sessuale – in ipotesi – al centro del locale³³, essendo pertanto discutibile la scelta di escludere l’elemento della privacy.

Nondimeno, espressamente richiamando il “*revenge porn*”, fenomeno caratterizzato dalla «*fine della relazione con l’allora compagna*» e da una «*forma di vendetta*», il GUP ha così esplicitamente trasformato la fattispecie, tra le righe, da reato comune a reato proprio, suggerendo che la condotta possa provenire soltanto da una relazione di coppia: del resto, «[l]’autore di “*revenge porn*” [stricto sensu] è in via esclusiva l’ex

³⁰ Così D. MICHELETTI, *L’interversione publicationis quale elemento costitutivo*, cit., pp. 6-7, laddove si evidenzia il «tradimento del patto fiduciario che legava gli autori dell’atto sessuale consensualmente ripreso».

³¹ Sul punto, si veda C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., p. 8, per cui, anche se «a colorare di illiceità le due situazioni delineate [ai commi 1 e 2 dell’art. 612-ter c.p.] [...] è [...] la fuoriuscita del materiale “scottante” dall’originario perimetro relazionale privato, sia esso condiviso o meno da tutti i soggetti coinvolti», si ammette che l’assenza di consenso «è un requisito di tipicità che si aggiunge alla caratterizzazione come “privata” della destinazione dell’oggetto materiale del reato (il materiale sessualmente esplicito), ma non la sostituisce [...] i due requisiti – la destinazione privata e la mancanza di consenso – [...] [sono] tra loro irriducibili: entrambi devono sussistere contemporaneamente e non possono operare in alternativa tra loro».

³² “*Sed rubrica legis non est lex*”: occorrerebbe piuttosto una riformulazione del corpo della norma, ossia un intervento ben più incisivo da parte del Legislatore.

³³ Il GUP, tuttavia, non considera tale aspetto ai fini della privacy, restringendo l’applicabilità della norma ad un più stretto «contesto connotato da reciproca fiducia». Stride, peraltro, la coincidenza tra le persone offese ed il caso di chi «si apparta maldestramente in preda a furore amoroso, senza premunirsi di non essere visto», per cui questi, «non può che imputare a sé stesso l’eventuale cattura e diffusione di immagini che lo riguardano», affermato da D. MICHELETTI, *L’interversione publicationis quale elemento costitutivo*, cit., p. 7 e ripreso in C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., p. 14, essendo stata peraltro, nel caso in esame, la porta chiusa avvertitamente a chiave dalle persone offese ed essendosi di conseguenza gli autori del video spinti fino a riprendere la scena dall’alto della toilette.

partner»³⁴. Tale contesto è stato, tuttavia, messo in discussione dalla recente casistica italiana e internazionale, ove si attestano episodi di (presunto) “*revenge porn*” all’infuori di ogni relazione (in corso o esaurita) e di ogni altro rapporto di conoscenza tra l’agente e la vittima³⁵. Né rilevano le finalità vendicative richiamate nella decisione con il neologismo: assenti nel caso di specie e non menzionate dalla norma contestata, priva di ogni aspetto ritorsivo (atteso che il dolo specifico di nocimento, più ampio della mera vendetta, si riferisce soltanto ai c.d. “secondi distributori”), tali finalità non compaiono neppure in alcuni dei più noti casi di “*revenge porn*”³⁶, tanto che la dottrina ha abilmente suggerito di abbandonare in via definitiva il limitante neologismo inglese³⁷, per abbracciare uno spettro di condotte punibili più ampio e variegato³⁸ (potenzialmente richiamate dalla rubrica normativa). In che modo, dunque, operare un distinguo tra la fattispecie di “*revenge porn*”, come interpretata dal GUP di Reggio Emilia³⁹, e la più generale diffusione illecita – in quanto *contra consensu* – di immagini sessualmente esplicite?

³⁴ Lo evidenzia, ben prima della riforma, G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., p. 70, ponendo subito dopo in luce, però, «il più ampio universo della “pornografia non consensuale”» nonché i rilievi critici mossi all’utilizzo «onnicomprendente» del termine “*revenge porn*”.

³⁵ Si pensi, tra i tanti, al caso citato della deputata Giulia Sarti, vittima di un *hacker*: cfr. M. Pucciarelli, “Caso Sarti, un ex deputato 5S: “Il furto delle foto da un pc in dotazione alla Camera””, in *la Repubblica*, 20 marzo 2019. Ancora, di noto rilievo è stato il caso francese di Benjamin Griveaux, costretto a lasciare la corsa a sindaco di Parigi ad inizio 2020 dopo la diffusione online di sue immagini intime sul sito del controverso artista russo Pjotr Pavlenskij. Cfr. A. Ginori, “Il candidato di Macron a Parigi spazzato via da un video porno”, in *la Repubblica*, 14 febbraio 2020.

³⁶ Può di nuovo farsi l’esempio del primo e più noto caso italiano di c.d. “*revenge porn*”, relativo a Tiziana Cantone, le cui immagini sessualmente esplicite furono divulgate, pur senza il consenso di lei, con finalità di raccapricciante diletto dell’ex *partner*. Sul punto, con particolare riferimento alla citata area angloamericana, cfr. G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all’epoca di internet*, cit., p. 2084: «gli studi angloamericani dimostrano come tante altre ipotesi di pornografia non consensuale, per le quali impropriamente il linguaggio mediatico scomoda il neologismo “*revenge porn*”, si verifichino sulla base di finalità molto diverse dalla vendetta».

³⁷ Cfr. G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all’epoca di internet*, cit., p. 2089 e “*Can Affirmative Consent Save “Revenge Porn” Laws?*”, cit., p. 161. L’autore, già in un primo tempo, aveva ritenuto «più opportuno [...] fare uso di altre espressioni meno connotate come, ad esempio, “pornografia non consensuale”». Cfr. nuovamente “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., p. 92. Più di recente, altri autori di scuola angloamericana hanno proposto la formula “abuso sessuale a base di immagini”: cfr. N. HENRY et al., *Imaged-based sexual abuse. A study on the causes and consequences of non-consensual nude or sexual imagery*, Londra, 2021.

³⁸ Cfr. G.M. CALETTI, “*Revenge porn*”. Prime considerazioni in vista dell’introduzione dell’art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2019.

³⁹ La dottrina aveva in realtà già teorizzato tale interpretazione. Cfr. B. ROMANO, *Commento all’art. 10 - Codice Rosso*, in B. ROMANO e A. MARANDOLA, *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, p. 108, il quale, quanto ai contenuti «destinati a rimanere privati» sostiene che «certamente, ci si riferisce a immagini o video nati nel quadro di rapporti di coppia» – in linea con la soluzione prospettata dal GUP di Reggio Emilia.

In assenza e attesa di ulteriori interventi legislativi sul dato normativo attuale, non può che operarsi una “rilettura” dell’inciso «*destinati a rimanere privati*» diversa da quella implicitamente suggerita dalla norma⁴⁰ ed esplicitamente stabilita dal Giudice, ed all’infuori di ogni relazione di coppia e finalità vendicativa. Potrebbe, a titolo d’esempio, ritenersi l’inciso un’ulteriore specificazione del «*contenuto sessualmente esplicito*» delle immagini non consensualmente diffuse (peraltro posto subito prima nella *littera legis*), cioè parlarsi di immagini a sfondo sessuale “di carattere intimo”⁴¹: nella pratica, esistono infatti situazioni in cui i materiali a contenuto sessualmente esplicito non sono destinati alla privatezza per la natura “plateale” del contesto da cui sono in seguito diffusi⁴² (si pensi a stabilimenti balneari e spiagge per c.d. “nudisti” od a spettacoli erotici aperti al pubblico)⁴³. Di natura intima, invece, le immagini esplicite diffuse nel caso analizzato, ove il rapporto avveniva non *coram populo*, ma nel bagno di una discoteca, ove «*si appartavano*» le persone offese, che «*ne chiudevano debitamente la porta a chiave*», come ricostruito dal GUP nella sentenza (carente, però, nel ravvisare in tale circostanza la privatezza, cioè – a questo punto – la natura intima del rapporto sessuale) e come già rilevato in questa sede a più riprese.

La riflessione, ad ogni buon conto, deve necessariamente muovere da una domanda. In un mondo sempre più globale e sempre più dominato dalle nuove

⁴⁰ Più di recente ed esplicitamente sulla *littera legis*, C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., p. 7: «[a] ben guardare infatti, la divulgazione di cui all’art. 612-ter c.p. ha come retroterra inespresso – e quindi come presupposto – la formazione “intra-relazionale” del materiale a contenuto sessualmente esplicito, ossia la formazione del materiale ad opera degli stessi soggetti che vi sono rappresentati».

⁴¹ Un’identificazione apparentemente simile è proposta da N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., pp. 21 ss., che si spinge a parlare (nella seconda delle due ipotesi prospettate) di “intimità” con riferimento all’inciso, affermando tuttavia poco dopo che la relazione intima «non potrebbe comunque compiersi senza tenere in debito conto della volontà di chi l’ha formata. È proprio la volontà dei componenti del *menage* [...] più che “il contesto” in cui si svolge, a rappresentare l’elemento decisivo per fargli assumere una caratterizzazione privata». Con il rischio però, di nuovo, di sovrapporre “i due piani” e i due limiti, e di svilire sia la privatezza che il consenso.

⁴² Potrebbe obiettarsi che la natura “plateale” del contesto verrebbe così rimessa alla psiche del diffusore delle immagini sessualmente esplicite: difficile, del resto, predeterminare un “*numerus clausus*” di luoghi “plateali”. Si preferisce, però, un approccio “*ad excludendum*”, demandato ad un accertamento in concreto da parte del giudice di merito: nel caso di specie, come si è detto e si dirà, un bagno chiuso a chiave non può dirsi luogo “plateale”, ma intimo.

⁴³ Più netta, sulla lettura dell’inciso rispetto al caso di specie, sempre C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., p. 12, secondo cui «[d]elle due l’una: o si annulla il requisito, ritenendolo di per sé insussistente ogni qualvolta manchi il consenso dei soggetti coinvolti alla ripresa, svilendo in questo modo, però, un dato testuale della previsione incriminatrice ed ampliandone notevolmente la portata fino a riconoscere rilevanza penale ad ogni condotta avente ad oggetto la diffusione di materiale sessualmente esplicito, realizzato e acquisito da un terzo, che evidentemente non faccia parte del contesto relazionale. Oppure, se si intende salvaguardare l’autonomia di significato dell’inciso, posto che il requisito della mancanza di consenso è già stato esplicitato dal legislatore, è giocoforza ritenere che tale possibilità non possa essere in alcun modo contemplata».

tecnologie, ove materiali a sfondo sessuale sono da chiunque prodotti e ovunque diffusi, qual senso può avere ancora limitare lo spettro della punibilità alla (fine di una) relazione di coppia?⁴⁴ Ai (giudici) posterì l'ardua sentenza.

4. “Nullum crimen extra domo” (?). Un “vuoto di tutela” nella creazione non consensuale di materiale sessualmente esplicito, tra interferenze illecite e riservatezza.

Ben poco, tuttavia, varrebbe rispondere all'interrogativo che si è posto – e, più ampiamente, porre l'accento sulla diffusione – senza parimenti considerare il momento genetico di contenuti a sfondo sessuale non consensualmente diffusi. Di tale profilo, del resto, non si occupa l'art. 612-ter c.p., tutto incentrato sulla propalazione di materiale già realizzato⁴⁵.

Al problema della captazione sembra aver risposto la giurisprudenza di legittimità, che ha applicato analogicamente l'art. 615-bis c.p. alla formazione di immagini o video sessualmente espliciti carpiri ad insaputa della vittima, intesi quali interferenze illecite nella vita privata (di qui la contestazione nel caso in esame)⁴⁶; anche

⁴⁴ La riflessione è qui mutuata da G. FORNASARI, *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, in www.robertotoniatti.eu, 2020, secondo cui, quanto alla scienza penalistica, «se è vero che le norme giuridiche e la loro interpretazione seguono l'evoluzione del mondo che devono regolare, oggi quel mondo è globalizzato e vive di interrelazioni».

⁴⁵ La norma, in realtà, menziona l'aspetto della creazione di contenuti sessualmente espliciti riferendosi, in apertura del comma 1, a «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia [...] immagini o video...»; l'inciso (in corsivo) parrebbe tuttavia costituire un “espediente normativo” per marcare la differenza tra i primi e i secondi distributori (al comma 2). Quanto alla produzione, nel contributo di D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo*, cit., p. 8, si evidenzia chiaramente (nella dimensione di coppia) un “vuoto di tutela” relativo alla fase genetica delle immagini a sfondo sessuale, ancor meno giustificabile (ed ancor meno colmabile per analogia con altre disposizioni incriminatrici) a seguito dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: «[n]e verrebbe così che la formazione di immagini o video delle proprie esperienze sessuali all'insaputa del/dei partner sarebbe del tutto priva di rilevanza penale, mentre la loro successiva diffusione contro o senza la volontà del/dei partner sarebbe punibile ai sensi della più grave fattispecie di reato prevista dall'art. 612-ter c.p.». Ciononostante, l'Autore non manca di far riferimento all'indirizzo di legittimità riportato anche in questa sede ed incentrato sull'art. 615-bis c.p., peraltro rigettando in modo netto e condivisibile l'idea della sussunzione del momento genetico delle immagini sessualmente esplicite nella fattispecie ex art. 610 c.p., per «la mancanza di un elemento imprescindibile della fattispecie di violenza privata qual è l'“evento costrizione”, che non può essere all'evidenza ipostatizzato sulla base di un dissenso presunto della vittima». Su tale indirizzo, cfr. Cass. pen. Sez. III, n. 28174 del 14/05/2015, dep. 02/07/2015 con nota di F. TORLASCO, *Telecamera nascosta nello spogliatoio di una piscina: una discutibile sentenza della S.C. in tema di violenza privata*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 luglio 2016.

⁴⁶ Ben più difficile, d'altronde, deve ritenersi una contestazione fondata sull'art. 617-septies c.p., relativo alla diffusione di riprese e registrazioni fraudolente, fattispecie per l'appunto riferita al successivo momento della diffusione (peraltro connotata, come nell'art. 612-ter co. 2 c.p., da un “insidioso” dolo specifico) ed assai succinta nel riferirsi alla fase di captazione dei contenuti, che deve avvenire «fraudolentemente». Sul significato dell'avverbio, cfr. C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., p. 11, ove si allude a «modalità

nel tentativo di attribuire maggior peso all'autore che al contesto di tali interferenze⁴⁷, la fattispecie presenta tuttavia un limite oggettivo, costituito dall'espresso richiamo del suo comma 1 al domicilio penalmente rilevante *ex art. 614 c.p.*, che qualifica le riprese come «indebite» ai sensi della *littera legis* e la cui assenza determina inevitabilmente – così preso atto dal GUP nel caso di specie – l'esclusione del fatto tipico (v. *supra* § 2).

Occorre però domandarsi se l'ineludibile dimensione “domestica” (ravvisabile nell'abitazione, nei luoghi di privata dimora e nelle loro pertinenze⁴⁸) non possa riscontrarsi anche nella *toilette* di un locale pubblico quando al suo interno si esplichino atti della vita privata; e ciò, pur di fronte ai due requisiti, individuati dalla giurisprudenza e qui riconosciuti dal GUP, dell'apertura indiscriminata al pubblico e della (non) stabilità della presenza nel luogo⁴⁹, che nell'orbita delle interferenze illecite fungono da “termometro” della riservatezza (più che dell'esclusività) e dunque della più “intima” idoneità del luogo ad essere «proiezione spaziale»⁵⁰ dell'individuo. La questione, infatti, come si è anticipato, non può dirsi del tutto pacifica.

occulte» o «clandestine», certo non compatibili con il caso di Reggio-Emilia. La fattispecie, peraltro, ancor meno giustificabile alla luce dell'entrata in vigore dell'*art. 612-ter c.p.*, in ragione della sua formulazione deve comunque dirsi, secondo l'Autrice, «inadatta a contemplare, ad esempio, la divulgazione di materiale derivante da mezzi di captazione “statica”, come nel caso delle fotografie».

⁴⁷ Ci si riferisce all'indirizzo – degno di nota – che ha esteso l'applicazione della fattispecie al caso della coincidenza tra autore dei contenuti ed *intraneus* al domicilio, per cui cfr. Cass. pen. Sez. V, n. 36109 del 14/05/2018, dep. 27/07/2018, Rv. 273598 e Cass. pen. Sez. V, n. 13384 del 20/12/2018, dep. 27/03/2019, Rv. 275236. Nella prima pronuncia, in particolare, si afferma che «[n]on risulta infatti decisivo per escludere la rilevanza penale della condotta che il fatto avvenga nell'abitazione di chi ne sia autore, giacché ciò che rileva è che il *dominus loci* non sia estraneo al momento di riservatezza captato. [...] Il discrimine tra interferenza illecita e lecita non è infatti dato dalla natura del momento di riservatezza violato, bensì dalla circostanza che il soggetto attivo vi sia stato o meno partecipe».

⁴⁸ Sulle nozioni, cfr. G.L. GATTA, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio* [Cap. VII], in F. VIGANÒ e C. PIERGALLINI, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2015, pp. 320 ss. Quanto alla nozione di “privata dimora”, le Sezioni Unite, in relazione alla fattispecie di furto in abitazione *ex art. 624-bis c.p.*, ne hanno recentemente delineato i contorni sulla base di tre requisiti concomitanti: «a) *utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare*» (Cass. SSUU, n. 31345 del 23/03/2017, dep. 22/06/2017, Rv. 270076-01).

⁴⁹ Di nuovo, sui due criteri e sulla relativa giurisprudenza, cfr. *amplius* G.L. GATTA, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, cit., pp. 328 ss.

⁵⁰ In questi termini, A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 62 e F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/1967, p. 1120, che accosta il domicilio inteso come «proiezione spaziale» alla corrispondenza intesa come «proiezione spirituale» della persona.

In giurisprudenza, invero, non si è mancato di ascrivere alla nozione di privata dimora un bagno ad utilizzo di più persone, ancorché non indiscriminato⁵¹; né si è escluso da tale nozione l'ambulatorio di un ospedale⁵² o lo spogliatoio di un circolo sportivo⁵³: contesti di carattere "ibrido" tra il pubblico e il privato, tali da rendere più labili i confini dell'ampia nozione penalistica di domicilio. Peraltro, si è precisato che l'elemento dell'attualità-stabilità non deve necessariamente implicare il carattere della continuità della permanenza, essendo sufficiente il compimento di atti di natura privata «anche in modo transitorio e contingente»⁵⁴, con ciò "disgregandosi" ulteriormente i confini domestici. Da tali premesse (pur frutto della richiamata discrepanza tra diritto vigente e vivente), potrebbe allora includersi più agevolmente nell'ampia nozione delineata il bagno di una discoteca, "tramutato" in domicilio con i necessari accorgimenti – la chiusura a chiave – e per lo svolgimento del più intimo degli atti della vita privata, ancorché di breve durata.

Ciononostante, tale corrispondenza potrebbe comunque "prestare il fianco" a diverse e numerose obiezioni. Una su tutte: dovrebbe parlarsi di un diritto fondamentale "condizionato" alla successiva ed imprevedibile riappropriazione del supposto domicilio da parte del titolare o di un suo delegato (nel caso di specie: il titolare della discoteca o un "buttafuori"), che potrebbe pertanto dettare modi e tempi della riservatezza; o, ancora con riferimento al caso in esame, di una libertà condizionata all'utilizzo di tale spazio da parte di altri utenti, spinti (al bagno) dai loro bisogni fisiologici⁵⁵.

⁵¹ Sul punto, si veda Cass. pen. Sez. III, n. 27847 del 30/04/2015, dep. 02/07/2015, Rv. 264196-01, secondo cui «correttamente la Corte territoriale ha appunto affermato la natura non pubblica del bagno posto che il suo utilizzo non era consentito indiscriminatamente a chiunque, ma era riservato al titolare e agli impiegati dello studio con conseguente connotazione di stabile e continuativa frequentazione da parte di tali persone tale da giustificare [...] la tutela di tale luogo indipendentemente dalla presenza in esso delle stesse; né l'occasionale accesso al bagno da parte di clienti e fornitori, pur sempre condizionato, evidentemente, alla volontà del personale, può fondatamente condurre a diversa conclusione». In termini analoghi, cfr. Cass. pen. Sez. 5, n. 4669 del 07/11/2017, dep. 31/01/2018, Rv. 72279.

⁵² Cfr. Cass. pen. Sez. III, n. 47123 del 24/05/2018, dep. 17/10/2018, Rv. 274419-01.

⁵³ Cfr. Cass. pen. Sez. V, n. 12180 del 10/11/2014, dep. 23/03/2015, Rv. 262815.

⁵⁴ Cfr. nuovamente Cass. pen. Sez. III, n. 47123 del 24/05/2018, dep. 17 ottobre 2018, Rv. 274419-01: «[n]é l'attualità dell'uso del locale implica necessariamente la sua continuità, perché la natura del luogo non viene meno in ragione dell'assenza, più o meno prolungata nel tempo, dell'avente diritto [...]. Infatti, la nozione in questione comprende ogni luogo ove la persona si trattienga per compiere, anche in modo transitorio e contingente, atti della vita privata, come ad esempio lo spogliatoio di un circolo sportivo».

⁵⁵ Sulla generale contrarietà della giurisprudenza di legittimità (pur precedente alle pronunce segnalate) alla qualifica di privata dimora in relazione ai bagni dei locali pubblici, si veda G.L. GATTA, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, cit., p. 330-331. Qui si dà atto, tuttavia, di un indirizzo *ante litteram*, rimasto isolato, frutto di un'ampia interpretazione della nozione di privata dimora alla luce degli artt. 14 Cost. e 8 CEDU, per cui l'individuo-fruttore di un bagno pubblico avrebbe, avverso gli altri utenti, possibilità di opposizione. Si veda Cass. pen. Sez. IV, n. 7063 del 16/03/2000, dep. 15/06/2000, Viskovic, Rv. 217688: «chi si reca nel bagno di un esercizio pubblico (ma lo stesso potrebbe affermarsi per lo spogliatoio di una fabbrica o di una palestra,

Così, a differenza dall'art. 612-ter c.p., suscettibile di "rilettura" nel proprio inciso della privacy, nelle interferenze illecite il rimando ai «luoghi indicati nell'articolo 614» parrebbe non lasciare scampo né spazio ad una diversa soluzione dall'intervento del Legislatore, che potrebbe ad esempio sostituire il riferimento con un più ampio "luoghi in cui si svolgono atti della vita privata"⁵⁶ oppure introdurre una nuova fattispecie penale. Intanto, nello "stallo" dell'arte, il rammarico è duplice.

In una simile cornice, rimane che "non vi è alcun domicilio per la riservatezza" fuori dall'ambito intramurario di casa: quanto alla genesi di contenuti a sfondo sessuale, va constatato che «la tutela penale si ritrae dinanzi alla mera acquisizione abusiva di rappresentazioni di aspetti di vita privati, i quali [...] non sono puniti se non quanto penetrino la riservatezza nelle modalità – comunque ristrette – delineate dall'art. 615-bis c.p.»⁵⁷. Nondimeno, anche quest'ultima fattispecie, alla pari di quanto si è detto sull'art. 612-ter c.p., risulta perlopiù imperniata su un limite di natura oggettiva (il domicilio), a detrimento del limite soggettivo del (non) consenso, per il quale, anche a volersene dipingere l'avverbio «indebitamente»⁵⁸, deve concludersi che non vi è piena dimora.

5. "Nullum crimen cum consensu". Il ruolo della vittima. Appunti per il Legislatore.

Il lungo cammino dal "revenge porn" alla più ampia "non-consensual pornography"⁵⁹ non può che prendere le mosse – è tautologico – da un ruolo di primo piano attribuito (*rectius*: riassegnato) al consenso, «unico discrimine [...] il quale può

per una cabina di uno stabilimento balneare, per un vagone letto ecc.) non solo non rinuncia alla propria intimità e alla propria riservatezza ma presuppone che gli vengano garantite e, sia pur temporaneamente, gli è consentito opporsi all'ingresso di altre persone».

⁵⁶ Soluzione che potrebbe tuttavia condurre al rischio di una tutela penale esorbitante e per cui si pone una riflessione analoga a quella *sub* nota 42.

⁵⁷ Così C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., p. 16.

⁵⁸ Tuttavia, secondo la giurisprudenza maggioritaria, va escluso il carattere indebito delle captazioni «nell'ipotesi di chi, ammesso seppur temporaneamente a far parte della vita privata di una persona a sua insaputa si procuri notizie o immagini mediante strumenti di ripresa visiva o sonora». Cfr. G.L. GATTA, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, cit., p. 349. Il (non) consenso, dunque, superata la "barriera" del domicilio, è implicitamente posto in secondo piano.

⁵⁹ Quanto al "revenge porn", va condiviso il termine utilizzato da R. BARTOLI, M. PELLISERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di Parte speciale*, Torino, 2021, p. 154, secondo cui lo stesso sarebbe «una variante» del fenomeno più generale dell'invio di testi o immagini con contenuti sessualmente espliciti, non necessariamente all'interno di una coppia, ma anche tra estranei che intrattengono un rapporto.

esserci o no indipendentemente dal contesto, dalla situazione, dagli attori implicati»⁶⁰, anche nella fase genetica dei materiali a sfondo sessuale.

Ciò consentirebbe, peraltro, un maggiore decentramento della prospettiva della privacy e, a scanso di equivoci, della relazione di coppia, comunque considerata (in via più marginale) in forma di aggravante dal comma 3, prima parte, dell'art. 612-ter c.p.⁶¹; nonché (pur minimamente), con riferimento all'art. 615-bis c.p., un eventuale "ripensamento" della nozione di domicilio.

In realtà, va detto che l'abbandono del neologismo inglese fondato sulla vendetta comporta in sé, insieme alla primazia (ri)accordata al consenso, il riconoscimento – sul piano culturale e sociale, prima che penale⁶² – di chi lo esprime, tutelando le vittime di tale delitto di fronte al danno subito⁶³. Queste ultime, oltre a non essere per nulla considerate dal neologismo "*revenge porn*" (tutto incentrato sulle finalità dell'autore) sono, anzi, spesso costrette a subire scomode tendenze di c.d. "*victim blaming*" per aver prestato, in molti casi, il proprio iniziale consenso alla creazione di contenuti sessualmente espliciti⁶⁴. Nondimeno, con la rapida introduzione della nuova fattispecie di cui all'art. 612-ter c.p., non è stato predisposto dal Legislatore alcun effettivo sostegno alle vittime, cui non è riservato altro all'infuori della "magra consolazione" della sanzione penale inflitta al reo.

⁶⁰ Così, a proposito della violenza sessuale, T. PITCH, *Violenza sessuale*, in *Un diritto per due*, Milano, 1998, p. 169.

⁶¹ Ove si prevede che «[l]a pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

⁶² Sull'assenza di una "cultura del consenso" («*a missing culture of consent*») a detrimento delle vittime di diffusione non consensuale di immagini a sfondo sessuale, si veda, in riferimento all'esperienza angloamericana, N. HENRY et al., *Imaged-based sexual abuse*, cit., pp. 113 ss., ove si afferma (cfr. p. 130) l'importanza di svolgere una grande opera di prevenzione: «[...] efforts to respond victim-survivors and to work with perpetrators towards preventing imaged-based sexual abuse need to take account of this dual reality of victims-survivors' life».

⁶³ Per via degli strumenti telematici con i quali vengono solitamente diffuse le immagini a sfondo sessuale, al danno "reale", ovvero alla perdita di una "buona reputazione" nel mondo fisico – cui conseguono difficoltà relazionali, perdita del lavoro, problemi con la propria attività e identità sessuale, fino alla maturazione di propositi e tentativi suicidari (come in alcuni dei casi citati) – si somma l'irreparabilità del danno *online*, che spesso condanna la vittima a subire una "eterna" permanenza in rete dei contenuti sessualmente espliciti, anche per la frequente mancata attivazione alla inibizione e rimozione dei contenuti da parte degli *Internet Service Providers*.

⁶⁴ Il c.d. "*victim blaming*" (lett.: "colpevolizzazione della vittima"), termine tratto dall'opera del sociologo William Ryan pubblicata nel 1971 ed intitolata, appunto, *Blaming the victim*, rappresenta un'invasa tendenza ad accusare la vittima – di un'azione o di un'evento, in questo caso a sfondo sessuale – di aver cagionato, mediante la propria condotta superficiale e sconsiderata, la situazione di danno infertile. Osserva peraltro G.M. CALETTI, "*Revenge porn*" e tutela penale, cit., p. 72, richiamando il parere di una commissione del Senato australiano di Canberra, che «il termine "*revenge*", rimandando ad un atto vendicativo, ovvero ad una forma di *retribuzione* rispetto ad un male ingiusto previamente subito, sembra suggerire che si tratti di un atto in qualche misura "giustificabile"».

Eppure, la diffusione di immagini a sfondo sessuale di carattere intimo è certamente un fenomeno complesso, che il legislatore italiano ben poteva affrontare dal lato passivo all'insegna di forme di supporto *ex ante*, mediante programmi *ad hoc* di educazione sessuale e digitale (in particolare per i minori d'età, completamente trascurati dalla norma penale⁶⁵) o di supporto *ex post*, approntando percorsi e consultori psicologici per le vittime del delitto in parola.

L'assenza di visione legislativa, peraltro, si evince anche dall'irrilevanza cui è condannata, pur fondamentale, la dimensione dei nuovi *media*. Il riferimento a quest'ultima, operato icasticamente dalla norma in forma di aggravante⁶⁶, manca del tutto di considerare il Web e la sua complessa fenomenologia⁶⁷, che altri disegni di legge, presentati in Parlamento prima di quello definitivamente adottato, avevano invece sapientemente valutato⁶⁸.

D'altronde, come non può dirsi (sempre) "*nullum crimen sine coniugio*", così non può asserirsi che la diffusione (o divulgazione o pubblicazione) non consensuale di immagini e video intimi a sfondo sessuale avvenga sempre nell'ambito della preponderante dimensione virtuale, essendo attestati casi in cui tale dimensione non si rinviene⁶⁹. Né, in modo analogo, secondo quanto si è detto sin qui, può

⁶⁵ Le Sezioni Unite, recentemente esprimendosi sulla fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p. in relazione al minore ed al consenso da questi prestatato in ordine alla creazione e diffusione di materiale pedopornografico (*rectius*: "*selftaken*"), hanno con qualche rammarico osservato che, nel contesto dei minori, non può dirsi risolutiva «l'introduzione, nel 2019, tramite l'art. 612-ter cod. pen., della criminalizzazione del fenomeno del c.d. *revenge porn*, che non risulta occuparsi, nello specifico, della tutela della persona di età minore e che non appare adeguato a tale scopo sia per la procedibilità a querela che per la mancata previsione di una circostanza aggravante specifica per i casi in cui la diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessuale esplicito abbia ad oggetto le immagini di un minore» (Cass. SSUU, n. 4616 del 28/10/2021, dep. 09/02/2022). Va notato che anche le Sezioni Unite (richiamando qui l'ordinanza di rimessione del quesito: Cass. n. 25334 del 22/04/2021; dep. 01/07/2021) riprendono, molto probabilmente per comodità espositiva, la dizione "*revenge porn*".

⁶⁶ Così l'art. 612-ter co. 3, seconda parte, c.p.: «[l]a pena è aumentata [...] se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici».

⁶⁷ Particolare attenzione all'art. 612-ter c.p. in veste di *Cybercrime* si ritrova in N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., *passim*.

⁶⁸ Ci si riferisce all'emendamento n. 01.017, proposto dai deputati Boldrini e Conte (LEU) e bocciato pochi giorni prima dell'approvazione del testo dell'art. 612-ter c.p. da parte della Camera dei deputati. La qui rappresentata versione del reato di «Divulgazione non consensuale di contenuti intimi» considerava e criminalizzava anche il caso delle «immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di persone senza il loro consenso, create con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutte o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali», attestando il fenomeno del c.d. "*deepfake*", realizzato con tecniche informatiche di c.d. "*photoshopping*" e ben frequente nell'ambito della pornografia virtuale. In questa direzione, meritoriamente, la proposta di riformulazione dell'art. 612-ter c.p. in N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., pp. 36 ss.

⁶⁹ Il caso "Feltmeyer", di cui si fa menzione in G.M. CALETTI, "*Revenge porn*" e *tutela penale*, cit., p. 65, avvenuto negli USA nell'aprile 2007, è un buon esempio di (primigenio) *offline revenge porn*. Si pensino anche i casi "di scuola" prospettati in G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuali all'epoca di internet*, cit., p. 2066, relativi a

considerevolmente restringersi la punibilità di detta diffusione ai casi connotati dal «*fine di recare nocumento*»⁷⁰, con notevoli difficoltà e sforzi applicativi per l'interprete.

Difficoltà, del resto, appannaggio di un termine – “*revenge porn*” – «un po' metonimia e un po' sineddoche»⁷¹, cui lo stesso interprete, insieme al Legislatore, deve sentirsi chiamato ad “andare oltre”, per offrire (al fianco di altre discipline⁷²) autentica tutela alle vittime di un fenomeno ben più ampio e ancora tutto da analizzare.

«un gruppo di giovani che, in occasione di una festa o di una assemblea autogestita del loro istituto scolastico, per umiliare una compagna di classe, proiettino un video che la ritrae compiere atti sessuali con uno di essi» o, nuovamente, «all'esibizione nell'ambito di una mostra fotografica di un'immagine di nudo che non era stata autorizzata dalla persona rappresentata dalla fotografia».

⁷⁰ Ancorché (e ancor più) con riferimento ai c.d. “secondi distributori”, che nella maggior parte dei casi non sono certo mossi da tale intento. Sull'elemento soggettivo del dolo specifico, cfr. S. CANESTRARI *et al.*, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, p. 540 e L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano, 1993, pp. 547 ss., secondo i quali una delle funzioni del dolo specifico è quella di restringere l'ambito della punibilità.

⁷¹ Cfr. G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., p. 73, per cui «da un lato, si pone l'accento sulla causa (la vendetta) anziché sull'effetto (il danno subito dalla vittima), dall'altro, con una “parte” (il “*revenge porn* in senso stretto”) spesso si richiama un “tutto” molto più ampio che è la divulgazione non consensuale di immagini sessuali».

⁷² E ciò anche per scongiurare la dimensione «totale» del diritto penale, sovente inteso oggi quale miglior panacea ad ogni offesa: «[t]otale perché ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua. [...] Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e ad ogni male sociale». Così F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019, p. 23. Il rischio, del resto, è quello di addivenire altrimenti al fenomeno del c.d. “panpenalismo”, «che soffoca la società senza peraltro rimediare affatto a quei mali che il panpenalismo medesimo pretende di curare». Cfr. A. Panebianco, “L'equilibrio dei poteri perduto”, in *Corriere della Sera*, 26 dicembre 2019.

FALSI D'ARTE E CONFISCA IN ASSENZA DI CONDANNA, TRA TENTATIVI DEFINITORI E PRASSI APPLICATIVA

Nota a [Cass., Sez. III, ud. 4 maggio 2021, dep. 5 agosto 2021, n. 30687,
Pres. Gentili, est. Galterio, ric. Andreoli e Marchetti](#)

di Ilaria Ercole

La sentenza in commento affronta il tema della confisca obbligatoria di falsi d'arte, delineando le possibilità e i limiti di applicazione dell'istituto in assenza di condanna. Nel tentativo di identificare la natura della misura ablatoria, la Corte di cassazione si discosta dalle precedenti pronunce in materia, ritenendo – sulla base di argomentazioni non sempre convincenti – la misura non assimilabile a quella prevista dall'art. 240, co. 2, n. 2) c.p. ed evidenziandone la funzione punitivo-repressiva e la valenza di sanzione amministrativa, la quale prescinde dalla pericolosità intrinseca della res e dipende più semplicemente dall'accertamento dell'esistenza di un'attività vietata

SOMMARIO: 1. La sentenza. – 2. La tutela penale del patrimonio culturale tra legislazione speciale e tentativi di codificazione. – 3. La repressione del falso artistico. – 4. La confisca obbligatoria dei falsi d'arte. – 5. La natura della misura ablatoria. – 6. Il necessario accertamento del reato presupposto. – 7. L'incapacità della sentenza in commento di superare il riconoscimento di intrinseca pericolosità dei beni oggetto di confisca.

1. La sentenza.

Con la sentenza in commento la Suprema Corte cerca di delineare con maggiore precisione i limiti della confisca obbligatoria dei falsi d'arte e il contenuto dell'accertamento richiesto per l'applicazione della misura ablatoria, annullando con rinvio l'ordinanza emessa dal giudice di merito e riconoscendo esplicitamente, in tema di tutela penale delle opere d'arte, la non assimilabilità della confisca di cui all'art. 178, co. 4, D.Lgs. n. 42/2004 (oggi art. 518-*quaterdecies*, co. 2 c.p.) – secondo cui “È sempre ordinata la confisca degli esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti indicati nel comma 1, salvo che si tratti di cose appartenenti a persone estranee al reato. Delle cose confiscate è vietata, senza limiti di tempo, la vendita nelle aste dei corpi di reato” – a quella obbligatoria prevista dall'art. 240, co. 2, n. 2) c.p. dal momento che la prima, a differenza della seconda, non farebbe riferimento a beni di natura intrinsecamente criminosa con la conseguenza che, ove disposta in assenza di condanna,

è richiesto l'accertamento incidentale del fatto di reato e cioè della falsità o contraffazione dell'opera.

La pronuncia trae origine da un incidente di esecuzione proposto innanzi al Tribunale di Ferrara, il quale aveva rigettato la richiesta di restituzione di un'opera pittorica avanzata da due soggetti nei cui confronti era stato pronunciato decreto di archiviazione per mancanza dell'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 178, lett. b), D.Lgs. n. 42/2004 (oggi art. 518-*quaterdecies*, co. 1, n. 2) c.p.) in ragione della natura obbligatoria della confisca, la quale prescinde da una sentenza di condanna e deve pertanto essere disposta anche in caso di pronuncia assolutoria.

La Corte di cassazione ha accolto il ricorso presentato dai due soggetti ripercorrendo ampiamente in motivazione la disciplina della confisca di falsi d'arte e le principali pronunce che hanno delineato i contorni dell'istituto, confermando la possibilità di addivenire all'applicazione della misura anche in assenza di condanna per poi affrontare i rapporti tra la previsione in commento e quella contemplata dall'art. 240, co. 2, n. 2) c.p., l'unica che nell'impianto codicistico prescinde espressamente da una affermazione di penale responsabilità.

2. La tutela penale del patrimonio culturale tra legislazione speciale e tentativi di codificazione.

Al fine di meglio comprendere l'ambito in cui si inserisce la confisca di falsi d'arte e, più in generale, il reato presupposto di cui all'art. 178 del Codice dei beni culturali (oggetto da ultimo di trasposizione all'interno del Codice penale da parte della L. n. 22/2022), nonché il contenuto e la portata della pronuncia della Suprema Corte, appare opportuna innanzitutto una breve disamina relativa alla tutela penale del patrimonio culturale e, in particolare, alle fattispecie di contraffazione.

Negli ultimi anni risulta infatti fervente il dibattito circa la necessità di un'adeguata tutela penale del patrimonio artistico, la quale fonda le proprie radici nell'art. 9, co. 2 Cost. che, come noto, individua tra i principi fondamentali della Repubblica la protezione del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione¹. L'enucleazione di un'autonoma oggettività giuridica del patrimonio culturale

¹ Per un approfondimento sul rilievo costituzionale del bene giudico relativo ai reati di tutela del patrimonio culturale F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 55 ss.; S. MOCCIA, *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1302 ss.; G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, 29 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, in C. Barbati – M. Cammelli – G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 290 ss.; S. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, 10 ss.; C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *Leg. pen.*, 19 febbraio 2018, 5 ss.; G. DEMURO, [La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela](#), in *Sist. Pen.*, 2022, 6 ss.; A. VISCONTI, *Diritto penale dei beni culturali*, in *Diritto Online Treccani - Approfondimenti Enciclopedici*, 2019.

è persa dunque la coerente attuazione del disposto costituzionale²: è stato da più parti sottolineato, infatti, come il rilievo costituzionale del bene giuridico rappresenti un importante indizio dell'opportunità di utilizzo di sanzioni penali a sua protezione³, sebbene una simile forma di tutela debba rivestire in materia una funzione sussidiaria, essendo assai preferibile lo scopo preventivo di preservazione del patrimonio artistico⁴.

Quanto alla sua collocazione, la tutela penale dei beni culturali è stata per lungo tempo affidata alla L. n. 1089/1939, per poi essere trasposta dapprima nel D.Lgs. n. 490/1999 ("Testo unico delle disposizioni legislative in tema di beni culturali e ambientali"), poi nel D.Lgs. n. 42/2004 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio") e di recente, almeno con riguardo alle fattispecie più gravi, nel Libro II del Codice penale, Titolo VIII *bis*, ad opera della L. n. 22/2022.

Sebbene la normativa del Codice dei beni culturali abbia indotto a considerare la disciplina penale della materia come un "sottosistema giuridico dotato di proprie caratteristiche peculiari", la "tensione sistematica ed innovatrice" della riforma del 2004 sembra essere stata "relegata sul piano della mera dichiarazione d'intenti", producendo nei fatti una disciplina "fortemente disorganica e frammentaria"⁵, di cui la dottrina ha ripetutamente messo in rilievo la tendenziale disomogeneità⁶, caratterizzata – quantomeno fino alla più recente riforma – da poche disposizioni codicistiche aventi ad oggetto specificamente (es. art. 733 c.p., che punisce il danneggiamento del patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale) o indirettamente (es. aggravanti originariamente previste per i reati di cui agli artt. 635, co. 2, n. 1)⁷ e 639, co. 2 c.p.⁸) i beni

² F. MANTOVANI, *op. cit.*, 71.

³ V. MANES, *La tutela penale*, cit., 290; C. PERINI, *op. cit.*, 1 ss. (spec. 11). Al riguardo, riecheggia l'insegnamento di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIV, 7 ss., qui consultato in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, 1, Milano, 1997, 565, secondo cui "la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione del bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale".

⁴ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 56.

⁵ A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Id.*, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, Milano, 2005, 1 ss.

⁶ S. MANACORDA, *op. cit.*, 6.

⁷ Il D.Lgs. n. 7/2016 ha reso il danneggiamento di "immobili compresi nel perimetro dei centri storici" fattispecie autonoma di reato. Tale riferimento, contenuto all'interno dell'art. 635, co. 2, n. 1) c.p., è stato successivamente soppresso ad opera della l. n. 22/2022.

⁸ Anche tale previsione, che puniva più gravemente il depauperamento o l'imbrattamento di "cose di interesse storico artistico", è stata soppressa dalla L. n. 22/2022, la quale ha introdotto il reato di distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici secondo cui "chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende in tutto o in parte inservibili o non fruibili beni culturali o paesaggistici propri o altrui è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 2.500 a euro 15.000. Chiunque, fuori dei casi di cui al primo comma, deturpa o imbratta beni culturali o paesaggistici propri o altrui, ovvero destina beni culturali a un uso incompatibile con il loro carattere storico o artistico ovvero pregiudizievole per la loro conservazione o integrità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 10.000. La sospensione condizionale della pena è subordinata al ripristino dello stato dei luoghi o all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna".

culturali e da una legislazione speciale strutturata prevalentemente come accessoria⁹ alla regolamentazione amministrativa e civile della materia¹⁰. In tale contesto, accanto a fattispecie di danno sono presenti numerosi reati di pericolo astratto¹¹ posti a tutela di funzioni¹² e volti a punire lo svolgimento di attività in assenza di idonea autorizzazione¹³.

A fronte della descritta situazione, per lungo tempo la dottrina si è interrogata sulla *sedes materiae* più adatta ad ospitare i reati contro il patrimonio culturale e, dunque, se fosse preferibile mantenere lo *status quo*, con “poche e frammentarie fattispecie [...] fortemente ispirate al canone della sussidiarietà, tanto rispetto allo strumentario amministrativistico che a quello civilistico”¹⁴ o, al contrario, inserire le fattispecie in un apposito titolo del Codice penale¹⁵. Come già indicato, dopo la presentazione di alcuni progetti di riforma andati a vuoto¹⁶, il legislatore ha recentemente approvato il disegno di legge recante “Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale”¹⁷.

⁹ S. MANACORDA, *op. cit.*, 7.

¹⁰ La gestione e il controllo dei beni culturali è infatti affidata al potere amministrativo, mentre al diritto penale spetta il ruolo di garantire l'effettività di tale disciplina, V. MANES, *La tutela penale*, cit., 292. S. AMOROSINO, *Diritto dei beni culturali*, Padova, 2019, 232 divide gli illeciti penali in tre categorie: a) quelli relativi alla violazione di precetti previsti direttamente dal codice o da altre disposizioni, b) quelli derivanti dall'inosservanza di prescrizioni contenute in provvedimenti dell'amministrazione di tutela e c) quelli relativi alla mancanza di atti di consenso dell'amministrazione dei beni culturali.

¹¹ G. MORGANTE, *Nuove tecniche repressive nei confronti delle condotte di aggressione all patrimonio culturale*, in *Leg. pen.*, 1998, 627 ss.; S. MOCCIA, *op. cit.*, 1294 ss.; G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 264 ss.; A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico*, cit., 10 ss.; F. RESTA, *Anticipazione e limiti della tutela penale in materia di “danneggiamento” di beni culturali*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, cit., 54 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, cit., 291, il quale sottolinea come ciò possa essere attribuito alla peculiare conformazione del bene giuridico “patrimonio culturale”, il quale è considerato un bene collettivo o a titolarità diffusa.

¹² P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma*, in Manacorda-Visconti (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, 33.

¹³ V. MANES, *La tutela penale*, cit., 290 ss.

¹⁴ S. MANACORDA, *op. cit.*, 8.

¹⁵ Secondo P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 33 la scelta di collocazione sistematica “sembra rivestire un significato soprattutto formale, più che sostanziale, e non sembra poter incidere in modo rilevante sul livello di efficacia, preventiva e repressiva, delle misure sanzionatorie apprestate”.

¹⁶ L'opportunità di trasferire i reati contro il patrimonio culturale all'interno dell'impianto codicistico era già stata suggerita dalla Commissione Franceschini (“Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio”) istituita dalla L. n. 310/1964; in tempi più recenti è possibile ricordare il disegno di legge AC 2806 presentato nel giugno 2007 e il disegno di legge delega delega AS 3016 del novembre 2011 (su cui P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 31 ss.; L. D'AGOSTINO, [Dalla “vittoria di Nicosia” alla “navetta” legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici di beni culturali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 84 ss.).

¹⁷ Nei lavori preparatori, tra i motivi ispiratori della riforma è citata l'esigenza di conformarsi alla “Convenzione volta a prevenire e combattere il traffico illecito e la distruzione di beni culturali” adottata dal Consiglio d'Europa il 19.5.2017 (c.d. “Convenzione di Nicosia”). Per un approfondimento A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2021, 12 ss.; G. DEMURO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale*, cit., 5 ss., il quale sottolinea come la proposta di legge segni il definitivo abbandono di un sistema di tutela penale indiretta e il passaggio ad un sistema di tutela penale diretta del patrimonio storico e artistico.

La riforma, che verrà meglio analizzata con riferimento al delitto oggetto della sentenza in commento, ha comportato il trasferimento all'interno del Codice penale dei delitti contenuti nel Codice dei beni culturali e l'introduzione di nuove fattispecie, nonché un generalizzato inasprimento del trattamento sanzionatorio e la previsione di circostanze aggravanti speciali.

Accanto a chi saluta con favore la scelta del legislatore, anche in considerazione della collocazione costituzionale del bene giuridico tutelato¹⁸ e del rischio, in caso contrario, di definitiva perdita della centralità del Codice e della sua funzione di orientamento culturale¹⁹, non manca chi, all'opposto, ha evidenziato l'opportunità di mantenere (ed eventualmente riformare) una specifica legislazione di settore, in ragione dell'inadeguatezza del legislatore penale a porre mano alla riforma, dell'ulteriore frammentazione del quadro giuridico dovuta alla diversa collocazione di delitti e contravvenzioni, nonché di reati ed illeciti amministrativi²⁰, e della conseguente opportunità di mantenere un collegamento anche topografico tra la normativa amministrativa di settore e la parte sanzionatoria²¹.

¹⁸ G. DEMURO, *La tutela penale dei beni culturali, anche alla luce del codice dei beni culturali e del paesaggio. Cenni comparatistici*, in www.solfano.it/dossier/07.pdf, 3, il quale sottolinea come "il vigente sistema non rispetti il dettato costituzionale, che attribuisce rilievo autonomo ai beni culturali, alla loro conservazione e al loro sviluppo"; C. PERINI, *op. cit.*, 21; S. MOCCIA, *op. cit.*, 1297; G. DEMURO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale*, cit., 6 ss., il quale propone di collocare le fattispecie in esame insieme o subito dopo il titolo dedicato ai delitti contro l'ambiente.

¹⁹ A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico*, cit., 3, il quale richiama Grosso, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in AA.VV., *Il diritto penale minimo*, Roma, 2002, 99 ss. e sottolinea come se ciascun settore specifico della normativa complementare venisse disciplinato da un "codice" diverrebbe inevitabile "sfumare la differenza assiologica di tale figura tipica di fonte di cognizione del diritto". Sul tema riecheggiano le parole di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

²⁰ S. MANACORDA, *op. cit.*, 8 e 18, il quale evidenzia come l'alternativa di settore potrebbe rivelarsi maggiormente funzionale, in quanto "lascerebbe inalterata la struttura accessoria degli illeciti penali rispetto all'insieme della disciplina (sanzionatoria e non) di carattere amministrativo, senza incidere sulla accessibilità del corpus normativo in oggetto" e permetterebbe di "coagulare in un unico testo il sistema tripartito dei delitti, delle contravvenzioni e degli illeciti amministrativi, ricorrendo alle diverse classi di illecito, con le note conseguenze in tema di elemento psicologico, tentativo, recidiva, prescrizione e concorso".

²¹ A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico*, cit., 9, che richiama G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, 140. Sul punto F. MANTOVANI, *op. cit.*, 73 suggerisce di collocare i reati di danno all'interno del Libro II del Codice penale dedicato ai delitti e di lasciare sotto forma di contravvenzioni (se non addirittura di illeciti amministrativi) i reati di mero pericolo che sanzionano precetti amministrativi previsti dalla legislazione speciale; mentre V. MANES, *La tutela penale*, cit., 290 sottolinea come "la collocazione 'in appendice' dell'apparato sanzionatorio risponde, sul piano formale, a una scelta sistematica consueta nell'economia di un corpo normativo organizzato come è il D.Lgs. n. 42/2004, e, sul piano sostanziale, riflette un'esigenza di chiarezza e coerenza contenutistica, essendo le diverse fattispecie descritte mediante il frequente ricorso a definizioni, concetti, e più spesso interi precetti già definiti nella parte precedente del testo di legge"; v. anche A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali*, cit., 61 ss.

3. La repressione del falso artistico.

Il reato di contraffazione di opere d'arte è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dalla L. n. 1062/1971 (c.d. *Legge Pieraccini*)²², per essere successivamente collocato nell'art. 127, D.Lgs. n. 490/1999, poi trasfuso nell'art. 178 del Codice dei beni culturali e infine contemplato con identica formulazione dall'art. 518-*quaterdecies* c.p.²³ Esso si differenzia dagli altri reati contenuti nel Titolo VIII *bis* (e in precedenza nel Codice dei beni culturali) in quanto la sua funzione è solo indirettamente ed eventualmente focalizzata a tutelare il patrimonio storico o artistico²⁴, come dimostrano tra l'altro la mancata previsione nell'originaria legge del 1939 e la sua introduzione, in tempi assai più recenti, ad opera di un successivo provvedimento. E d'altronde la differenza tra le due tipologie di previsioni appare evidente: mentre il sistema di tutela dei beni culturali si riferisce ad oggetti che posseggono rilevanza artistica, tutelati per l'interesse pubblico insito nel loro valore, il falso è contrassegnato dalla simulazione tanto della "culturalità" quanto del pregio del bene e fonda le sue radici nella tutela della fede pubblica e della trasparenza del mercato²⁵, tanto da aver

²² In precedenza, il falso artistico era punito come truffa, falso in scrittura privata nel caso di opere sottoscritte e in talune ipotesi come violazione del diritto d'autore; sul punto U. PIOLETTI, sub art. 178, in Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 738 e più diffusamente F. LEMME, *La contraffazione e alterazione d'opere d'arte nel diritto penale*, Padova, 1995, 6 ss.

²³ Al riguardo A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, in *Aedon*, 2020 (consultato online, ultimo accesso 2 marzo 2022), 8 osserva: "Le fattispecie dell'art. 178 Cbc presentano alcuni rilevanti problemi di precisione e di obsolescenza, soprattutto in rapporto alla consistente evoluzione delle forme di espressione artistica, oltre a problemi probatori legati principalmente alla complessità dell'elemento soggettivo da accertare. E se, rispetto a quest'ultimo profilo, una revisione legislativa non appare né necessaria né opportuna, stante il delicatissimo bilanciamento, operato per il tramite della calibrazione del dolo, tra diversi interessi meritevoli di tutela, sotto il primo aspetto una riformulazione della fattispecie appare quanto mai urgente, così come sarebbe necessaria una regolamentazione legislativa delle attività di autenticazione (in particolare sotto il profilo dell'individuazione e positivizzazione di standard *minimi* di diligenza, prudenza e perizia da seguire nel rilascio di *expertise* e/o nelle attività di archiviazione e inserimento in cataloghi ragionati, nonché, eventualmente, dell'istituzione di albi di soggetti specificamente qualificati) e, correlativamente, una 'rivitalizzazione' dell'art. 64 Cbc". Nell'attuale formulazione, l'aggravante prevista dal secondo comma dell'art. 178 del Codice dei beni culturali – secondo cui "se i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività commerciale la pena è aumentata e alla sentenza di condanna consegue l'interdizione a norma dell'articolo 30 del codice penale" – non è stata trasposta all'interno dell'art. 518-*quaterdecies* c.p. ma nel successivo art. 518-*sexiesdecies*, co. 2 c.p. quale circostanza aggravante applicabile a tutti i reati previsti dal nuovo Titolo VIII *bis*. Per completezza, si precisa che la medesima disposizione ha introdotto ulteriori aggravanti speciali qualora il danno cagionato da uno dei reati contro il patrimonio culturale appaia di rilevante gravità o nel caso in cui sia commesso nell'esercizio di un'attività professionale, commerciale, bancaria o finanziaria, ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, preposto alla conservazione o alla tutela di beni culturali mobili o immobili o, ancora, nell'ambito dell'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.

²⁴ V. MANES, *La tutela penale*, cit., 302.

²⁵ Sul punto la Corte di cassazione ha evidenziato che la comunanza di materia tra le norme in commento e le altre fattispecie previste dal codice "è più generica che effettiva, in quanto non esistono ragioni similari di tutela degli interessi protetti, giacché i beni culturali sono tutelati per l'interesse pubblico insito nei loro contenuti di valore, mentre il c.d. falso d'arte concerne l'interesse alla regolarità ed alla correttezza degli scambi e delle contrattazioni nel settore del mercato artistico" (Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038).

portato parte della dottrina a dubitare dell'opportunità di collocare la fattispecie all'interno della legislazione in materia di beni culturali²⁶, ponendosi questa soprattutto come forma di tutela anticipata (rispetto a eventuali truffe) del patrimonio di potenziali acquirenti²⁷.

Il reato punisce tre condotte tra loro distinte²⁸ – la falsificazione di opere d'arte, il commercio di opere false e la loro autenticazione – tutte accumulate dalla medesima *res*, rappresentata da un'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero da un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico, a prescindere dal suo effettivo valore estetico-culturale²⁹.

In dottrina U. PIOLETTI, *op. cit.*, 737; per un'analisi dell'attuale mercato dei falsi d'arte A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, cit.

²⁶ Eadem, che richiama F. MANTOVANI, *op. cit.*, 91 ss.; F. LEMME, *op. cit.*, 91 ss.; G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 171 ss.; ID., D.lgs. 22.1.2004, n. 42 - *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 - Premessa e commento alla Parte quarta*, in *Leg. pen.*, 2004, 466; P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione di opere d'arte*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 284 ss. e 323 ss.; U. PIOLETTI, *op. cit.*, 737 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, cit., 302 ss.; G. MARI, sub artt. 178 e 179, in Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1514 ss.; A. VISCONTI, *Diritto penale dei beni culturali*, cit.

²⁷ Cfr. sul punto P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 270 ss.; F. LEMME, *op. cit.*, 4 ss.

²⁸ Secondo parte della dottrina si tratterebbe di norme a più fattispecie: U. PIOLETTI, *op. cit.*, 740; P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 323 ss. In senso contrario F. LEMME, *op. cit.*, 44 ss.

²⁹ P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 278, il quale richiama M. CECCHI, *Note in tema di falsificazione di opere d'arte*, in *Dir. Aut.*, 1998, 308; F. LEMME, *op. cit.*, 26 specifica che la pittura può essere intesa come qualsiasi prodotto bidimensionale, la scultura come qualunque bene tridimensionale e la grafica come l'arte del segno e del multiplo, potendo peraltro comprendere anche il *ready made*, l'opera concettuale, l'arte povera e la fotografia. Sul punto anche A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, cit., la quale ha evidenziato che "resta però lecito dubitare che un'interpretazione di questo tipo non sconfini in forme di analogia *in malam partem* contrarie al principio di legalità in materia penale. [...] Se dunque la prospettiva di tutela che anima la citata interpretazione, asseritamente estensiva, ma in realtà sostanzialmente analogica, appare perfettamente comprensibile, ne resta ineliminabile la nota incostituzionale: è quindi urgente che sia il legislatore a provvedere a un'attualizzazione delle fattispecie, col supporto delle più avanzate cognizioni storico-artistiche". Il Codice dei beni culturali, nell'escludere esplicitamente l'art. 178 dall'applicazione dell'art. 10, co. 5, secondo cui non sono tutelate le cose che siano opera di autori viventi o la cui esecuzione risalga a meno di cinquant'anni, prevede espressamente che possano essere oggetto di falso artistico anche le opere di arte contemporanea, ponendo così fine ad un ampio dibattito in materia. La disciplina dettata dal D.Lgs. n. 490/1999, infatti, si limitava a riprodurre le disposizioni della L. n. 1062/1971, pacificamente applicabile anche ai beni di arte contemporanea; ciononostante, l'art. 2, co. 6 del decreto escludeva dall'ambito di applicazione del Titolo I (in cui era compreso l'art. 127) tale categoria di opere. La Corte costituzionale (C. cost., 6 maggio 2002, n. 173 e C. Cost., 1 aprile 2003, n. 109) ha tuttavia riconosciuto l'applicabilità del reato anche alle opere d'arte contemporanea: "Le norme incriminatrici relative alla contraffazione, al commercio e alla autenticazione di opere d'arte contraffatte o alterate continuano ad applicarsi anche alle opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga a oltre cinquanta anni" (successivamente nel medesimo senso Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038; Cass. pen., Sez. II, 7 aprile 2004, n. 18041; Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2007, n. 26072). In dottrina P. CIPOLLA, *L'arte contemporanea, la repressione del falso e l'art. 2 comma 6 d.lg. 29 ottobre 1999, n. 490*, in *Cass. Pen.*, 2002; FUZIO, sub artt. 178-179, in Trotta-Caia-Aicardi (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, 1, 281 ss.; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004, 425; G. MARI, *op. cit.*, 1516; P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 281 ss.; VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, Padova, 2013, 373.

Brevemente, al numero 1) si punisce la contraffazione, alterazione o riproduzione dell'opera d'arte³⁰ portata a termine allo specifico fine di trarne un qualche profitto, anche di carattere non patrimoniale; al numero 2) si sanziona chiunque, anche diverso da colui che ha posto in essere le condotte di cui al n. 1), pone in commercio, detiene per il commercio, introduce al medesimo fine nel territorio dello Stato o fa entrare comunque in circolazione come autentiche opere d'arte di cui conosce la falsità³¹; i numeri 3) e 4), infine, contemplano rispettivamente la falsa autenticazione e la falsa asseverazione poste in essere da chi, pur conoscendo la falsità dell'opera, decide di autenticarla³² o accreditarla con dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, timbri, etichette o altri mezzi³³.

Quanto all'oggettività giuridica, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel riconoscere al reato natura pluri offensiva³⁴, tutelando la fattispecie tanto la regolarità e la correttezza degli scambi nel mercato dell'arte quanto la pubblica fede e (seppur indirettamente e in via del tutto eventuale³⁵) il patrimonio artistico. Proprio in ragione

³⁰ Come sottolinea P. CIPOLLA, *La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale*, in *Giur. Mer.*, 2010, 2022, il legislatore omette di definire i concetti di "contraffazione", "riproduzione" e "alterazione", lasciando incertezze sull'effettiva portata del falso punibile, con evidente problematicità relativamente al principio costituzionale di legalità, soprattutto sotto l'aspetto della tassatività e determinatezza della fattispecie; sul punto anche A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, cit. In via generale, contraffare equivale a creare un'opera "nello stile di" conferendole qualità e provenienza differenti da quelle reali; alterare significa modificare un'opera originale in modo da attribuirle connotati differenti da quelli originari; riprodurre corrisponde ad eseguire una copia della cosa avente le medesime caratteristiche dell'originale, così da indurre in inganno il pubblico. Più approfonditamente, in merito alle definizioni di tali condotte U. PIOLETTI, *op. cit.*, 739; G. MARI, *op. cit.*, 1517; V. MANES, *La tutela penale*, cit., 304; P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 290 ss.; VOLPE, *op. cit.*, 375; F. LEMME, *op. cit.*, 27 ss.; CERNUTO, *D.lg. 22.1.2004, n. 42 – Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*, in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, 362 ss.; A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, cit.

³¹ Come evidenzia CERNUTO, *op. cit.*, 364, la fattispecie sanziona qualsiasi attività di immissione nel circuito commerciale, a prescindere dal ricorso a schemi giuridici tipici (come la compravendita) o atipici, dall'effettivo conseguimento del profitto e dalla consumazione del reato nel quadro di un'attività professionale (circostanza richiesta ai fini dell'integrazione dell'aggravante ex art. 178, co. 2).

³² Ai sensi dell'art. 64 del Codice dei beni culturali l'attestazione di autenticità costituisce condizione ineludibile per la vendita. Tale disposizione appare tuttavia tendenzialmente disapplicata, come ricorda A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, cit. richiamando A. DONATI, *Autentiche, archivi e cataloghi: gerarchie tra diritto e mercato*, in AA.VV., *L'archivio d'artista. Tra dimensione privata e interesse pubblico*, Monza, 2013, 4 ss. (spec. 10 ss.).

³³ Sul punto U. Pioletti, *op. cit.*, 740; P. Cipolla, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 304 ss.

³⁴ Cass. pen., Sez. III, 25 marzo 2014, n. 13966; Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 2008, n. 39474; Cass. pen., Sez. III, 4 maggio 2006, n. 19249; Cass. pen., Sez. V, 2 dicembre 2004, n. 5407; Cass. pen., Sez. III, 4 novembre 2003, n. 48695; Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 2000, n. 4084; Cass. pen., Sez. II, 20 ottobre 1995, n. 11253; la giurisprudenza è ferma nell'escludere che l'oggettività giuridica della fattispecie comprenda la tutela di interessi patrimoniali di natura individuale. In dottrina U. PIOLETTI, *op. cit.*, 707; F.E. SALAMONE, *Argomenti di diritto penale dei beni culturali*, Torino, 2017, 96; C. TAORMINA, *La tutela del patrimonio artistico italiano*, Torino, 2001, 251; G. MARI, *op. cit.*, 1514 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, cit., 303; P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 284 ss.; G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 173; VOLPE, *op. cit.*, 374; CERNUTO, *op. cit.*, 367.

³⁵ G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 174 ss., con riferimento al precedente art. 127, D.Lgs.

dei beni giuridici posti a fondamento della fattispecie, in linea con quanto previsto per i reati contro la fede pubblica, si considera non punibile il c.d. falso grossolano e cioè quell'ipotesi (nei fatti piuttosto remota) in cui la falsificazione sia riconoscibile *ictu oculi* da chiunque, per carenza del requisito dell'offensività e per la conseguente inidoneità dell'azione³⁶; al contempo, è considerata irrilevante la riconoscibilità del falso da parte del collezionista medio, allorquando possa essere tratta in inganno la generalità dei terzi³⁷, così come ininfluyente appare il valore artistico e il pregio delle opere³⁸.

Il successivo art. 518 *quinquiesdecies* c.p. (già art. 179 del Codice dei beni culturali) esclude infine l'applicabilità della disposizione sul falso artistico nel caso in cui chi riproduce, detiene, pone in vendita o diffonde copie di opere di pittura, scultura o grafica, ovvero copie o imitazioni di oggetti di antichità o di interesse storico o archeologico, ne dichiari espressamente la non autenticità "all'atto dell'esposizione o della vendita, mediante annotazione scritta sull'opera o sull'oggetto o, quando ciò non sia possibile per la natura o le dimensioni della copia o dell'imitazione, mediante dichiarazione rilasciata all'atto della esposizione o della vendita"³⁹, così come nell'ipotesi di restauri artistici "che non abbiano ricostruito in modo determinante l'opera originale".

Nonostante l'impropria rubrica "Casi di non punibilità", si tratta a ben vedere di un elemento negativo della fattispecie⁴⁰: la dichiarazione di non autenticità, infatti, rende la falsificazione penalmente irrilevante per mancanza di offensività⁴¹. Secondo parte

n. 490/1999, sottolinea come "l'inserimento nel testo unico delle disposizioni in tema di falso risponda a un'esigenza di riunificazione legislativa di materie 'vicine', ma non innovi alcunché rispetto alla disciplina precedente". Al riguardo P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 286, richiamando nuovamente M. CECCHI, *op. cit.*, 328, evidenzia come la legittimità dell'incriminazione sia riferibile all'art. 41 Cost. più che all'art. 9 Cost.

³⁶ Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2007, n. 26072; Cass. pen., Sez. III, 24 marzo 2011, n. 26710, la quale ha precisato che "l'inidoneità della condotta, tale da rendere configurabile il reato impossibile, sussiste solo quando, per la grossolanità della contraffazione, il falso risulti così evidente da escludere la stessa possibilità, e non soltanto la probabilità, che lo stesso venga riconosciuto come tale non già da un esperto d'arte, ma da un aspirante compratore, magari neppure troppo esperto". In dottrina Volpe, *op. cit.*, 374.

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 2000, n. 4084.

³⁸ Cass. pen., Sez. II, 20 ottobre 1995, n. 11253; Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 1983, n. 3293.

³⁹ La Corte di cassazione ha chiarito che la pubblicizzazione della non autenticità dell'opera deve essere effettuata già in fase di esposizione dell'oggetto, ove questa preceda la vendita (Cass. pen., Sez. III, 4 maggio 2006, n. 19249, Rv. 234336; Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 2000, n. 10058, Rv. 217004). L'obbligo di espressa dichiarazione di non autenticità non attiene alla condotta di "copiare" l'opera in sé e diviene attuale solo quando l'autore decida di porre in vendita o esporre il bene (Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 2008, n. 39474, Rv. 242126; Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2016, n. 5431 secondo cui "l'annotazione di non autenticità deve ritenersi, al contrario, irrilevante allorquando le copie di opere siano detenute nella sfera strettamente privata del detentore, per la fruizione ed il godimento esclusivamente personale, non ricorrendo, in tal caso il pericolo di offesa al bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici di cui all'art. 178, D.Lgs. n. 42/2004": la mera detenzione di una copia o la riproduzione di un'opera priva di dichiarazione di non autenticità sono di per sé penalmente irrilevanti e restano tali se afferenti ad una fruizione personale del bene Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 2000, n. 10058, Rv. 217004).

⁴⁰ Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 2000, n. 4084; Cass. pen., Sez. II, 20 ottobre 1995, n. 11253.

⁴¹ P. CIPOLLA, *La detenzione per la vendita di riproduzioni di opere d'arte e reperti archeologici e il problema della rilevanza della riconoscibilità del falso secondo modalità non previste dalla legge*, in Cass. Pen., 2007, 3421; P.

della dottrina⁴², seguita sul punto anche dalla giurisprudenza⁴³, la disposizione non sarebbe applicabile né alle condotte di contraffazione e alterazione né a quelle di introduzione del falso nel territorio dello Stato, uniche ipotesi non richiamate espressamente dalla norma probabilmente in ragione del più marcato intento fraudolento insito in tali attività.

4. La confisca obbligatoria dei falsi d'arte.

Il secondo comma dell'art. 518-*quaterdecies* c.p. (già art. 178, co. 4 del Codice dei beni culturali) impone la confisca obbligatoria delle opere e degli oggetti falsificati, salvo che si tratti di cose appartenenti a persone estranee al reato, nonché il divieto "senza limiti di tempo" di vendita delle cose confiscate nelle aste dei corpi di reato.

La giurisprudenza – secondo una linea interpretativa espressamente enucleata dal provvedimento oggetto di analisi e basata sulla presenza all'interno della disposizione dell'avverbio "sempre"⁴⁴, il quale non concede al giudice alcuna possibilità di scelta – ne ha da tempo riconosciuto la validità anche in caso di sentenza di proscioglimento, improcedibilità o assoluzione non nel merito, qualora sia stata comunque accertata la falsità del bene⁴⁵, definendo la misura come obbligatoria, incondizionata, soggettivamente non illimitata⁴⁶ e, in quanto tale, applicabile anche alle sentenze di assoluzione con formule diverse dall'insussistenza del fatto.

L'unica deroga all'obbligatorietà della confisca, in linea con il *trend* giurisprudenziale della Corte costituzionale relativo ad altre misure ablatorie di simile tenore⁴⁷, riguarda l'ipotesi in cui le cose appartengano a persone estranee al reato⁴⁸, da

CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 311 ss.; P. COCO, *Teoria del falso d'arte*, Padova, 1988, 177; G.C. ROSI, *Opere d'arte (contraffazione o alterazione di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, 6; G. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 177; Cernuto, *op. cit.*, 369; P. CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere di pittura, scultura e grafica provento di falsificazione*, in *Cass. Pen.*, 2005, 580; M. CECCHI, *op. cit.*, 323.

⁴² P. CIPOLLA, *La repressione penale della falsificazione delle opere d'arte*, cit., 311; CERNUTO, *op. cit.*, 370.

⁴³ Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038, Rv. 225318.

⁴⁴ Sul punto la sentenza in commento afferma che l'avverbio "sempre" non avrebbe ragion d'essere qualora il presupposto per la sua applicazione fosse esclusivamente una sentenza di condanna.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038, Rv. 225318, in tema di improcedibilità dell'azione penale per morte del reo.

⁴⁶ Definizione ripresa da P. CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità*, cit., 571, in commento a Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038.

⁴⁷ C. cost., 19 gennaio 1987, n. 2; C. cost., 10 gennaio 1997, n. 1: "La salvaguardia del preminente interesse pubblico alla confisca di un bene non può giustificare, in linea di massima e al di fuori di specifiche disposizioni, il sacrificio inflitto al terzo in buona fede, titolare di un diritto reale sullo stesso, dovendo considerarsi la sua posizione protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico".

⁴⁸ La restituzione dell'opera contraffatta in favore del terzo in buona fede comporta, ai sensi dell'art. 537 c.p.p., l'applicazione sul bene della dichiarazione di non corrispondenza al vero (Cass. pen., Sez. II, 7 aprile 2004, n. 18041), senza pregiudicare gli interessi dei terzi non intervenuti come parti del procedimento e senza incidere sul valore estetico o economico del bene. In dottrina Cernuto, *op. cit.*, 360; P. Cipolla, *L'"appartenenza*

intendersi quali soggetti che non abbiano tratto da esso alcun illecito profitto, come l'acquirente in buona fede del bene contraffatto⁴⁹ o colui che, senza esserne proprietario, vanta sullo stesso un diritto reale di garanzia o di godimento⁵⁰. Al riguardo, dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato la specialità della disposizione rispetto alla previsione generale di cui all'art. 240, co. 2 c.p., il quale non prevede alcun limite alla confisca obbligatoria con la sola eccezione dell'ipotesi in cui la cosa, oltre ad appartenere a persona estranea al reato, possa essere fabbricata, utilizzata, portata, detenuta o alienata mediante autorizzazione amministrativa. Derogando a quest'ultima ipotesi, la disposizione in parola è considerata di stretta interpretazione: l'estraneità al reato deve riguardare un soggetto che non abbia in alcun modo tratto profitto dal fatto illecito, neppure in via indiretta⁵¹, e che non abbia alcun collegamento con la fattispecie delittuosa⁵².

a persona estranea al reato" come causa di preclusione della confisca di falsi d'arte, tra prassi giurisprudenziali e oscillazioni interpretative, in Giur. Mer., 2008, 1699, il quale ha stigmatizzato la scarsa efficacia di questa disciplina ai fini del contenimento del rischio che le opere e i reperti dichiarati falsi tornino a circolare liberamente. In senso contrario anche A. LANZI, La tutela del patrimonio artistico attraverso la repressione delle falsificazioni delle opere d'arte. Carenze e limiti della legislazione vigente, in AA.VV., La tutela penale del patrimonio artistico, Milano, 1977, 223.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038: "La norma contemplata dall'ultimo comma dell'art. 178 proprio perché speciale deve essere oggetto di stretta interpretazione, sicché la locuzione 'cose appartenenti a persone estranee al reato' va intesa nel senso che il soggetto non abbia tratto in alcun modo profitto dal reato sia in via diretta sia indiretta e non abbia alcun collegamento con la fattispecie illecita, giacché il concetto di estraneità al reato non va inteso con riferimento al processo penale e neppure alla punibilità". Come affermato da Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, con buona fede del terzo deve intendersi la "non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso". In dottrina P. CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere*, cit., 576; A. AULETTA, *Interferenze tra misure penali reali e procedure espropriative immobiliari e le anguste prospettive di tutela del terzo*, in Riv. Esec. Forz., 2020, 294 ss.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. I, 14 dicembre 2008, n. 3712. In senso critico ad una lettura estensiva P. CIPOLLA, *L'appartenenza a persona estranea al reato*, cit., 1699, laddove afferma che "le superiori esigenze di tutela della fede pubblica, soprattutto nella prospettiva del rischio di una nuova circolazione dell'opera falsa, oltre che ragioni letterali, legate al significato comune dell'espressione 'appartenenza', inducono ad aderire ad una interpretazione restrittiva della locuzione, e quindi identificare l'appartenenza a terzi", causa di esclusione della confisca, con la "proprietà di terzi". Resta comunque esclusa la possibilità di rivendicare la restituzione dei beni da parte dei titolari di diritti personali di godimento (Cass. pen., Sez. I, 8 luglio 1991, n. 3117, Rv. 187903) e dei soggetti solo fittiziamente titolari di una posizione reale (Cass. pen., Sez. un., 26 ottobre 1985, n. 6, Piromalli, Rv. 171061). In dottrina CERNUTO, *op. cit.*, 359.

⁵¹ Cass. pen., Sez. IV, 26 febbraio 2010, n. 20610, Rv. 247326; Cass. pen., Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 13360, Rv. 249885; Cass. pen., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 22, Rv. 274745.

⁵² Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038, Rv. 225320. P. CIPOLLA, *L'appartenenza a persona estranea al reato*, cit., 1699 precisa che la buona fede rilevante si ravvisa unicamente in capo a chi abbia maturato la disponibilità del bene senza colpa e senza incorrere in qualsivoglia negligenza o difetto di vigilanza: non può quindi ritenersi incolpevole l'acquirente che non abbia preteso la dichiarazione di autenticità dell'opera o del reperto, sia stato attratto da un prezzo eccessivamente favorevole e lontano dalle quotazioni di mercato o abbia effettuato l'acquisto attraverso canali commerciali non accreditati; parimenti, difficilmente può essere ritenuto in buona fede, ai fini della preclusione della confisca, il gallerista esperto d'arte, in quanto persona in grado di verificare autonomamente l'originalità o la falsità del bene (Cass. civ., Sez. II, 14 settembre 1999, n. 9782, Rv. 530045). La giurisprudenza tende ad escludere che l'erede possa essere considerato un estraneo in buona fede per mancanza dell'atto di acquisto e del requisito dell'estraneità al

Passando ad enucleare più in dettaglio la portata della sentenza in commento, con specifico riferimento alla confisca di falsi d'arte la Suprema Corte, dopo aver ribadito come la *ratio* della misura sia sostanzialmente quella di impedire la circolazione sul mercato di opere d'arte false spacciate come autentiche, concentra la propria analisi su due linee direttive, l'una dipendente dall'altra: la natura della confisca obbligatoria e la portata dell'accertamento necessario per la sua applicazione in assenza di condanna.

5. La natura della misura ablatoria.

Il primo aspetto messo in luce dalla sentenza inerisce alla natura della confisca obbligatoria. Il punto di partenza è inevitabilmente l'art. 240, co. 2, n. 2) c.p. che, come noto, impone al giudice di disporre anche in assenza di condanna la confisca delle cose intrinsecamente pericolose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato. La Cassazione ricorda, poi, l'esistenza di ulteriori e molteplici figure di confisca obbligatoria introdotte dalla legislazione speciale, le quali comprendono anche ipotesi in cui la *res* oggetto di ablazione – a differenza di quanto previsto dall'art. 240, co. 2, n. 2) c.p. – non solo risulta priva di attitudine criminosa intrinseca, ma non denuncia nemmeno indici di pericolosità "indiretta" derivanti dalla sua disponibilità da parte di determinati soggetti⁵³.

La giustificazione fornita dalla Corte circa la diversità di tali forme di confisca parte dal presupposto, ampiamente assodato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, della pluralità di funzioni e nature che possono essere assunte dalla misura, potendo

reato, trattandosi di soggetto che quantomeno dopo l'instaurazione del procedimento è "consapevole della natura illecita delle cose" (Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038, Rv. 225320). In dottrina P. CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere*, cit., 571; Cernuto, *op. cit.*, 359 ss.

⁵³ Sul punto Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2019, n. 40847, richiamata anche dalla sentenza in commento, riconosce espressamente l'esistenza di ipotesi di confisca obbligatoria non riconducibili all'alveo della confisca-misura di sicurezza, riguardando più propriamente misure di carattere sanzionatorio; in precedenza Cass. pen., Sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654: "Appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella 'speciale', una natura ambigua, sospesa tra funzione special preventiva e vero e proprio intento punitivo. Con il termine 'confisca', in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablativo di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato"; già Corte cost. n. 29/1961 e n. 46/1964. In dottrina *ex multis* A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 39 ss.; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; 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, 2 ss.: "La *quaestio iuris* affonda le radici nello statuto 'dogmaticamente apolide' – e costituzionalmente ambiguo – della 'confisca': termine ormai anfibologico, necessariamente plurale ed affidato a declinazioni sempre più eterogenee e peculiari, tutte ben distanti dall'archetipo codicistico delle 'misure di sicurezza patrimoniali' (confisca per equivalente; confisca di prevenzione; art. 12-sexies, L. n. 356/1992; confisca ex art. 19, D.Lgs. n. 231/2001, confisca del codice della strada, etc.); *genus*, dunque, solo nominalmente identificativo di un universo poliedrico e polimorfo, caratterizzato da promiscuità funzionale e costantemente al centro di oscillazioni giurisprudenziali, con un impegno sempre più frequente delle stesse Sezioni Unite".

prevalere a seconda delle ipotesi finalità strettamente sanzionatorie (e dunque punitive), di misura di sicurezza, o ancora di carattere più marcatamente amministrativo⁵⁴. In altre parole, “i diversificati aspetti che possono caratterizzare l’istituto della confisca impongono di condurre l’analisi non avendo come riferimento un archetipo valido in assoluto, dovendo invece l’interprete concentrarsi sulla particolare ipotesi di confisca, così come positivamente disciplinata dalla legge”⁵⁵.

La pronuncia si interroga dunque sulla natura da attribuire alla confisca di falsi d’arte e, in particolare, sulla sua assimilabilità o meno alla misura prevista dall’art. 240, co. 2, n. 2) c.p., giungendo ad escludere l’equivalenza delle due previsioni in quanto, mentre (come detto) la disposizione codicistica si rivolge a cose intrinsecamente pericolose, rispondendo dunque ad una logica preventiva, nell’ipotesi in commento la misura avrebbe formalmente natura di sanzione amministrativa e, potendo essere disposta anche nei confronti di colui che non sia l’autore materiale della contraffazione, assumerebbe più propriamente una funzione punitivo-repressiva⁵⁶, prescindendo dalla pericolosità della cosa e dipendendo più semplicemente dall’accertamento dell’esistenza di un’attività vietata.

L’assunto della Corte si pone solo parzialmente in linea con quanto riconosciuto in precedenza dalla già più volte citata Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038⁵⁷

⁵⁴ Sulla diversità di natura delle confische *ex multis* D. CASTRONUOVO, “*Nomen plurale tantum*”. Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali. Una introduzione, in Castronuovo-Grandi (a cura di), *Confische e misure patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, Napoli, 2021, 1 ss.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 53692.

⁵⁶ Secondo autorevole dottrina tale natura sanzionatoria (sebbene *sui generis*) sarebbe propria anche della confisca prevista dall’art. 174, co. 3 del Codice dei beni culturali per le ipotesi di traffico illecito di beni culturali (G. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 161). Richiamando la natura afflittivo-sanzionatoria della misura, con riguardo all’ipotesi prevista dall’art. 174 del Codice dei beni culturali, M. MONTAGNA, *Il “Getty Bronze”: prima un giallo archeologico, poi un rebus giuridico. Profili processualistici*, in *Arch. Pen.*, 2019, 193 ss. ne ha posto in discussione la legittimità costituzionale relativamente ai principi di legalità, irretroattività, presunzione di non colpevolezza e proporzionalità. Sul punto A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali*, cit., 55 ss. (nota 238) osserva: “Va però rilevato come una componente afflittiva sia intrinseca a ogni forma di confisca [...] e che per quanto talune ‘inversioni metodologiche’ e incoerenze ravvisabili nella giurisprudenza, tanto interna quanto della Corte europea dei diritti dell’uomo, in tema di qualificazione delle varie forme di confisca e, conseguentemente, applicazione (o meno) delle garanzie costituzionali e convenzionali alle stesse, siano certamente criticabili [...], per altro verso non sembra logico incentrare l’intero inquadramento di una misura ablativa sul solo effetto inevitabilmente compressivo del diritto di proprietà del soggetto inciso, restando comunque possibili e doverosi, ove correttamente operati, dei distinguo tra le varie misure con analogo effetto”. Con specifico riferimento a tale forma di confisca la Corte di cassazione ha evidenziato che la stessa non possa essere inquadrata come misura repressiva, bensì più propriamente come “misura avente carattere recuperatorio, finalizzata ad assicurare il rispetto sostanziale della presuntiva natura pubblica del bene culturale” e “a ripristinare la originaria situazione di dominio pubblico sul bene culturale”, assicurando “la tutela dell’interesse alla sua custodia, conservazione e, tendenziale, generale fruizione” (Cass. pen., Sez. III, 2 gennaio 2019, n. 22, Rv. 274745). L’affermazione della natura essenzialmente recuperatoria della confisca *ex art.* 174, co. 3 del Codice dei beni culturali che vada a cadere su beni archeologici oggetto di esportazione illecita consumata o tentata si può, in effetti, considerare ormai consolidata in giurisprudenza.

⁵⁷ Commentata approfonditamente da P. CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere*, cit., 568 ss.

laddove, riprendendo le Sezioni Unite Baccherotti⁵⁸, aveva evidenziato il carattere repressivo di tale ipotesi speciale di confisca, in quanto capace di colpire anche beni privi di un rapporto di diretta derivazione causale dal delitto. Ciononostante, secondo questa pronuncia la natura repressiva della misura non farebbe venir meno il suo legame con quanto previsto dalla disciplina generale del Codice penale, dal momento che la previsione di cui all'art. 178 del Codice dei beni culturali (oggi art. 518-*quaterdecies* c.p.) apparirebbe un'ipotesi speciale rispetto all'art. 240, co. 2 c.p.⁵⁹, la cui disciplina generale troverebbe dunque applicazione anche nel caso oggetto di analisi. In questa prospettiva, le opere d'arte contraffatte, alterate o falsificate sono dunque considerate alla stregua di cose la cui detenzione o alienazione costituisce di per sé reato. In altre parole, la confisca può essere disposta in assenza di una valutazione di concreta pericolosità della *res* proprio in quanto giustificata dalla pericolosità intrinseca dei beni, la cui permanenza sul mercato è in grado di mettere a rischio regolarità e correttezza degli scambi⁶⁰.

Partendo dalla diversa considerazione circa la natura non intrinsecamente pericolosa dei beni oggetto di confisca, nella sentenza qui in commento la Corte di cassazione si discosta dunque dall'orientamento precedentemente adottato in materia, andando ad abbracciare una diversa prospettiva già ampiamente analizzata con riferimento alla confisca urbanistica *ex* art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001⁶¹, con la quale vengono riconosciute espressamente e ripetutamente le affinità, appartenendo anch'essa all'alveo delle sanzioni formalmente amministrative con finalità eminentemente sanzionatorie.

6. Il necessario accertamento del reato presupposto.

È proprio in ragione della riconosciuta natura sanzionatoria della misura ablativa che la Corte passa a evidenziare come la confisca *ex* art. 178 del Codice dei beni culturali debba essere disposta dal giudice solo nel caso di effettivo accertamento del fatto di reato presupposto nel contraddittorio delle parti. A sostegno dell'affermazione, la Cassazione richiama le Sezioni Unite De Maio⁶² e le pronunce successive⁶³ secondo cui "gli ampi poteri di verifica di cui dispone il giudice gli consentono di procedere ad un accertamento incidentale, analogo a quello contenuto in una sentenza di condanna, della responsabilità dell'imputato e del nesso pertinenziale fra l'oggetto della confisca e il reato", soffermandosi poi diffusamente sulle più recenti statuizioni delle corti interne ed

⁵⁸ Cass. pen., Sez. un., 8 giugno 1999, n. 9, non massimata sul punto.

⁵⁹ Sul punto anche Cass. pen., Sez. III, 15 gennaio 2015, n. 4954.

⁶⁰ Cernuto, *op. cit.*, 357, che richiama Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038, Rv. 225320, nonché Cass. pen., Sez. II, 20 ottobre 1995, n. 11253.

⁶¹ "La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite".

⁶² Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2008, n. 28834, Rv. 240565.

⁶³ Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, Rv. 255596; Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 53692, Rv. 272791.

internazionali in materia di confisca urbanistica, la quale, come detto, assume le medesime finalità della disposizione in commento.

Passando brevemente in rassegna il noto quadro giurisprudenziale, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Sud Fondi c. Italia*⁶⁴ ha affermato la riconducibilità di tale ultima ipotesi di confisca al concetto di "materia penale" ai sensi dell'art. 7 della CEDU richiedendo per la sua applicazione, così come per ogni misura "intrinsecamente punitiva", l'accertamento di un "legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato"⁶⁵, per poi indicare, nella successiva pronuncia *Varvara c. Italia*⁶⁶, la necessità di una statuizione cristallizzata in una vera e propria sentenza di condanna.

A seguito dell'ultima pronuncia è intervenuta la Corte costituzionale la quale, con la sentenza n. 49/2015⁶⁷, pur dichiarando l'inammissibilità delle questioni prospettate dai giudici remittenti, ha prospettato un'interpretazione evolutiva di quanto statuito dal giudice di Strasburgo, ritenendo che la condanna necessaria per l'applicazione della misura ablativa debba essere intesa in senso sostanziale e che, pertanto, sia sufficiente un accertamento accidentale della colpevolezza del soggetto agente.

⁶⁴ Corte Edu., 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*. In dottrina ex multis A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3504 ss.; F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 1540 ss.; V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in *Foro Nap.*, 2012; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., 3; A. BALSAMO – C. PARASPORO, *La corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3183 ss.; L. BEDUSCHI, *Confisca degli "ecomostri" di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 maggio 2012.

⁶⁵ C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, § 116.

⁶⁶ C. Edu, 9 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*. In dottrina ex multis A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. Pen.*, 2014, 1396 ss.; F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 novembre 2013; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., 4.

⁶⁷ Prospettiva poi ribadita dalla successiva sentenza n. 187/2015. In dottrina V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit.; R. ROMBOLI, *Edilizia e urbanistica, Lottizzazione abusiva accertata, Estinzione del giudizio per prescrizione*, in *Foro It.*, 2016, 1623 ss.; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una prospettiva di adeguamento interpretativo*, in *Giur. Cost.*, 2015, 411 ss.; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. Cost.*, 2015, 421 ss.; M. ESPOSITO, *Nota alla sentenza Corte cost. 49/2015: Il grave problema dei limiti della potestà punitiva tra gli origami della Consulta*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, 545 ss.; E. PUCCETTI, *Corte costituzionale e Corte EDU allo scontro sulla confisca urbanistica*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2015, 549 ss.; A.E. RICCI, *La confisca "in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2015, 33 ss.; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, 288 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 3, 333 ss.

A ciò è seguita un'ulteriore sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, *G.I.E.M. S.r.l. c. Italia*⁶⁸, la quale, ponendosi in linea con quanto affermato dal giudice delle leggi, ha riconosciuto la compatibilità convenzionale della confisca urbanistica con la sentenza di proscioglimento per prescrizione qualora sia stato comunque effettuato un compiuto accertamento circa la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva.

Da ultimo le Sezioni Unite⁶⁹ – espressamente e diffusamente richiamate dalla sentenza annotata – hanno ribadito il dovere per il giudice di disporre la confisca urbanistica in presenza di una causa estintiva del reato purché sia stata accertata, prima

⁶⁸ C. Edu, Grande Chambre, 28 giugno 2018, *G.i.e.m. s.r.l. e altri c. Italia*. In dottrina *ex multis* M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Quest. Giust.*, 10 luglio 2018; A. 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.*, 3 luglio 2018; G. 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 *Dir. Comp.*, 28 giugno 2018; G. 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 *Arch. Pen.*, 2018; G. 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 *Arch. Pen.*, 2018; A. QUATTROCCHI, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2018, 1505 ss.; T. EPIDENDIO, *La Grande Camera della Corte EDU sulla confisca senza condanna: "oltre l'urbanistica la guerra tra le Corti", l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*, in *Giur. Cost.*, 2018, 2154 ss.; A. PULIVERTI – M. LO GIUDICE, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2019, 1, 99 ss.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. un., 30 gennaio 2020, n. 13539. La sentenza si sofferma inoltre sull'esegesi del nuovo art. 578-bis c.p.p. il quale stabilisce che "quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, 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". Sebbene non espressamente richiamata, la Corte ritiene la previsione non limitata ai casi di confisca allargata, bensì applicabile anche all'ipotesi di confisca urbanistica, rinviando la disposizione anche ai casi previsti "da altre disposizioni di legge" a cui, seguendo tale ragionamento, potrebbe essere ricondotta anche la confisca di falsi d'arte; sebbene la disposizione faccia esplicito riferimento ai giudici di secondo grado e di legittimità, la Corte ne riconosce la valenza anche qualora la causa di estinzione si sia verificata in primo grado e dunque in assenza di una formale sentenza di condanna. In dottrina *ex multis* A. QUATTROCCHI, *Le sezioni unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: tra i punti fermi, permane insoluto il nodo della proporzionalità della misura*, in *Sist. Pen.*, 2020, 7, 199 ss.; A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sist. Pen.*, 2020, 285 ss.; G. 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; L. CAPRIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato presupposto: le Sezioni Unite chiariscono la portata applicativa del principio (ri)affermato da Corte EDU, G.I.E.M. c. Italia*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4053 ss.; A. COSTANTINI, *Nuovi equilibri e vecchie contraddizioni in tema di confisca urbanistica: i rapporti con la prescrizione del reato e il principio di proporzione nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020, 1197 ss.; R. BELFIORE, *Nuovi punti fermi sui meccanismi processuali che regolano prescrizione del reato e confisca urbanistica*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020, 1209 ss.; A.M. MAUGERI, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale*, in *Arch. Pen.*, 2020, 3, 1 ss.; M. PIERDONATI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. Dal consolidamento della condanna "in senso sostanziale" all'interpretazione estensiva dell'art. 578-bis c.p.p.*, in *Lexambiente*, 2020, 2, 89 ss.

dell'intervento di detta causa e nel contraddittorio tra le parti, la sussistenza del reato tanto sul piano oggettivo quanto dal punto di vista soggettivo⁷⁰.

Nel caso in analisi la Corte individua il difetto di contraddittorio tra le parti nell'assenza di una perizia, considerata "indefettibile presupposto" della confisca, e dispone per tale ragione l'annullamento dell'ordinanza del giudice di merito. Quanto al contenuto dell'accertamento, tuttavia, è possibile individuare un elemento di novità che differenzia la pronuncia da quanto statuito dalla giurisprudenza nazionale e internazionale in tema di confisca urbanistica.

Mentre, infatti, con riferimento alla misura di cui all'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001 è richiesta esplicitamente la prova della sussistenza del reato da un punto di vista tanto oggettivo quanto soggettivo, con riferimento all'art. 178 del Codice dei beni culturali (oggi art. 518-*quaterdecies*, co. 2 c.p.) la Corte di cassazione sembra considerare irrilevante la sussistenza del dolo in capo al soggetto agente, richiedendo unicamente l'accertamento oggettivo del fatto di reato e cioè la non autenticità dell'opera.

In altre parole, il motivo per cui viene annullato il provvedimento del giudice territoriale non inerisce alla sussistenza di un'archiviazione per difetto dell'elemento soggettivo, bensì unicamente al mancato accertamento nel contraddittorio tra le parti (e quindi tramite la disposizione di una perizia resa da un soggetto per definizione imparziale) capace di dimostrare con sufficiente certezza l'oggettiva falsità dell'opera e, dunque, la sussistenza del reato da un punto di vista prettamente materiale, lasciando intendere che, laddove un simile accertamento fosse stato raggiunto, nel caso di specie sarebbe stato possibile applicare il provvedimento ablatorio anche in assenza di dolo in capo agli indagati⁷¹.

L'assunto appare peraltro in linea con quanto ribadito in via generale da Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2019, n. 7940 secondo cui "la confisca obbligatoria, nei casi previsti dall'art. 240, comma secondo, cod. pen. o da altre disposizioni speciali, può essere disposta quando il procedimento si concluda con una pronuncia assolutoria o con il proscioglimento dell'indagato per cause che non incidono sulla materialità del fatto e non interrompono il rapporto tra il bene su cui vengono esercitati i poteri ablatori e il soggetto attivo del reato", senza alcun riferimento alla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo.

La Corte non giustifica esplicitamente tale differenziazione, la quale a parere di chi scrive potrebbe argomentarsi sulla base della presenza dell'avverbio "sempre" inserito nella disposizione, al contrario non richiamato dalla misura urbanistica. E, d'altronde, l'indicazione del legislatore e il conseguente venir meno di qualsivoglia forma di discrezionalità in capo al giudice rappresenta con ogni evidenza un elemento

⁷⁰ Sul punto la precedente Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066, Rv. 255112 precisa la necessità di un accertamento sull'esistenza di "profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza o del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere".

⁷¹ In tema di confisca *ex* art. 301, co. 1, d.P.R. n. 43/1973 per il reato di contrabbando la Corte di cassazione si era già espressa nei medesimi termini, riconoscendo l'applicazione della misura "anche nei casi di proscioglimento dell'imputato per ragioni soggettive" (Cass. pen., Sez. III, 4 giugno 2009, n. 28508, che richiama sul punto diversi precedenti).

centrale della disposizione, con cui la Suprema Corte, nella sentenza in commento, sembra non essersi confrontata a sufficienza, arrivando così a contraddirsi laddove riconosce l'assenza di intrinseca pericolosità dei beni oggetto di confisca.

7. L'incapacità della sentenza in commento di superare il riconoscimento di intrinseca pericolosità dei beni oggetto di confisca.

Seguendo l'ultima prospettiva indicata, si ritiene di sottolineare come la riconosciuta natura sanzionatoria della misura e, soprattutto, la dichiarata non assimilabilità della previsione all'art. 240, co. 2, n. 2) c.p. non appare del tutto convincente, né sufficientemente argomentata, in ragione di presupposti di ordine innanzitutto letterale.

Come detto, la Corte pone alla base della incomparabilità tra la confisca di opere d'arte e la disposizione codicistica la mancanza, nel primo caso, di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di ablazione. Tale affermazione, oltre a non apparire in linea con la precedente giurisprudenza di legittimità, risulta invero difficilmente conciliabile con la seconda parte del secondo comma dell'art. 518-*quaterdecies* c.p., a norma del quale "delle cose confiscate è vietata, senza limiti di tempo, la vendita nelle aste dei corpi di reato", divieto assoluto che appare peraltro in linea con l'oggettività giuridica di tutela della fede pubblica e della regolarità dei mercati. Per le ipotesi di contraffazione, la disposizione non lascia dunque vie alternative alla completa sottrazione del bene alla disponibilità non solo del soggetto che ha posto in essere il reato o di un terzo in mala fede, ma di qualunque soggetto diverso dalla persona estranea al reato nel senso sopra indicato. La *ratio* di una simile previsione appare dunque evidente: espungere definitivamente dal mercato delle opere d'arte esemplari contraffatti o alterati tramite l'unica misura pienamente in grado di prevenire un nuovo impiego delittuoso del bene.

Siffatta conclusione appare perfettamente in linea con la presenza dell'avverbio "sempre" all'interno della disposizione, il quale – come già ricordato – nell'elidere totalmente la discrezionalità dell'organo giudicante sottintende inevitabilmente un giudizio *ex ante* da parte del legislatore di intrinseca pericolosità del bene oggetto di confisca.

Se ciò è vero, non si comprende allora come sia possibile giustificare la disposizione se non tramite, appunto, il riconoscimento della natura intrinsecamente pericolosa della *res*, in quanto, riprendendo le parole della già citata Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038, "nelle opere d'arte 'falsificate' la frode è strutturata nell'opera, sicché questa è oggettivamente pericolosa per il mercato dell'arte e non può essere rimessa in circolazione senza mettere in pericolo il bene protetto. Detta differenziazione è perfettamente coerente con l'affermazione secondo cui le opere d'arte contraffatte, alterate o falsificate devono essere considerate come cose la cui detenzione o alienazione costituisce reato". D'altronde, appare difficile non riconoscere come i falsi d'arte siano effettivamente assimilabili a cose la cui fabbricazione, detenzione o alienazione – se suffragata dallo specifico dolo di profitto o di commercio – costituisce reato secondo la previsione generale di cui all'art. 240, co. 2, n. 2) c.p.

L'assunto appare ancor più valido sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale sviluppatasi con riferimento all'art. 8, co. 2, L. n. 1062/1971⁷² secondo cui "nelle vendite alle aste dei corpi di reato, è fatto obbligo all'ufficio procedente di provvedere alle forme di pubblicità, alle annotazioni e alle dichiarazioni indicate [...] relative alla non autenticità delle opere ed oggetti confiscati". Con ogni evidenza, la disposizione appare astrattamente confliggente con il divieto assoluto e temporalmente illimitato di vendita delle opere confiscate. Sul punto, tuttavia, nella pronuncia da ultimo richiamata la Suprema Corte riconosce un parallelismo con l'interpretazione giurisprudenziale data all'art. 179 del Codice dei beni culturali (oggi art. 518 *quinquiesdecies* c.p.) in merito alla differenza tra opere concretamente contraffatte o alterate e mere copie, laddove prevede, in caso di espressa dichiarazione di non autenticità, la possibilità di escludere il reato solo nella seconda ipotesi. In tal modo, viene posta una distinzione tra "copie di pitture, sculture ed opere grafiche, e copie ed imitazioni di oggetti di antichità, interesse storico o archeologico, possibili oggetto di vendita nelle aste dei corpi di reato, con obbligo di munirsi delle prescritte indicazioni ed annotazioni di non autenticità a fronte del divieto assoluto di vendere le opere d'arte contraffatte o falsificate"⁷³.

Pertanto, qualora oggetto di confisca siano mere copie e non ricorrano le condizioni di cui all'art. 179, i beni confiscati potranno essere venduti all'asta muniti della prescritta annotazione⁷⁴, mentre questa opzione è assolutamente interdetta nel caso di falsi d'arte, con riferimento ai quali non è possibile elidere, tramite l'apposizione di una dichiarazione di non autenticità, né l'origine delittuosa né il divieto assoluto di vendita nelle aste dei corpi di reato. Appare evidente, allora, che una simile distinzione possa essere giustificata unicamente tramite il riconoscimento dell'intrinseca pericolosità delle cose appartenenti alla seconda categoria. Non si tratta, peraltro, di una mera disquisizione dottrinale, in quanto, come del resto evidenziato dalla stessa sentenza in commento, il riconoscimento di un'intrinseca pericolosità delle opere contraffatte ed alterate implica la confiscabilità delle stesse senza che siano richiesti accertamenti ulteriori sulla sussistenza del fatto di reato sottostante in quanto i beni, "possedendo un'attitudine criminosa intrinseca, non richiedono accertamenti anomali ai fini dell'applicabilità della misura".

Testo

⁷² Espressamente escluso dall'abrogazione dall'art. 166, D.Lgs. n. 490/1999 e rimasto in vigore anche dopo l'emanazione del Codice dei beni culturali.

⁷³ A dire di Cass. pen, Sez. III, 12 febbraio 2003, n. 22038 ciò sarebbe desumibile dai lavori preparatori e da alcuni argomenti di tenore letterale, quali la non perfetta corrispondenza tra i falsi punibili e i falsi consentiti ai sensi dell'art. 178, la distinzione contenuta tra le copie lecite aventi finalità di contraffazione e il falso d'arte, la distinzione logica ed ontologica tra le opere d'arte falsificate e le semplici copie. In dottrina P. CIPOLLA, *I limiti soggettivi*, cit., 579 ss.

⁷⁴ G. MARI, *op. cit.*, 1521.

L'APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO CONTRO LE SENTENZE DI PROSCIoglimento: DAGLI STATI UNITI UN MODELLO PER L'ITALIA?

di Francesco Lazzarini

Con la discussione che ha accompagnato la prossima riforma del processo penale è tornata attuale la questione, per vero mai del tutto sopita, della legittimità del p.m. ad appellare le sentenze di proscioglimento. In Italia, la previsione di tale potere in capo alla parte pubblica è stata costantemente criticata da quanti la considerano un ostacolo alla piena attuazione del paradigma accusatorio. Molti hanno auspicato un intervento legislativo sul modello degli Stati Uniti, in cui vige il principio della tendenziale inappellabilità degli esiti liberatori. Il contributo, esamina le vicende che hanno interessato i confini e i limiti dell'impugnazione della pubblica accusa nei due sistemi, pone a confronto le ragioni addotte nell'uno e nell'altro a sostegno del divieto di appello, verificando se vi sia spazio per una trasposizione, anche parziale, degli argomenti spesi oltreoceano nell'ordinamento italiano.

SOMMARIO: 1. Premessa minima: l'ordinamento italiano al banco di prova dell'appello contro le sentenze di proscioglimento. – 1.1. Le proposte di riforma. – 1.2. La "Legge Pecorella". – 1.3. Le risposte della Corte costituzionale. – 1.4. La ristrutturazione del giudizio di appello. – 1.5. La perdurante attualità del dibattito sulla legittimazione ad appellare del pubblico ministero. – 2. I richiami all'ordinamento statunitense. – 3. Il principio dell'inappellabilità negli Stati Uniti. – 3.1. L'affermazione giurisprudenziale del principio. – 3.2 Gli interventi legislativi. – 3.3. La successiva evoluzione della prassi. – 3.4. La questione dell'appellabilità per "errors of law". – 4. La comparazione. – 4.1. Il diverso ruolo delle impugnazioni nei due sistemi. – 4.2. La differente origine delle regole in materia di legittimazione ad appellare. – 4.3. La diversa latitudine del *double jeopardy* e del *ne bis in idem*. – 5. Le ragioni a sostegno dell'inappellabilità nei due ordinamenti. – 5.1. La tutela del diritto alla «quiete penalistica». – 5.2. La minimizzazione delle condanne ingiuste. – 5.3 La tutela delle prerogative costituzionali della giuria. – 5.4. La limitazione dei poteri e degli abusi dell'accusa. – 5.5. La tutela dell'immagine e dell'efficienza del sistema giudiziario. – 5.6. La tutela del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza. – 6. L'(ipotizzata) appellabilità per *errors of law* negli Stati Uniti e il ricorso per cassazione in Italia. – 7. La parità delle parti. – 8. Una riflessione conclusiva.

1. Premessa minima: l'ordinamento italiano al banco di prova dell'appello contro le sentenze di proscioglimento.

Il codice Vassalli ha accolto, in continuità con il passato¹, la regola della generale appellabilità delle sentenze, dai punti di vista soggettivo e oggettivo², prevedendo, di regola, la facoltà del pubblico ministero e dell'imputato di appellare le sentenze di condanna e di proscioglimento³.

In particolare, l'appello delle sentenze di proscioglimento ha sollevato una serie di interrogativi circa la sua compatibilità con il nuovo modello processuale. Fin dall'approvazione del codice, è stata evidenziata l'incoerenza tra l'intenzione di attuare «i caratteri del sistema accusatorio»⁴ e la scelta di recepire, senza sostanziali modifiche, l'assetto delle impugnazioni tipico del sistema inquisitorio-misto⁵. Nel tempo, molteplici interventi, legislativi e giurisprudenziali, si sono susseguiti sul tema, che tuttavia rimane uno dei nodi irrisolti del nostro sistema processuale.

1.1. Le proposte di riforma.

Tra gli anni Novanta e gli anni Duemila, in dottrina furono elaborate diverse proposte di riforma del giudizio di secondo grado, con l'obiettivo di adeguarlo ai principi ispiratori del nuovo codice.

¹ V. artt. 512-513 r.d. 19 ottobre 1930, n. 1399; artt. 477-478 r.d. 27 febbraio 1913, n. 127; artt. 341-390 l. 20 novembre 1859, n. 3784, la cui applicabilità venne estesa a tutto il Regno d'Italia con il r.d. 26 novembre 1865, n. 2598.

² *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in *Suppl. ord. n. 2 alla G.U. n. 250, Serie generale dell'anno 1988*, 124-125 e 199.

³ Nella formulazione originaria, l'art. 593, comma 1, c.p.p. disponeva che «salvo quanto previsto dagli articoli 443, 448 comma 2, 469, il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna o di proscioglimento»; residuavano alcune ipotesi eccezionali di inappellabilità ai commi 2 e 3.

⁴ Art. 2, comma 1, l. n. 81/1987.

⁵ *Ex multis*, VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 494; FIORIO, *L'appello. Funzioni, caratteristiche e ipotesi del giudizio di appello*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, I, Torino, 1998, 300; *Id.*, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, in *AA.VV.*, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 116; CHIUSANO, in *AA.VV.*, *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del Convegno: Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, 283; GROHMANN, *Brevi riflessioni de iure condendo sulle impugnazioni*, in *AA.VV.*, *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di Nunziata, *Suppl. a Dir. giust.*, 2004, XXIX, 93; ZINCANI, *Uno strano connubio: impugnazioni inquisitorie e processo accusatorio. Osservazioni e spunti di diritto comparato*, in *AA.VV.*, *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 125; NAPPI, *Adeguamenti necessari per il sistema delle impugnazioni*, in *AA.VV.*, *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 151; OLIVERI DEL CASTILLO, *Teleologia del processo e delle impugnazioni: l'emergenza continua tra scopi di difesa sociale e scopi garantisti*, in *AA.VV.*, *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 73.

Una prima proposta, avallata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione⁶, lasciava intatta la facoltà di impugnare in capo alla parte pubblica, ma prevedeva la trasformazione dell'appello da quest'ultima introdotto in un giudizio meramente rescindente. Si sosteneva che al giudice di seconda istanza dovessero essere consentiti due soli epiloghi decisori, la conferma o l'annullamento della sentenza di primo grado, e che all'annullamento dovesse seguire la rinnovazione del giudizio davanti al giudice di prime cure, sede privilegiata di accertamento del fatto. Si sarebbe così eliminata la contraddizione insita nella possibilità che il giudice d'appello, su basi unicamente cartolari, potesse riformare la sentenza di proscioglimento, pronunciata all'esito di un processo assistito dal contraddittorio, dall'oralità e dall'immediatezza. Inoltre, si sarebbe garantito all'imputato il riesame nel merito del caso, ancora oggi precluso al condannato in secondo grado⁷.

Una seconda ipotesi di modifica, avanzata da coloro che temevano la trasformazione dell'appello in una «minicassazione»⁸, puntava invece sulla rinnovazione del dibattimento davanti al giudice di seconde cure⁹. A detta dei suoi sostenitori, la soluzione avrebbe rappresentato un equo bilanciamento tra il principio del contraddittorio e quello della ragionevole durata del processo¹⁰.

⁶ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2003, n. 45267, Andreotti, in *Cass. pen.*, 2004, 811 ss., in cui si auspica che il legislatore provveda a «ristrutturare sapientemente il giudizio d'appello, secondo cadenze e modalità tali da precludere a quel giudice (che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova) di ribaltare il costruito logico della decisione di proscioglimento dell'imputato, all'esito di una mera rilettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis*. Nel senso cioè di qualificare in questo caso l'appello, ove non si concluda con la conferma dell'alternativa assolutoria, come giudizio di natura esclusivamente rescindente, cui debba seguire un rinnovato giudizio di primo grado sul merito della responsabilità dell'imputato, modulato sui binari tracciati dalla sentenza di annullamento».

⁷ NAPPI, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 256; ID., *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, 974; SIMEONE, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 291; Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del pubblico ministero e principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 4033; PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 729-731; ID., *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, 273-274; FERRUA, *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al riesame dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 611; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 26.

⁸ AMODIO, *Disorientamenti legislativi nella riforma delle impugnazioni*, in *Cass. pen.*, 2006, 2576.

⁹ CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, III, 810; NUZZO, *De profundis per l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione?*, in *Cass. pen.*, 2004, 3919-3920; KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 923; LATTANZI, *Una legge improvvida, in Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis-Caprioli, Torino, 2007, 491; LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, II, 603; ID., *La riforma del sistema delle impugnazioni, per un processo penale dalla durata ragionevole*, in *Dem. dir.*, 2005, III, 203; PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 9; MARZADURI, *Luci e ombre di un messaggio presidenziale*, in *Guida dir.*, 2006, V, 12.

¹⁰ A sottolineare il contrasto tra l'appello rescindente e il principio della ragionevole durata del processo furono, tra gli altri, NUZZO, *op. cit.*, 3919; LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, cit., 603; GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, 1827-1828; AMODIO, *Disorientamenti legislativi nella riforma delle impugnazioni*, cit., 2576; Kostoris, *Le impugnazioni*

Una terza iniziativa intendeva innovare muovendo dall'appello incidentale, nel senso di stabilire che l'imputato potesse sempre esperirlo in caso di impugnazione del pubblico ministero, anche quando non fosse legittimato alla proposizione dell'appello principale¹¹. Si sarebbe così tutelato il diritto di difesa dell'imputato, evitando la determinazione unilaterale, ad opera della parte pubblica, del perimetro della devoluzione al giudice di secondo grado¹².

Un'ultima proposta, la più radicale, si proponeva di agire non sul *quomodo* del giudizio di appello introdotto dal pubblico ministero, bensì sull'*an* dello stesso, privando l'organo dell'accusa del potere di impugnare le sentenze di proscioglimento, nella convinzione che questa fosse l'unica alternativa idonea ad adeguare il sistema italiano al modello accusatorio. Si sarebbe così realizzato un nuovo bilanciamento tra i diritti di libertà dei cittadini e l'interesse pubblico alla repressione dei reati. Inoltre, l'inappellabilità avrebbe dato piena attuazione alla regola B.A.R.D., dovendosi ritenere che la sentenza di assoluzione di primo grado, di per sé, integri il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato e impedisca un successivo accertamento di responsabilità¹³.

Tra i sostenitori del principio asimmetrico, molti censuravano l'appello del pubblico ministero per violazione del principio del contraddittorio *ex art. 111 Cost.* e del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*¹⁴. Nei primi anni Duemila, diverse eccezioni di illegittimità costituzionale furono sollevate dalle difese in alcuni procedimenti penali, anche di grande risonanza mediatica, come avvenne nel processo per il Petrolchimico di Porto Marghera o in quello a carico dell'ex ministro Mannino. Peraltro, le risposte delle Corti furono di segno negativo: le questioni di legittimità costituzionale vennero

penali, cit., 923; PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, cit., 20; Lattanzi, *op. cit.*, 491.

¹¹ Per consolidato insegnamento giurisprudenziale, l'imputato non può proporre l'appello incidentale quando non è legittimato ad esperire l'appello principale, come avviene nei casi in cui l'assoluzione viene pronunciata con le formule più ampiamente liberatorie, v. Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, n. 339, Rabiti, in *Cass. pen.*, 1994, 556 ss.

¹² ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 141. Alcuni autori da tempo sottolineavano come l'imputato non legittimato alla proposizione dell'appello incidentale subisse una grave compressione del suo diritto di difesa, non potendo ad esempio fare valere le eccezioni di nullità e di incompetenza, sollevate e rigettate in primo grado, né chiedere l'assunzione di prove a discarico non ammesse in primo grado. Sul punto, v. PADOVANI, *op. cit.*, 4029-4030; NUZZO, *op. cit.*, 3913; posizione successivamente sostenuta anche da Vicoli, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. it.*, 2008, 260; GARUTI-DEAN, *I nuovi ambiti soggettivi della facoltà di impugnare*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 133.

¹³ Tra i sostenitori della tesi "abolizionistica", v. COPPI, *No all'appello del p.m. dopo la sentenza di assoluzione, in Il giusto processo*, 2003, V, 27 ss.; STELLA, *Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 756 ss.; ROSSI, *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 2005, V, 11; *Relazione del Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione*, 12 gennaio 2004, 48-49.

¹⁴ *Ex multis*, Frigo, *Un intervento coerente con il sistema*, in *Guida dir.*, 2006, X, 101; Padovani, *op. cit.*, 4029-4032.

rigettate in quanto “manifestamente infondate”¹⁵. Fallì così il tentativo di eliminare l’appello del pubblico ministero a mezzo dell’incidente di costituzionalità.

1.2. La “Legge Pecorella”.

Ad assumere l’iniziativa per l’introduzione dell’appello asimmetrico nel nostro ordinamento fu, com’è noto, l’on. Gaetano Pecorella, che nel 2004 presentò alla Camera un disegno di legge concernente «modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento»¹⁶. Il testo riscriveva l’art. 593 c.p.p., prevedendo che il pubblico ministero e l’imputato potessero appellare le sole sentenze di condanna, e, parallelamente, abrogava l’art. 443, comma 1, c.p.p., vietando l’impugnazione delle sentenze di proscioglimento nel giudizio abbreviato.

Nella relazione accompagnatoria alla proposta, l’on. Pecorella sostenne che la riforma fosse necessaria per adeguare il nostro ordinamento al principio del “doppio grado di giurisdizione” ex art. 2 prot. 7 CEDU¹⁷. Nel corso dell’iter parlamentare, altre ragioni furono addotte dagli esponenti della maggioranza, che attinsero ampiamente al dibattito dottrinale degli anni precedenti¹⁸. Inoltre, il testo si arricchì di nuove disposizioni, tra cui quella che prevedeva la riscrittura dell’art. 533, comma 1, c.p.p., prevedendo che «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»¹⁹.

La riforma, approvata in via definitiva dal Parlamento il 12 gennaio 2006²⁰, non venne promulgata dal Presidente della Repubblica, che decise di avvalersi della facoltà prevista dall’art. 74 Cost. e rinviò la legge alle Camere. Nel suo messaggio motivato, il Presidente Ciampi sostenne, in particolare, che l’inappellabilità travalicasse i limiti fissati dal principio di parità delle parti ex art. 111, comma 2, Cost., ritenendo che la

¹⁵ Corte app. Venezia, 2 marzo 2004, Reichenbach, inedita, a cui fa riferimento, tra gli altri, GIARDA, *Rimodellato il sistema delle impugnazioni penali tra presunzione di innocenza e durata ragionevole del processo*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 13-16; Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in C.E.D. Cass. n. 231670-01.

¹⁶ Atti parl. Cam., XIV leg., *Disegni di legge e relazioni*, stampato n. 4604.

¹⁷ Atti parl. Cam., XIV leg., *Disegni di legge e relazioni*, stampato n. 4604, 1, secondo cui la vigente disciplina «in caso di condanna in sede di gravame, non concede la possibilità di ottenere un secondo grado di giudizio nel merito in favore del condannato, che ne avrebbe diritto in forza del principio esposto»; peraltro, ha suscitato perplessità che la relazione, da un lato, individuasse nell’art. 2 prot. 7 CEDU il fondamento della proposta, dall’altro, riportasse per intero la disposizione convenzionale, incluso il par. 2, che contempla espressamente, tra le eccezioni al diritto al riesame, la condanna seguita al ricorso contro il proscioglimento, v. PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, cit., 22.

¹⁸ On. VITALI, *Relazione alla p.d.l. 4604*, in Atti parl. Cam., XIV leg., *Resoconto della II Commissione permanente (Giustizia)*, seduta 15 luglio 2004, 57, che richiamò il contrasto dell’appello dell’accusa con la regola B.A.R.D. e con la necessità di trovare un nuovo punto di equilibrio tra interesse punitivo e diritti individuali; le argomentazioni furono poi riprese dall’on. Bertolini, *Relazione all’Assemblea sulla p.d.l. 4604*, in Atti parl. Cam., XIV leg., *Resoconto stenografico dell’Assemblea*, seduta 25 luglio 2005, n. 661, 75 ss.

¹⁹ La modifica si deve all’emendamento 1.0104 dell’on. Mormino, v. Atti parl. Cam., XIV leg., *Resoconto della II Commissione permanente (Giustizia)*, seduta 10 novembre 2004, 25.

²⁰ Atti parl. Sen., XIV leg., *Resoconto stenografico dell’Assemblea*, seduta 12 gennaio 2006, n. 935.

disparità introdotta dalla riforma superasse quella «compatibile con la diversità delle funzioni svolte dalle parti nel processo»²¹.

Peraltro, il Parlamento non accolse i rilievi del Presidente della Repubblica in ordine all'asserita violazione del principio di parità delle parti, ma, per ragioni di «giustizia sostanziale»²², fu introdotto un nuovo comma all'art. 593 c.p.p., permettendo al pubblico ministero e all'imputato di appellare le sentenze di proscioglimento nelle ipotesi di cui all'art. 603, comma 2, c.p.p., se la prova fosse stata decisiva. Alla fine, la legge fu approvata in via definitiva dal Senato il 14 febbraio 2006 e poi promulgata il 20 febbraio dello stesso anno²³.

La riforma divise profondamente il mondo politico e quello accademico, anche a causa del sospetto che la legge trovasse la sua reale giustificazione nella tutela di interessi particolari, facenti capo all'allora Presidente del Consiglio e ad altri esponenti della maggioranza, piuttosto che in esigenze collettive²⁴.

A ciò si accompagnò una forte reazione della giurisprudenza: in pochi mesi furono pronunciate decine di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale²⁵, in cui si denunciavano violazioni concernenti la parità delle parti²⁶, l'obbligatorietà dell'azione

²¹ Atti parl. Cam., XIV leg., Disegni di legge e relazioni, stampato n. 4604, doc. I, n. 7.

²² On. Bertolini, cit., 6.

²³ Legge 20 febbraio 2006, n. 46.

²⁴ Nel dibattito parlamentare, v. gli interventi dell'on. Kessler, dell'on. Lettieri e dell'on. Ruzzante in Atti parl. Cam., XIV leg., Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta 20 settembre 2005, n. 674, 37 ss.; in dottrina v. VALENTINI, I lavori parlamentari, in Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali, cit., 3-4; DE CARO, Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito, cit., 2; LATTANZI, op. cit., 486; FERRUA, Riforma disorganica, era meglio rinviare. Ma non avremo il terzo giudizio di merito, in Dir. giust., 2006, IX, 80; MATTEUCCI, La declaratoria di illegittimità costituzionale per i limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento nel giudizio abbreviato, in Ind. pen., 2008, 632. Secondo alcuni, la dimostrazione dell'assunto si ebbe quando intervenne una declaratoria di inammissibilità dell'appello del pubblico ministero, pronunciata dalla Corte d'appello di Milano, nel procedimento a carico dell'allora Presidente del Consiglio, del cui collegio difensivo faceva parte anche l'on. Pecorella, v. Corte app. Milano, 26-27 aprile 2006, Berlusconi ed altri, in Guida dir., 2006, XIII, 84 ss.; CORDERO, Un'arma contro due, cit., 811.

²⁵ Ex multis, Corte app. Brescia, 27 marzo 2006, Lembo ed altri, in Guida dir., 2006, XIX, 89 ss.; Corte app. Milano, 14 marzo 2006, in G.U. n. 35, I Serie speciale, 2006; Corte app. Milano, 26 aprile 2006, in G.U. n. 49, I Serie speciale, 2006; Corte app. Milano, 10 maggio 2006, in G.U. n. 8, I Serie speciale, 2007; Corte ass. app. Caltanissetta, 30 marzo 2006, in G.U. n. 36, I Serie speciale, 2006; Corte app. Cagliari, 13 marzo 2006, in G.U. n. 37, I Serie speciale, 2007; Corte app. Firenze, 9 marzo 2006, in G.U. n. 36, I Serie speciale, 2006.

²⁶ La violazione fu denunciata dalla totalità delle ordinanze di rimessione; in dottrina, v. CERESA-GASTALDO, I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità, in Cass. pen., 2007, 835-837; CORDERO, Se la destra cancella il processo d'appello, in Repubblica, 19 dicembre 2005.; CORDERO, Un'arma contro due, cit., 809; LOZZI, La riforma del sistema delle impugnazioni, per un processo penale dalla durata ragionevole, cit., 201.

penale²⁷, la «funzione di difesa» delle vittime di reato e della società svolta dal pubblico ministero²⁸, il principio di ragionevolezza²⁹.

1.3. Le risposte della Corte costituzionale.

A meno di un anno dall'entrata in vigore della riforma, la Corte costituzionale intervenne sul "nuovo" art. 593 c.p.p. con la sentenza n. 26 del 2007³⁰.

Il Giudice delle leggi, pur riconosciuta la sussistenza di differenze fisiologiche tra le posizioni del pubblico ministero e dell'imputato, affermò che alterazioni della simmetria tra le parti «sono compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri [...] – entro i limiti della ragionevolezza». La Corte chiarì che il vaglio di ragionevolezza andava condotto sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* ispiratrice della norma all'origine della disparità e la «ampiezza dello scalino» da essa creato.

Entrando nel vivo dello scrutinio di costituzionalità, i giudici sostennero che la "legge Pecorella" generasse una «dissimmetria radicale», visto che al pubblico ministero, a differenza che all'imputato, era precluso l'appello delle sentenze che lo vedevano

²⁷ Corte app. Cagliari, 13 marzo 2006, cit.; Corte app. Firenze, 9 marzo 2006, cit.; in dottrina v. PRESUTTI, *L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, IV, 1224; CORDERO, *Un'arma contro due*, cit., 810; GREVI, *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 1415-1416.

²⁸ Corte ass. app. Caltanissetta, 30 marzo 2006, cit.; in dottrina v. NANNUCCI, *Sono gli appelli del pubblico ministero che inquinano il giusto processo?*, in *Cass. pen.*, 2004, 4341.

²⁹ CORDERO, *Un'arma contro due*, cit., 811; CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 837; Id., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, nota 23.

³⁰ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26. Peraltro, negli anni successivi, la Corte costituzionale fu chiamata ad intervenire più volte sulle altre innovazioni della riforma, che qui, per ragioni di coerenza tematica, non si sono richiamate. Tra le pronunce rese in materie diverse dalla legittimazione ad appellare del pubblico ministero, si segnalano Corte cost., 4 aprile 2008, n. 85 (declaratoria di incostituzionalità dell'1 l. 46/2006 «nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che l'imputato possa appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice se la nuova prova è decisiva»); Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 274 (declaratoria di incostituzionalità dell'art. 443, comma 1, c.p.p., come modificato dall'art. 2 l. 46/2006, «nella parte in cui esclude che l'imputato possa proporre appello contro le sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante dal vizio totale di mente»); Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121 (declaratoria di incostituzionalità dell'art. 405, comma 1-bis, a norma del quale «il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione di è pronunciata in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini»).

«totalmente soccombente» e rilevarono come il divieto di appello fosse generalizzato, in quanto esteso indistintamente a tutte le categorie di reati, e unilaterale, in quanto non compensato da alcuna contropartita in particolari modalità di svolgimento del processo.

I giudici escludono anche che l'inappellabilità potesse essere giustificata «sulla base delle *rationes* che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collocano alla radice della riforma». In particolare, quanto alla pretesa violazione della regola B.A.R.D., la Corte ritenne che la sussistenza della responsabilità penale secondo questo *standard* probatorio costituisse la risultante di una valutazione e sottolineò come la funzione del giudice di secondo grado consistesse proprio nella verifica della correttezza della valutazione operata dal giudice di prima istanza, che non avrebbe senso presupporre esatta. Inoltre, quanto all'asserita violazione del principio del doppio grado di giurisdizione di merito, la Consulta esclude che quest'ultimo avesse un riconoscimento nella Costituzione e nelle fonti sovranazionali.

Il “nuovo” art. 593 c.p.p. cadde, dunque, sotto la scure dei principi di parità delle parti e di ragionevolezza. Pochi mesi dopo, la stessa sorte toccò alla corrispondente disposizione in materia di giudizio abbreviato (art. 443, comma 1, c.p.p.), dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 320 del 2007³¹.

1.4. La ristrutturazione del giudizio di appello.

Nell'accertare l'illegittimità della “Legge Pecorella”, la Corte costituzionale enunciò il principio secondo cui «il rimedio all'eventuale deficit delle garanzie che assistono una parte [...] va rinvenuto – in via preliminare – in soluzioni che escludano quel difetto»³² e non nell'ablazione dei poteri processuali dell'accusa. Respinta l'idea di incidere sulla legittimazione ad impugnare del pubblico ministero, la strada da percorrere passava per «la definizione di opportune garanzie a presidio del diritto di difesa dell'imputato»³³.

All'inizio, la giurisprudenza perfezionò il principio della motivazione rafforzata, già espresso da alcune pronunce anteriori alla “Legge Pecorella”³⁴, chiarendo che la riforma in appello dovesse essere sorretta da elementi dirimenti, «occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far cadere “ogni ragionevole dubbio” in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto»³⁵.

³¹ Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320.

³² Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

³³ CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo: tra indicazioni europee e incertezze italiane*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, V, 544.

³⁴ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, cit., secondo cui incombeva sul giudice d'appello «l'obbligo di dimostrar[e] con rigorosa analisi critica l'incompletezza o l'incoerenza [della sentenza di primo grado], non essendo altrimenti razionalmente giustificato il rovesciamento della statuizione assolutoria in quella di condanna»; sulla stessa linea, *ex multis*, v. Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221, Aglieri, in *C.E.D. Cass.* n. 233083.

³⁵ Cass., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, Galante, in *C.E.D. Cass.* n. 251066; nello stesso senso, *ex multis*, v. Cass., sez. VI, 26 ottobre 2011, n. 4996, Abbate, in *C.E.D. Cass.* n. 251782; Cass., sez. II, 27 marzo 2012, n.

A rompere la linearità degli sviluppi giurisprudenziali interni fu una serie di pronunce della Corte edu, che iniziarono a postulare l'incompatibilità tra la condanna in appello, fondata sulla rivalutazione cartolare delle prove dichiarative, e l'equo processo *ex art. 6 CEDU*. La pronuncia *Dan c. Moldavia*³⁶ del 2011, riconosciuta dai più come il *leading case* in materia³⁷, stabilì il principio per cui il giudice d'appello può riformare la sentenza di proscioglimento sulla base di una rivalutazione della prova dichiarativa solo procedendo ad un riesame dei testimoni. Secondo la Corte, «*those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness. The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words*»³⁸. Il principio si è presto consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo³⁹ e ha rappresentato il fondamento di diverse sentenze di condanna pronunciate anche contro l'Italia⁴⁰.

Nell'inerzia del legislatore, a farsi carico dell'adeguamento dell'appello ai principi elaborati in sede sovranazionale è stata, fin dal 2012, la Suprema Corte, con la sentenza nel caso *Luperi*, ritenendo necessaria la rinnovazione in presenza dei requisiti della decisività della prova testimoniale e della rivalutazione da parte del giudice d'appello in termini di attendibilità⁴¹.

27018, Urciuoli, in *C.E.D. Cass.* n. 253407; peraltro, in senso critico, v. SANTORIELLO, *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, I, 2 ss.

³⁶ Corte edu, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*.

³⁷ *Contra*, CARDAMONE, *Reformatio in peius in appello e processo equo nella giurisprudenza della Corte edu da Dan c. Moldavia a Maestri c. Italia*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021, secondo cui è quantomeno dubbio che il caso *Dan* possa essere considerato il *leading case* in materia, viste le peculiarità del caso concreto. In ogni caso, i presupposti della sentenza *Dan* si possono rinvenire in pronunce addirittura risalenti agli anni Ottanta, v. Corte edu, Sez. Plen., 26 maggio 1988, *Ekbani c. Svezia*, tra le successive, tuttavia precedenti al caso *Dan*, v. Corte edu, G.C., 21 gennaio 1999, *García Ruiz c. Spagna*; Corte edu, sez. I, 27 giugno 2001, *Constantinescu c. Romania*; Corte edu, sez. II, 18 maggio 2004, *Destrehem c. Francia*; Corte edu, sez. III, 29 aprile 2008, *Spînu c. Romania*.

³⁸ Corte edu, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*.

³⁹ Corte edu, sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; Corte edu, sez. III, 19 giugno 2012, *Mihai Moldoveanu c. Romania*; Corte edu, sez. III, 26 giugno 2012, *Găitânaru c. Romania*; Corte edu, sez. III, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*; Corte edu, sez. III, 9 aprile 2013, *Flueraş c. Romania*; Corte edu, sez. III, 4 giugno 2013, *Hogea c. Romania*; Corte edu, sez. III, 17 dicembre 2013, *Ion Tudor c. Romania*; Corte edu, sez. III, 14 gennaio 2014, *Cipleu c. Romania*; Corte edu, sez. III, 25 febbraio 2014, *Văduva c. Romania*; Corte edu, sez. III, 15 settembre 2015, *Moinescu c. Romania*; Corte edu, sez. II, 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*; Corte edu, sez. IV, 14 febbraio 2017, *Potoroc c. Romania*; Corte edu, sez. II, 28 febbraio 2017, *Manoli c. Moldavia*; Corte edu, sez. IV, 9 gennaio 2018, *Ghincea c. Romania*; Corte edu, sez. III, 13 marzo 2018, *Vilches Coronado c. Spagna*; Corte edu, sez. IV, 24 aprile 2018, *Stoica c. Romania*; Corte edu, 16 luglio 2019, *Sigurborsson c. Irlanda*; Corte edu, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia* (n. 2).

⁴⁰ Corte edu, sez. I, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*; tra le altre, v. Corte edu, 17 giugno 2021, *Morzenti c. Italia*; Corte edu, 17 giugno 2021, *Di Febo c. Italia*.

⁴¹ Cass., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, *Luperi e altri*, in *C.E.D. Cass.* n. 253541. Peraltro, la definizione di quest'ultimo concetto ha a lungo impegnato la giurisprudenza nazionale, che, per alcuni anni, ha oscillato tra la nozione di "attendibilità intrinseca" (Cass., sez. VI, 12 aprile 2013, n. 16566, *Morzenti* in *C.E.D. Cass.* n. 254623), finalizzata a limitare le fattispecie di rinnovazione obbligatoria (Cass., sez. V, 8 marzo 2013, n. 10965, *C. A. e R. C.*, in *C.E.D. Cass.* n. 255233), e quella di "attendibilità estrinseca" (Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597, *S. A. e altri*, in *C.E.D. Cass.* n. 259127; Cass., sez. VI, 1 luglio 2014, n. 18456, *M. F.*, in *C.E.D. Cass.* n.

Nel 2016 sono intervenute, per la prima volta, le Sezioni Unite con la nota decisione nel caso Dasgupta⁴², stabilendo che la riforma dell'esito assolutorio è condizionata al fatto che, quanto alla prova decisiva⁴³, nel giudizio di seconda istanza si ripercorrono le medesime cadenze di acquisizione dei dati di conoscenza proprie del primo grado. La Cassazione ha sostenuto che «dovere di motivazione rafforzata [...], canone "al di là di ogni ragionevole dubbio", dovere di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale [...] si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale»⁴⁴. Secondo le Sezioni Unite, l'obbligo di riassumere la prova dichiarativa «discende non tanto e non solo dalla necessità di una interpretazione adeguatrice rispetto ai principi CEDU, come espressi dalla Corte di Strasburgo, ma, prima ancora, dal rispetto della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio», che non può prescindere dall'oralità nell'assunzione delle prove decisive⁴⁵. Di fatto, si è proceduto a una valorizzazione in chiave istruttoria della regola B.A.R.D., che conforma non solo l'applicazione delle regole di giudizio, ma anche, e più in generale, i metodi di accertamento del fatto⁴⁶.

Le stesse Sezioni Unite, a più riprese, hanno chiarito che gli obblighi di rinnovazione istruttoria si applicano anche nel giudizio abbreviato, ritenendo che il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, in quanto «criterio generalissimo», presieda all'accertamento di responsabilità penale a prescindere dalle forme con cui si è celebrato il processo di primo grado⁴⁷.

Al recepimento legislativo dei principi convenzionali si è proceduto solo con la legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), che è intervenuta sull'art. 603 c.p.p. inserendo un nuovo comma 3-bis, a norma del quale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale»⁴⁸. La disposizione ha suscitato difficoltà interpretative non indifferenti,

263944; Cass., sez. III, 24 febbraio 2015, n. 11658, P. E. S., in *C.E.D. Cass.* n. 262985), più conforme all'insegnamento della Corte di Strasburgo (MANFRINI-SARTORI, *Il principio di immediatezza nel processo penale, tra ordinamento interno e Cedu*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2021, 11-12). Sul punto, diffusamente, v. AIUTI, *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan v. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, 1007.

⁴² Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203 ss.

⁴³ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit., secondo cui, per prove decisive, devono intendersi «quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio d'appello», oltre a «quelle che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito della condanna».

⁴⁴ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.; in dottrina, sull'esaltazione del principio della motivazione rafforzata ad opera dell'obbligo di rinnovazione, v. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento ovvero la forza persuasiva superiore*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, VIII, 1133-1136.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *C.E.D. Cass.* n. 269785.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise, in *C.E.D. Cass.* n. 272430.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.; Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit.; Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, cit.

⁴⁸ Peraltro, la disposizione è analoga a quella formulata dalla Commissione Canzio, nominata con d.m. 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, «per elaborare una proposta di

in particolare perché non ha richiamato il requisito della “decisività” della prova e non ha stabilito se l’obbligo di rinnovazione si estenda anche alle prove valutate in via cartolare già in primo grado, come di regola avviene nel giudizio abbreviato. Peraltro, la giurisprudenza successiva ha risolto entrambe le questioni conformemente agli indirizzi già consolidatisi in precedenza⁴⁹.

In ogni caso, va precisato che la materia degli obblighi di rinnovazione è lontana dall’aver raggiunto una sua stabilità, come dimostrano i recenti interventi della Corte edu in materia di esame dell’imputato⁵⁰ e della Corte di cassazione sull’impossibilità di procedere alla rinnovazione della prova decisiva⁵¹.

1.5. La perdurante attualità del dibattito sulla legittimazione ad appellare del pubblico ministero.

Le declaratorie di illegittimità costituzionale relative alla “Legge Pecorella” hanno indotto per lungo tempo ad abbandonare la prospettiva di un nuovo intervento abolitivo⁵², spingendo ad agire piuttosto sul *quomodo* del giudizio di secondo grado introdotto dal pubblico ministero.

interventi in tema di processo penale».

⁴⁹ Quanto al requisito della decisività della prova, v. Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit. (in seguito, nello stesso senso, Cass., sez. IV, 28 maggio 2019, n. 29538, Calcinoni e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 276596; Cass., sez. I, 27 marzo 2019, n. 35696, Selvaggio, in *C.E.D. Cass.* n. 276825; Cass., sez. II, 13 dicembre 2018, n. 5231, Prundaru, in *C.E.D. Cass.* n. 276050); quanto al giudizio abbreviato, v. Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit.; Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124. In senso critico rispetto all’operatività degli obblighi di rinnovazione nei procedimenti svoltisi in primo grado nelle forme del giudizio abbreviato, v. VIGONI, *L’appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato fra lacune normative e regole giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, III, 419-420; CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 ottobre 2018, 13-14. Peraltro, in materia è intervenuta la legge 27 settembre 2021, n. 134, il cui art. 1, comma 11, lett. l) delega il governo a modificare l’art. 603, comma 3-bis, c.p.p., prevedendo che la rinnovazione «sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado», accogliendo gli indirizzi restrittivi fatti propri da Corte edu, sez. I, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia e, secondo alcuni, da Cass., Sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, Pavan, in *C.E.D. Cass.* n. 275112; sul punto v. VASTA, *Overtuning in appello dell’assoluzione abbreviata*, in *www.sistemapenale.it*, 18 maggio 2021.

⁵⁰ Corte edu, 8 luglio 2021, Maestri e altri c. Italia, secondo cui, quando il giudice d’appello si pronuncia per la prima volta sull’elemento soggettivo, deve disporre l’esame dell’imputato, per consentirgli di prendere posizione su fatti decisivi per la determinazione di colpevolezza.

⁵¹ Cass., Sez. un., 30 settembre 2021, n. 11586, Dine, in *www.sistemapenale.it*. Chiamate a rispondere al quesito se l’impossibilità di rinnovare la prova decisiva precluda, di per sé, la riforma dell’esito assolutorio, le Sezioni Unite hanno risposto in senso negativo, statuendo che «la riforma, in appello, della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva, oggetto di discordante valutazione, sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante; tuttavia, la motivazione della sentenza che si fondi sulla prova non rinnovata deve essere rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che il giudice ha l’onere di ricercare ed eventualmente acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all’art. 603, comma 3, cod. proc. pen».

⁵² In verità, va precisato che, nel 2011, il governo Berlusconi IV presentò alla Camera una proposta che, tra le altre cose, prevedeva l’aggiunta di un nuovo comma all’art. 111 Cost., a norma del quale «le sentenze di proscioglimento sono appellabili solo nei casi previsti dalla legge» (art. 12 d.d.l. cost. 4275 del 2011, in *Atti parl. Cam.*, XVI leg., *Disegni di legge e relazioni*, stampato n. 4275). Peraltro, dopo alcune audizioni in

Peraltro, gli esiti dell'adeguamento dell'appello ai principi del giusto processo non sempre si sono rivelati soddisfacenti e coerenti.

Innanzitutto, la normativa sull'obbligo di rinnovazione finisce per imprimere una netta divaricazione tra i poteri delle parti, conferendo al pubblico ministero il "diritto potestativo" di provocare la riassunzione delle prove la cui valutazione sia oggetto di una sua specifica censura. Tale facoltà non è attribuita all'imputato, che soggiace ai limiti dell'art. 603, comma 1, c.p.p.⁵³.

In secondo luogo, non è sfuggito che il giudice chiamato a ricostruire il fatto "da zero" ha probabilità di errore analoghe, se non superiori, a quelle del suo predecessore⁵⁴. I testimoni sono infatti chiamati a riferire di fatti ancora più lontani, quando il tempo rischia di avere scolorito il ricordo e quando vi è il pericolo di confondere la memoria degli eventi con quella delle dichiarazioni già rese in primo grado. Inoltre, il testimone, tra le due deposizioni, può essere sottoposto a pressioni e suggestioni extraprocessuali. Infine, manca l'effetto sorpresa dell'originaria escussione e quindi si riduce la possibilità di saggiare la spontaneità e la credibilità del dichiarante⁵⁵.

Tali criticità hanno restituito vigore alle obiezioni mosse ai poteri di impugnazione della parte pubblica. Non è un caso che la Commissione Lattanzi, nella sua Relazione finale, abbia definito il sistema degli obblighi di rinnovazione come «un meccanismo assai dispendioso e problematico»⁵⁶ e abbia prospettato un drastico intervento abolitivo, volto a privare il pubblico ministero della facoltà di appellare tanto le sentenze di proscioglimento quanto le sentenze di condanna⁵⁷.

Peraltro, sulla questione non è stato raggiunto il consenso politico⁵⁸ e la modifica è stata espunta dal "testo Cartabia", così che la riforma del processo penale (l. 27 settembre 2021, n. 134) non reca traccia di una trasformazione dell'appello in senso asimmetrico⁵⁹, dimostrando, ancora una volta, la resistenza del nostro ordinamento ad

commissione, è caduto il governo, è cambiata la maggioranza e il progetto di riforma si è arenato.

⁵³ CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, III, 168; GALLUCCIO MEZIO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello alla luce delle più recenti evoluzioni: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2019, 1429-1431.

⁵⁴ CERESA-GASTALDO, *Non sparate sull'appello*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 21 dicembre 2020, 6.

⁵⁵ DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *www.sistemapenale.it*, 15 febbraio 2021, 16; GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, 1431-1433; FERRUA, *Sopprimere l'appello del pm può aiutare a salvare la giustizia*, in *www.ildubbio.news*, 29 dicembre 2021; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., 164; CAPONE, *L'appello e la logica del controllo. Dalla (mancata) riforma al sistema vigente*, in *Cass. pen.*, 2021, 3409; Id., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., 3.

⁵⁶ Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2021, 36.

⁵⁷ Commissione Lattanzi, cit., 33.

⁵⁸ Sulle motivazioni dell'espunzione della proposta dal "testo Cartabia", v. SPANGHER, *La Riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, IX, 1155; Id., *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia*, in *www.penedp.it*, 5 ottobre 2021; FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, IX, 1161; BARGIS, *Non c'è pace per le impugnazioni. I ripensamenti del governo azzerano le proposte innovative della Commissione Lattanzi*, in *www.studiosiprocessopenale.it*, 15 luglio 2021, 2-3; CAPONE, *L'appello e la logica del controllo*, cit., 3406.

⁵⁹ La riforma interviene soltanto marginalmente sulla legittimazione ad appellare, di cui prevede una limitazione, in via generale, per le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena

una simile svolta culturale. Ciò ha fatto sì che siano rimaste irrisolte molte delle criticità che, secondo alcuni, attanagliano il nostro sistema delle impugnazioni. Non stupisce dunque che, pur tramontata questa proposta di riforma, non si sia sopita la discussione in materia⁶⁰, su cui si è mantenuta alta l'attenzione anche a livello mediatico⁶¹.

2. I richiami all'ordinamento statunitense.

Il dibattito in materia si nutre di frequenti riferimenti comparatistici agli ordinamenti di tradizione accusatoria e, in particolare, al sistema statunitense, che vede uno dei suoi tratti caratterizzanti proprio nell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, ancorata alla garanzia contro il *double jeopardy* di cui al V emendamento alla Costituzione federale⁶².

A sostegno della tesi "abolizionistica", autorevole dottrina ha ripetutamente richiamato gli orientamenti della giurisprudenza americana, sottolineando come il problema dei poteri di impugnazione dell'accusa sia stato «risolto con il divieto [...] dai Paesi a democrazia più avanzata come gli Stati Uniti»⁶³. Si è anche invocata una prospettiva ispirata ad «un *ne bis in idem* inteso non formalisticamente, ma sostanzialmente, come garanzia della persona contro il *double jeopardy*»⁶⁴. È stato da più voci sottolineato che la soppressione della legittimazione ad appellare del pubblico

pecuniaria o con pena alternativa e per le sentenze di condanna a pena sostituita dal lavoro di pubblica utilità (art. 1, comma 13, lett. c) ed e)).

⁶⁰ Tra gli ultimi interventi, si segnalano FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 21 giugno 2021; FERRUA, *La riforma dell'appello*, cit., 1158; Id., *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.discrimen.it, 12 luglio 2021; Id., *Sopprimere l'appello dei pm può aiutare a salvare la giustizia*, cit.; Id., *Caro Pignatone, per salvare la giustizia aboliamo l'appello dei pm*, in www.ildubbio.news, 13 gennaio 2022; DE CARO, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale dell'appello alla vigilia del dibattito parlamentare sulla riforma di parte del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2020, II, 2 ss.; TAVASSI, *Appello del pubblico ministero contro le sentenze di condanna*, in *Arch. pen.*, 2020, III, 23; ROSSI, *Quel bisturi sull'appello, è l'accusatorio, bellezza!*, in www.ildubbio.news, 30 maggio 2021; PISAPIA, *Caso Burzi, Pisapia: "Condanna inspiegabile dopo l'assoluzione"*, in www.ildubbio.news, 28 dicembre 2021; ZAGREBELSKY, *La giustizia e la vita*, in *Repubblica*, 13 maggio 2021; SPATARO, *Ma la giustizia non si cambia così*, in *La Stampa*, 14 maggio 2021; CERESA-GASTALDO, *Non sparate sull'appello*, cit.

⁶¹ A ciò ha contribuito anche una tragica e recente vicenda di forte risalto, riguardante il consigliere regionale piemontese Angelo Burzi, che si è tolto la vita dopo una condanna a tre anni di reclusione in uno dei c.d. processi "Rimborsopoli". Nella sua dura lettera di addio, Burzi ha annoverato tra i "responsabili" del suo gesto il procuratore della Repubblica, non "arresosi" di fronte all'assoluzione di primo grado pronunciata con la formula "il fatto non sussiste", e i giudici d'appello, "rei" di avere ribaltato la sentenza di primo grado, v. *La lettera di Angelo Burzi prima del suicidio: "Io innocente, questa la mia protesta più forte"*, in www.huffingtonpost.it, 30 dicembre 2021.

⁶² «Nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb».

⁶³ STELLA, op. cit., 756.

⁶⁴ CHIAVARIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 278; un richiamo al *double jeopardy* è presente anche in BETZU, *Pubblico ministero e imputato nella sentenza n. 26 del 2007: la parità e il suo mito*, in www.forumcostituzionale.it, 9 febbraio 2007, 4.

ministero consentirebbe di completare l'adeguamento del nostro ordinamento al paradigma accusatorio⁶⁵.

Anche lo sguardo del legislatore si è rivolto all'esperienza americana, come dimostra il dibattito parlamentare sulla "Legge Pecorella", durante il quale il relatore della riforma riportò per intero una storica massima della Corte Suprema⁶⁶.

Si tratta tuttavia di capire se, e fino a che punto, sul tema, vi sia spazio per un discorso comune agli ordinamenti italiano e statunitense. In particolare, sembra opportuno verificare se le ragioni addotte, nell'uno e nell'altro sistema processuale, a fondamento del divieto di appello, siano condivise o se piuttosto rappresentino sviluppi autonomi di presupposti differenti. In altri termini, va compreso se i riferimenti comparatistici sopra richiamati possano effettivamente sostenere l'opinione di chi auspica una svolta in senso asimmetrico nel sistema italiano delle impugnazioni.

3. Il principio dell'inappellabilità negli Stati Uniti.

La risposta al quesito sopra formulato presuppone una sintetica disamina dell'affermazione e dell'evoluzione del divieto di appello nell'ordinamento americano. In particolare, è necessario dare conto della sua emersione giurisprudenziale e dei suoi sviluppi attraverso gli interventi del Congresso e delle Corti, nella consapevolezza che le dinamiche che hanno interessato il principio hanno condizionato profondamente l'elaborazione teorica che lo sorregge. Inoltre, l'illustrazione delle coordinate fondamentali dell'istituto mette al riparo da facili semplificazioni e consente di verificare nelle premesse le conclusioni comparatistiche alle quali si perverrà.

3.1. L'affermazione giurisprudenziale del principio.

Nella giurisprudenza federale, le più rilevanti pronunce sui poteri di impugnazione delle parti risalgono alla fine dell'Ottocento, quando, con alcuni interventi normativi, fu riconosciuto all'imputato il diritto di appellare un numero crescente di sentenze di condanna (v., *infra*, §4.1).

Il progressivo strutturarsi di un sistema di *judicial review* delle decisioni penali di primo grado ad iniziativa della difesa pose inevitabilmente il problema dell'esperibilità

⁶⁵ FROSINI, *L'inappellabilità del pubblico ministero come principio di civiltà giuridica*, in *Guida dir.*, 2006, IV, 9; BETZU, *op. cit.*, 4; FIORIO, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, cit., 116; FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze*, in *Guida dir.*, 2006, VIII, 87; ROSSI, *Quel bisturi sull'appello*, cit.; MUSCO, *Inappellabilità, parla Pecorella: "Se un giudice assolve e l'altro condanna c'è già il ragionevole dubbio"*, in *www.ildubbio.news*, 9 dicembre 2021; nel senso che gli obblighi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale non avvicinano il processo italiano al modello accusatorio v. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., 3; nel senso che la soppressione della legittimazione ad appellare del pubblico ministero costituisce un importante adeguamento al sistema accusatorio v. anche Commissione Lattanzi, cit., 36.

⁶⁶ On. Vitali, cit., 55 ss.

dei mezzi di impugnazione anche da parte del *prosecutor* e sollevò nuovi interrogativi sul perimetro della garanzia contro il *double jeopardy*⁶⁷.

La Corte Suprema intervenne per la prima volta nel 1892, con la decisione nel caso *United States v. Sanges*⁶⁸. Secondo i giudici, dalla tradizione di *common law* emergeva che la sentenza di proscioglimento dovesse ritenersi «*final and conclusive*» e che, in assenza di un'espressa disposizione legislativa, non si potesse configurare in capo all'accusa la facoltà di appellare una pronuncia sfavorevole. Peraltro, come rilevato in dottrina, la sentenza non affrontava la questione dell'ammissibilità, sul piano costituzionale, di un intervento legislativo volto ad attribuire al governo, titolare dell'azione penale, la facoltà di impugnare gli esiti liberatori e pareva sottendere che il Congresso potesse discrezionalmente determinarsi in questo senso⁶⁹.

A porre le basi per la costituzionalizzazione dell'appello asimmetrico fu una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema quattro anni più tardi nel caso *United States v. Ball*⁷⁰. Tre uomini furono imputati di omicidio e, all'esito del processo, la giuria emise un verdetto di colpevolezza per due di loro e dichiarò non colpevole il terzo. I primi due, condannati a morte, impugnarono la sentenza per un vizio nell'imputazione, sostenendo che questa non fosse sufficientemente circostanziata. La Corte d'appello accolse la doglianza delle difese e il *grand jury* formulò una nuova *indictment* a carico di tutti e tre gli originari imputati. Si celebrò così un nuovo processo, al termine del quale la giuria emise un verdetto di colpevolezza anche nei confronti di Ball. Contro la condanna a morte, quest'ultimo si rivolse alla Corte Suprema.

Il giudici, richiamata la garanzia del V emendamento, affermarono perentoriamente che «*the verdict of acquittal was final, and could not be reviewed, on error or otherwise, without putting him twice in jeopardy, and thereby violating the Constitution*». Il caso rivestì un ruolo fondamentale nello sviluppo del *case law* sull'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, anche se non riguardava direttamente l'ammissibilità dell'impugnazione del governo. A detta di alcuni, addirittura, è in questa pronuncia che si rinviene la regola generale contro la *reprosecution*⁷¹, di cui il principio dell'appello asimmetrico rappresenta un corollario.

Peraltro, secondo l'opinione maggioritaria⁷², il *leading case* in materia di inappellabilità è costituito dalla decisione pronunciata nel caso *Kepner v. United States* nel 1904⁷³. Kepner, un praticante avvocato filippino, fu accusato di appropriazione indebita e fu assolto dal giudice di primo grado. Su appello dell'accusa, la Corte

⁶⁷ MILLER, *Appeals by the State in Criminal Cases*, in *Yale L. J.*, 1927, XXXVI, 493, v. anche *United States v. Scott*, 437 U.S. 82 (1978).

⁶⁸ *United States v. Sanges*, 144 U.S. 310 (1892).

⁶⁹ Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice, *Report to the Attorney General on the Double Jeopardy and Government Appeals of Acquittals*, in *Truth in Criminal Justice Series*, Report no. 6, 1987, 29.

⁷⁰ *United States v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896).

⁷¹ KHANNA, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose Do They Serve?*, in *B. U. L. Rev.*, 2002, LXXXII, n. 2, 347, nota 17.

⁷² *United States v. Wilson*, 420 U.S. 332 (1975), nota 15; *Reprosecution After Acquittal*, U.S. Constitution Annotated, in www.law.cornell.edu.

⁷³ *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904).

Suprema delle Isole Filippine ribaltò la decisione di prima istanza e condannò l'imputato a pene detentive e interdittive. Kepner si rivolse dunque alla Corte Suprema americana, deducendo la violazione della garanzia contro il *double jeopardy*. Ciò fu possibile in quanto le Filippine erano da poco passate sotto il controllo statunitense e una legge del 1902 aveva riprodotto, rendendoli applicabili ai cittadini filippini, gli emendamenti alla Costituzione, tra cui la *double jeopardy clause*, stabilendo la giurisdizione della Corte Suprema degli Stati Uniti per le impugnazioni contro le decisioni della Corte Suprema delle Isole Filippine⁷⁴.

I giudici, ritenuto che la disposizione legislativa andasse interpretata in conformità alla *common law*, rilevarono che, secondo questa tradizione giuridica, la protezione da un «*second jeopardy*» includeva l'immunità da una «*second prosecution*». Furono richiamate poi alcune decisioni delle Corti statali, risalenti al secolo precedente, che avevano dichiarato inammissibili gli appelli del governo per violazione di disposizioni che ricalcavano la formulazione del V emendamento⁷⁵.

Ma il vero snodo argomentativo della decisione risiede nel richiamo alla sopra illustrata sentenza *Ball*⁷⁶, risalente a otto anni prima. È proprio il rinvio a questa decisione che segna una divaricazione incolmabile tra il percorso del sistema statunitense e quello degli ordinamenti continentali. La Corte Suprema parve non cogliere la differenza tra il nuovo esercizio dell'azione penale, dopo che la sentenza di proscioglimento è divenuta definitiva, e la prosecuzione dell'azione in un successivo grado di giudizio per effetto dell'impugnazione. Al punto che, nella sentenza *Kepner*, si legge come il caso *Ball* «*is practically the case under consideration [...] The court of first instance [...] found Kepner not guilty; to try him again upon the merits, even in an appellate court, is to put him a second time in jeopardy for the same offence*»⁷⁷.

Peraltro, la differenza tra le due fattispecie fu colta dal giudice Holmes in un'articolata *dissenting opinion*, secondo cui il *double jeopardy* vieta il *retrial* «*in a new and independent case*», ma non la *reprosecution* «*in the same case*». Secondo Holmes, il «*jeopardy*» a cui viene sottoposto l'imputato è uno e continuo, dall'atto di esercizio dell'azione al passaggio in giudicato della sentenza, anche per effetto dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione. Di fatto, la *dissenting opinion* sistematizzò la dottrina del «*continuing jeopardy*», di cui si rinvenivano alcuni accenni in un precedente di una Corte del Connecticut, risalente al 1894. In quella occasione i giudici dichiararono ammissibile l'appello del *prosecutor* statale e rigettarono le eccezioni della difesa fondate sul *double*

⁷⁴ Act of July 1, 1902, 32 Stat. 691.

⁷⁵ *People v. Miner*, 144 Ill. 308; *People v. Webb*, 38 Cal. 467.

⁷⁶ *United States v. Ball*, cit.

⁷⁷ Queste affermazioni hanno indotto a ritenere che la sentenza *Kepner* abbia rappresentato la costituzionalizzazione dell'appello asimmetrico, visto che la formulazione della legge del 1902 era sovrapponibile a quella del V emendamento. Ciò è stato confermato, a distanza di tempo, dalla stessa Corte Suprema in *United States v. Wilson*, cit., nota 15, secondo cui la sentenza *Kepner* va identificata come la decisione «*having correctly stated the relevant double jeopardy principles*». Si sono così superate le opinioni, nettamente minoritarie, di chi aveva ristretto la portata della pronuncia, affermando che la stessa non aveva implicazioni costituzionali, v. Note, *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, in Yale L. J., 1956, LXV, 362.

jeopardy, affermando che «*the end is not reached, the cause is not finished, until both the facts and the law applicable to the facts are finally determined*»⁷⁸. La tesi di Holmes continua ad essere un riferimento imprescindibile per coloro che criticano la “*Kepner rule*”⁷⁹, ma non ha mai fatto breccia nella giurisprudenza, che ha reiteratamente confermato la sua fedeltà al precedente del 1904⁸⁰.

3.2. Gli interventi legislativi.

Nel 1907, a soli tre anni dalla sentenza *Kepner*, il Congresso intervenne in materia approvando il *Criminal Appeals Act*, con l'intento di attribuire al governo il potere di impugnare alcune tipologie di *dismissals*, provvedimenti favorevoli alla difesa non qualificabili come *acquittals* (v., *infra*, §3.3)⁸¹, fermo restando il principio dell'inappellabilità di queste ultime secondo l'insegnamento della Corte Suprema.

La legge rivelò ben presto tutti i suoi limiti, tra cui l'oscurità della sua formulazione⁸², che indusse il governo ad esercitare soltanto di rado questa facoltà processuale⁸³. Peraltro, le ragioni di questo “fallimento”⁸⁴ vanno individuate anche nel perpetuarsi, in giurisprudenza, di interpretazioni fortemente restrittive del potere di impugnazione del *prosecutor*, secondo cui «*appeals by the government in criminal cases are something unusual, exceptional, not favored*»⁸⁵. In effetti, la “*Kepner rule*” venne periodicamente ribadita e si consolidò il principio secondo cui la sentenza di

⁷⁸ *State v. Lee*, 65 Conn. 265 (1894).

⁷⁹ CREEKPAUM, *What's Wrong with a Little More Double Jeopardy – A 21st Century Recalibration of an Ancient Individual Right*, in *Am. L. Rev.*, 2007, XLIV, n. 3, 1203; STEINGLASS, *The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals*, *Ind. L. Rev.*, 1998, XXXI, 379-381.

⁸⁰ *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957); *United States v. Jenkins*, 420 U.S. 358 (1975), che ricorda come il principio del *continuing jeopardy* «*has never been adopted by a majority of this Court*»; *Smalis v. Pennsylvania*, 476 U.S. 140 (1986). Peraltro, va segnalato che un non troppo velato apprezzamento per la *dissenting opinion* di Holmes si rinviene in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937). In questa pronuncia, che decise la diversa questione dell'applicabilità agli Stati del V emendamento a mezzo della *due process clause* del XIV emendamento, la Corte Suprema, premesso che il caso non concerneva la corretta interpretazione della *double jeopardy clause* federale, ma piuttosto la sua estensione alle giurisdizioni statali, in un *obiter dictum*, rilevò che la *dissenting opinion* resa nel caso *Kepner* mostrava quanto si sarebbe potuto sostenere in favore di una decisione diversa, sottolineando che uomini di buon senso avrebbero potuto ritenere legittimo un secondo processo nell'ambito della stessa causa, senza con ciò avallare una pratica che ripugnasse la coscienza umana. La maggioranza arrivò persino a chiedersi se potesse effettivamente parlarsi di *double jeopardy* con riferimento alla fattispecie dell'appello delle assoluzioni. Tuttavia, le affermazioni che compaiono in *Palko* si spiegano con una lettura marcatamente restrittiva della garanzia costituzionale del V emendamento, condivisa dalla Corte Suprema in quella composizione, ma poi ampiamente superata.

⁸¹ *Criminal Appeals Act of 1907*, ch. 2564, 34 Stat. 1246.

⁸² RUDSTEIN, *Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution*, 2004, 233.

⁸³ RUDSTEIN, *Double Jeopardy*, cit., 233; MUNCY, *The Government's Right to Appeal in Criminal Cases – A Procedural Question*, in *Pepp. L. Rev.*, 1979, 388.

⁸⁴ *United States v. Sisson*, 399 U.S. 267 (1970), che paragona il *Criminal Appeals Act* del 1907 ad un «*unruly child that has not improved with age*».

⁸⁵ *Carroll v. United States*, 354 U.S. 394 (1957).

proscioglimento deve considerarsi sempre definitiva, per quanto il suo fondamento sia «*egregiously erroneous*»⁸⁶.

Nel frattempo, le difficoltà ermeneutiche generate dalla legge del 1907 indussero il Congresso a intervenire ancora sulla legittimazione ad appellare della parte pubblica. Nel 1970 fu approvato il “nuovo” 18 U.S.C. §3731, che ancora oggi consente l’appello dell’accusa avverso tutti i provvedimenti di *dismissal*, con l’espressa eccezione dei casi in cui «*the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution*»⁸⁷.

L’intenzione del legislatore, come più volte affermato anche dalla Corte Suprema, era chiaramente quella di rimuovere tutte le barriere legislative agli appelli del governo⁸⁸, al punto che la dottrina l’ha intesa nei termini di una “autorizzazione in bianco” all’impugnazione nei procedimenti penali⁸⁹. L’unico limite fu individuato nella conformità alla *double jeopardy clause*, con l’effetto che la questione degli appelli contro le assoluzioni fu “costituzionalizzata” in via legislativa, dopo che, nel 1904, con la sentenza *Kepner*, lo era stata in via giurisprudenziale⁹⁰.

La legge ebbe il merito di superare le distinzioni tra i diversi tipi di *dismissals*, che avevano spesso reso difficile sussumere nelle categorie normative le varie tipologie di decisioni assunte di volta in volta dai giudici inferiori⁹¹. Peraltro, il rinvio al V emendamento ha comportato che ai problemi di interpretazione della legge si siano sostituite nuove e diverse questioni di interpretazione della Costituzione⁹², su cui ancora oggi mancano orientamenti giurisprudenziali consolidati⁹³.

⁸⁶ *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962).

⁸⁷ 18 U.S.C. §3731.

⁸⁸ *United States v. Wilson*, cit.; *Serfass v. United States*, 420 U.S. 377 (1975).

⁸⁹ STEINGLASS, *op. cit.*, 356.

⁹⁰ KURLAND, *I Would Not Be Convicted by a Jury of My Peers (Because the Judge Erroneously Granted my Motion for Judgment of Acquittal): Evans v. Michigan and the Future of the Pre-Verdict Judgment of Acquittal*, in *Tol. L. Rev.*, 2016, XLVII, 291; STEINGLASS, *op. cit.*, 356.

⁹¹ CARUSO, *Double Jeopardy and Government Appeals in Criminal Cases*, in *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, 1976, XXII, n. 3, 297-298; HALLIGAN, *Criminal Law: Speedy Trial and the Criminal Appeals Act*, in *Marq. L. Rev.*, 1972, LV, 460, secondo cui «*decisions on appealability became an attempt to fit cases into the niches of “quash”, “abatement”, “bar” and “demurrer”; and appeal was denied when none of these four could be made to apply*».

⁹² BARRY, *Prosecuting the Exonerated: Actual Innocence and the Double Jeopardy Clause*, in *Stan. L. Rev.*, 2012, LXIV, n. 3, 542; come sottolineato da CARUSO, *Double Jeopardy and Government Appeals in Criminal Cases*, in *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 1976, XII, n. 3, 302, anche la giurisprudenza, nei suoi primi interventi successivi alla riforma del 1970, «*was exploring relatively uncharted ground. Since the Government’s right to appeal had always been severely limited by statute, most cases involving questions of appealability had been decided on grounds of statutory construction, presenting few opportunities for the Court to address the underlying constitutional issues*».

⁹³ *Reprosecution After Acquittal*, U.S. Constitution Annotated, in *www.law.cornell.edu*; v., per es., *United States v. Wilson*, cit.; *United States v. Jenkins*, cit.; *Serfass v. United States*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54 (1978).

3.3. La successiva evoluzione della prassi.

Per effetto della riforma del 1970, è divenuto imprescindibile tracciare la linea di confine tra i provvedimenti di *dismissal*, appellabili, e quelli di *acquittal*, più propriamente qualificabili come assoluzioni e come tali non impugnabili. Innanzitutto, non sussistono dubbi circa la riconducibilità alla categoria dell'*acquittal* dei verdeti di non colpevolezza pronunciati dalla giuria o dal giudice professionale nel *bench trial*⁹⁴.

Anche la sorte dei provvedimenti pronunciati nella fase *pre-trial* pare sufficientemente definita. In questo caso si rivela infatti risolutivo il criterio temporale, legato al c.d. *attachment of jeopardy*, che segna il momento dal quale inizia ad operare la garanzia del V emendamento. Secondo la giurisprudenza consolidata, l'imputato non è posto in "*jeopardy*", nel *jury trial* finché la giuria non si costituisce e non presta giuramento⁹⁵, nel *bench trial* finché il giudice non comincia ad assumere le prove⁹⁶. Ne discende che i provvedimenti pronunciati prima di tale momento sono appellabili dall'accusa, in quanto resi in una fase non ancora presidiata dalla *double jeopardy clause*⁹⁷.

Più complessa è la valutazione da operare con riguardo ai *dismissals* resi in un momento successivo all'*attachment of jeopardy*, ma precedente al verdetto. Attualmente, la giurisprudenza della Corte Suprema prevede che si svolga un'indagine sulla natura intrinseca del provvedimento⁹⁸. Per decidere dell'ammissibilità dell'appello del governo contro tali decisioni, il giudice di secondo grado è dunque tenuto a stabilire se la pronuncia costituisca, dal punto di vista sostanziale, un *acquittal* o un *dismissal* e cioè se rappresenti o no «*a resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense*»⁹⁹. In caso affermativo, l'impugnazione è inammissibile, in quanto il 18 U.S.C. §3731 annovera i soli *dismissals* tra i provvedimenti appellabili e soprattutto in quanto la *double jeopardy clause* vieta l'impugnazione delle assoluzioni. In caso negativo, invece, l'appello del governo supera il vaglio di ammissibilità. Ai fini di questa valutazione, la giurisprudenza ha adottato sin da subito un approccio sostanzialistico, andando oltre la qualificazione formale della decisione attribuita dal giudice che l'ha pronunciata¹⁰⁰.

La distinzione, all'apparenza chiara, perde molta della sua capacità ordinativa una volta calata nella prassi, così che risulta ancora oggi difficile operare una tassonomia

⁹⁴ Il *bench trial* è un processo in cui spetta al *trial judge* la definizione tanto delle questioni di fatto, quanto delle questioni di diritto. Di regola, il *bench trial* è possibile solo qualora l'imputato rinunci al suo diritto al *jury trial* garantito dal VI emendamento.

⁹⁵ MCGAUGEY, *When the United States Loses in a Criminal Case: the Government Appeal Process*, in *J. App. Prac. & Process*, 2017, XVIII, 300; *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564 (1977).

⁹⁶ Peraltro, non è univocamente stabilito il momento esatto nel quale «*the judge begins to receive evidence*»; normalmente viene fatto coincidere con il giuramento del primo testimone, ma anche su questo l'applicazione giurisprudenziale pare flessibile, v. POULIN, *Double Jeopardy and Judicial Accountability: When is an Acquittal not an Acquittal*, in *Ariz. St. L. J.*, 1995, XXVII n. 3, 967-968.

⁹⁷ *Serfass v. United States*, cit.

⁹⁸ KENT, *Double Jeopardy: When is an Acquittal an Acquittal*, in *B.C. L. Rev.*, 1979, XX, 932.

⁹⁹ *United States v. Scott*, cit.

¹⁰⁰ POULIN, *Government Appeals in Criminal Cases: The Myth of Asymmetry*, in *U. Cin. L. Rev.*, 2008, LXXVII, 18.

nella «[Supreme] Court's continuing struggle to create order and understanding out of the confusion of the lengthening list of its decisions on the Double Jeopardy Clause»¹⁰¹. Un interessante tentativo di sistematizzazione si riscontra nella sentenza *Evans v. Michigan* del 2013¹⁰²: richiamando i propri precedenti, la Corte Suprema ha tracciato una netta distinzione tra i «procedural rulings» e i «substantive rulings». I primi, tra cui rientrano i *dismissals*, concernono questioni non legate alla colpevolezza o all'innocenza in fatto dell'imputato e non danno luogo a quelle aspettative di definitività riconosciute invece ai secondi, che rappresentano decisioni sul merito e vanno qualificati come assoluzioni¹⁰³.

Ne risulta, ad esempio, che sono appellabili le decisioni di *dismissal* con cui il giudice rileva la propria incompetenza¹⁰⁴, il ritardo ingiustificato nella formulazione dell'imputazione¹⁰⁵, la violazione del diritto ad un processo rapido¹⁰⁶, la selettività o l'intento persecutorio dell'accusa¹⁰⁷, la presenza di un vizio nell'imputazione¹⁰⁸, la violazione delle norme del procedimento davanti al *grand jury* o nella *preliminary*

¹⁰¹ *Sanabria v. United States*, cit., Blackmun dissenting.

¹⁰² *Evans v. Michigan*, 568 U.S. 313 (2013), le cui categorie sono richiamate anche da *United States v. Szpyt*, 753 F.3d 18 (1st Cir. 2015).

¹⁰³ *Evans v. Michigan*, cit., richiamata anche da *Martinez v. Illinois*, 572 U.S. 833 (2014).

¹⁰⁴ *United States v. Cabrales*, 109 F.3d 471 (8th Cir. 1997), rigetto dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione delle regole sulla competenza.

¹⁰⁵ *United States v. Wilson*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; il c.d. «pre-indictment delay» ricorre quando il ritardo nella formulazione dell'imputazione ha provocato un pregiudizio effettivo e sostanziale all'imputato quanto alla presentazione della sua difesa e il governo ha intenzionalmente ritardato la sua incriminazione o per ottenere un vantaggio tattico o per molestare l'imputato, *United States v. Sturdy*, 207 F.3d 448 (8th Cir. 2000); *United States of America v. Gerald Jackson*, 446 F.3d 847 (8th Cir. 2006), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla considerazione per cui il *pre-indictment delay* era ingiustificabile e pregiudicava la posizione dell'imputato.

¹⁰⁶ A tutela del diritto dell'imputato ad un processo rapido di cui al VI emendamento, il Congresso ha adottato una serie di disposizioni (le più rilevanti con lo *Speedy Trial Act* del 1974), tra cui rileva il 18 U.S.C. §3161, che impone un limite di settanta giorni tra la formulazione dell'imputazione e l'inizio del processo; v. *United States v. Hillegas*, 578 F.2d 453 (2d Cir. 1978), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione del diritto ad un processo rapido.

¹⁰⁷ *United States v. Cammisano*, 546 F.2d 238 (8th Cir. 1976), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla selettività della *prosecution*, asseritamente motivata dalle origini italiane dell'imputato.

¹⁰⁸ *Federal Rule of Criminal Procedure* 7(c)(1), a norma della quale l'imputazione deve contenere «a plain, concise, and definite written statement of the essential facts constituting the offense charged»; per un articolato esame della specificità dell'imputazione v. *United States v. Raniere*, 384 F. Supp. 3d 282 (E.D.N.Y. 2019).

hearing¹⁰⁹, la violazione della garanzia contro il *double jeopardy*¹¹⁰ o la *misconduct* del *prosecutor*¹¹¹.

D'altro canto, pare ormai pacifico che sono inappellabili le decisioni che accertano l'insufficienza delle prove a fondare una condanna¹¹², come quelle assunte ai sensi della *Federal Rule of Criminal Procedure 29(a)*, a norma della quale, alla chiusura del *case* del governo o alla chiusura dei *cases* di tutte le parti, l'imputato può fare istanza perché il giudice pronunci l'assoluzione, se ritiene le prove a carico insufficienti, senza rimettere la decisione alla giuria¹¹³. Ciò anche quando la pronuncia sia il prodotto di un «*antecedent legal error*»¹¹⁴, spesso rappresentato da un provvedimento erroneo in materia di prove, che abbia comportato l'illegittima esclusione dalla piattaforma probatoria di elementi a carico¹¹⁵.

3.4. La questione dell'appellabilità per "errors of law".

Ancora incerta è invece l'esperibilità dell'appello avverso le sentenze di assoluzione quando siano viziate da errore di puro diritto sostanziale.

Negli anni Settanta, una serie di pronunce della Corte Suprema sembrò aprire a questa possibilità. I giudici esclusero ad esempio che l'imputato abbia una pretesa legittima a beneficiare di un "*error of law*", quando quest'ultimo potrebbe essere corretto senza comportare la celebrazione di un secondo processo davanti ad un secondo giudice del fatto¹¹⁶. La Corte affermò anche che «*the primary purpose of the Double Jeopardy Clause was to prevent successive trials, and not Government appeals per se*»¹¹⁷.

Pertanto, queste, pur significative, petizioni di principio scontano il limite di essere enunciate in semplici *dicta*¹¹⁸, poiché i casi portati all'attenzione dei giudici non

¹⁰⁹ *United States v. Andrews*, 462 F.2d 914 (1st Cir. 1972), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione delle norme sulla composizione del *grand jury*; v. anche *United States v. Cates*, 485 F.2d 26 (1st Cir. 1974).

¹¹⁰ *United States v. Castellanos*, 478 F.2d 749 (2d Cir. 1973), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione del *double jeopardy*, dopo che per due volte l'esito del procedimento era stato la *deadlock jury*.

¹¹¹ *Bank of Nova Scotia v. United States*, 487 U.S. 250 (1988), conferma della decisione del giudice di appello, che aveva accolto l'impugnazione del governo avverso un *dismissal* basato sulla presentazione consapevole di informazioni errate al *grand jury* e sul maltrattamento dei testimoni.

¹¹² *United States v. Scott*, cit.; *Smalis v. Pennsylvania*, cit.; *Evans v. Michigan*, cit.

¹¹³ *Federal Rule of Criminal Procedure 29(a)*, «*After the government closes its evidence or after the close of all the evidence, the court on the defendant's motion must enter a judgment of acquittal of any offense for which the evidence is insufficient to sustain a conviction [...]*».

¹¹⁴ *Evans v. Michigan*, cit.

¹¹⁵ *Sanabria v. United States*, cit.

¹¹⁶ *United States v. Wilson*, cit.

¹¹⁷ *Sanabria v. United States*, cit.

¹¹⁸ Il sistema dello *stare decisis* si fonda sul c.d. *holding*, che rappresenta quella parte della motivazione "necessaria al risultato" e vincolante per i giudici inferiori, sul punto v. DORE, *Dicta and Article III*, in *U. Penn. L. Rev.*, 1994, CXLII, 2003; GREENAWALT, *Reflections on Holding and Dictum*, in *J. Legal Educ.*, 1989, XXXIX, 435. Al contrario, il *dictum*, che, secondo l'opinione maggioritaria, è costituito, in via residuale, da

concernevano direttamente l'appellabilità delle sentenze di assoluzione per “*errors of law*”¹¹⁹, così che i principi sopra richiamati non rivestono efficacia vincolante sui giudici inferiori.

Ciononostante, le aperture giurisprudenziali vennero prontamente colte dal Dipartimento di Giustizia, che, in un *Report* pubblicato nel 1987, sostenne fosse giunto il momento per il governo di rivendicare il diritto di impugnare le assoluzioni viziate da errori di diritto, così che, fermo l'accertamento del fatto compiuto in primo grado, la correzione di tali errori potesse avvenire senza sottoporre l'imputato ad un nuovo processo e, quindi, senza incorrere in violazioni del V emendamento¹²⁰. Questa indicazione ha raccolto diverse adesioni in dottrina, in particolare tra chi ritiene che impedire la correzione degli errori di diritto costituisca un grave *vulnus* al principio gerarchico, in base al quale si struttura il sistema giudiziario americano¹²¹.

Va peraltro chiarito che, come riconosciuto dallo stesso Dipartimento di Giustizia, il diritto di appello del *prosecutor* potrebbe riguardare le sole pronunce rese all'esito dei *bench trials*. La ragione, illustrata anche dalla dottrina, è che “*factual findings*” espliciti sono indispensabili per stabilire se l'errore del giudice di primo grado investa il fatto o il diritto e, quindi, per vagliare l'ammissibilità dell'impugnazione¹²². Nel *bench trial* ciò è possibile, in quanto la *Federal Rule of Criminal Procedure* 23(c), stabilisce che «*in a case tried without a jury, the court must find the defendant guilty or not guilty. If a party requests before the finding of guilty or not guilty, the court must state its specific findings of fact in open court or in a written decision or opinion*»¹²³. Al contrario, il *prosecutor* non potrebbe

ciò che non è *holding*, si limita ad avere un valore persuasivo; sul punto v. LEVAL, *Judging Under the Constitution: Dicta About Dicta*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2006, LXXXI, 1263.; ALOGNA, *Double Jeopardy, Acquittal Appeals and the Law-Fact Distinction*, in *Corn. L. Rev.*, 2001, LXXXVI, 1143, 1139.

¹¹⁹ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice*, cit., 58; nello stesso senso, successivamente, v. ALOGNA, *op. cit.*, 1149.

¹²⁰ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice*, cit.; riconosce la rilevanza di questo *Report*, *ex multis*, RUDSTEIN, *Double Jeopardy*, cit., 233 ss.

¹²¹ ALOGNA, *op. cit.*, 1133.

¹²² ALOGNA, *op. cit.*, 1132-1133, nello stesso senso v., di recente, REID, *Prosecutor Appeals after Oscar Pistorius Case*, in *Tex. Tech. L. Rev.*, 2020, LIII, 31, secondo il quale le possibilità che una sentenza di assoluzione venga ribaltata in appello per errori di diritto sono limitate, dal momento che «*defendants generally choose jury trials over bench trials, and juries tend to issue general guilty/not guilty verdicts*».

¹²³ Peraltro, la giurisprudenza ha ammesso che il giudice possa far luogo ad una motivazione della decisione del fatto anche d'ufficio, senza una richiesta di parte in questo senso, v., per es., *United States v. Jenkins*, cit.; *Sullivan v. United States*, 348 U.S. 170 (1954); *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998) (Feinberg, dissenting).

mai impugnare la decisione assunta in un *jury trial*, poiché la giuria normalmente emette “*general verdicts*”¹²⁴ e non si può individuare la tipologia di errore da censurare¹²⁵.

In ogni caso, al di là di queste aperture, va segnalato che la giurisprudenza finisce costantemente per adottare un atteggiamento di sostanziale chiusura verso gli appelli del governo. In dottrina si è rilevato che l’impugnazione delle sentenze di assoluzione costituisce «*more a potential rather than an actual pressure valve*», rimanendo, allo stato, una questione di interesse prettamente accademico¹²⁶.

Ne è esempio il noto caso *United States v. Lynch*¹²⁷, che ha per lungo tempo impegnato anche il dibattito politico americano¹²⁸. Agli imputati, religiosi antiabortisti, venne contestato il reato di *criminal contempt*, integrato dalla disobbedienza intenzionale ad un provvedimento giudiziale, in quanto avevano impedito l’accesso ad alcune strutture sanitarie dove si praticavano interruzioni di gravidanza, nonostante un’ingiunzione del giudice avesse inibito loro di commettere tali azioni dimostrative. Il giudice di primo grado assolse gli imputati, ritenendo che il loro comportamento fosse ispirato da genuine e profonde convinzioni religiose e che ciò ostasse ad un accertamento di intenzionalità della condotta¹²⁹. Questa definizione di “*willfulness*”, che non trovava corrispondenti nella giurisprudenza americana, indusse il governo ad appellare, con la convinzione che si trattasse di errore di puro diritto e che, essendo i fatti incontestati, una sentenza corretta si sarebbe potuta pronunciare senza sottoporre l’imputato ad un nuovo giudizio. Peraltro, la Corte d’appello dichiarò inammissibile l’impugnazione¹³⁰ e il caso divenne paradigmatico delle difficoltà che l’accusa incontra nel contestare le

¹²⁴ Le Corti penali federali impiegano tre tipologie di decisioni: 1) il “*general verdict*” (con cui la giuria si limita a dichiarare se l’imputato è “*guilty*” o “*not guilty*”); 2) lo “*special verdict*” (con cui la giuria si limita a decidere alcune questioni di fatto sottoposte al giudice); 3) il “*general verdict with special interrogatories*” (con cui la giuria accompagna la dichiarazione di colpevolezza o non colpevolezza con risposte a domande su questioni di fatto che riguardano il verdetto). Nelle *Federal Rules of Criminal Procedure* non è presente una norma che autorizzi decisioni diverse dai “*general verdict*” (presente invece nella normativa processualcivile). Peraltro, la Corte Suprema ha ritenuto che la mancata previsione non costituisca un divieto di utilizzare questa tipologia di pronunce, v. *Black v. United States*, 561 U.S. 465 (2010). La giurisprudenza mostra però un atteggiamento di chiusura, poiché ritiene che lo “*special verdict*” possa pregiudicare l’imputato, incrementando le probabilità di condanna, e la prerogativa della *jury nullification*, così che il “*general verdict*” rimane la forma di decisione assolutamente prevalente. Sul tema, v. HINTZ, *Fair Questions: A Call and Proposal for Using General Verdicts with Special Interrogatories to Prevent Biased and Unjust Convictions*, in *UC Davis L. Rev. Online*, 2021, 46-49.

¹²⁵ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice*, cit., 62-63; in verità, gli autori del *Report* sollecitarono anche lo svolgimento di un ulteriore studio sulla possibilità di ammettere l’appello del *prosecutor* contro decisioni assunte in un *jury trial* sulla base di uno “*special verdict*” della giuria e sulla compatibilità di una tale impugnazione con il diritto sancito dal VI emendamento. Peraltro, è controversa, anche in giurisprudenza, la possibilità di impiegare gli “*special verdicts*” nei processi penali, sul punto, v., *infra*, nota 199.

¹²⁶ CREEKPAUM, *op. cit.*, 1196.

¹²⁷ *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998); *United States v. Lynch*, 181 F.3d 330 (2d Cir. 1999).

¹²⁸ Oltre che per il suo rilievo giuridico, il caso rimase per molto tempo al centro della discussione politica, come dimostra il dibattito ospitato dalle colonne del *New York Times*: Editorial, *A Dangerous Abortion Protest Ruling*, in *N.Y. Times*, 22 gennaio 1997, §A, 20; KRALIK, *Respect Integrity of Peaceful Abortion Protest*, in *N.Y. Times*, 22 gennaio 1997, §A 30.

¹²⁹ *United States v. Lynch*, 952 F. Supp. 167 (S.D.N.Y. 1997).

¹³⁰ *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998); *United States v. Lynch*, 181 F.3d 330 (2d Cir. 1999).

pronunce sfavorevoli, nonostante le aperture giurisprudenziali di cui si è dato conto sopra¹³¹.

4. La comparazione.

La disamina del divieto di appello nell'ordinamento americano è condizione necessaria ma non sufficiente per operare un confronto tra le ragioni giustificative addotte a sostegno del principio nel sistema statunitense e in quello italiano. Non si può infatti prescindere da un primo vaglio di compatibilità e, cioè, da alcune notazioni preliminari di carattere storico e dogmatico, che rappresentano la cornice all'interno della quale si è sviluppato il dibattito scientifico sui poteri di impugnazione della parte pubblica.

4.1. Il diverso ruolo delle impugnazioni nei due sistemi.

Va innanzitutto richiamata la diversa concezione dell'appello sottesa ai due ordinamenti. Il sistema processuale statunitense nacque come giudizio in unico grado e soltanto nel XIX secolo iniziò ad ammettere una limitata facoltà di appellare le sentenze di condanna¹³². Quando, nel 1791, venne ratificato dagli Stati il V emendamento alla Costituzione americana, in linea di principio, nessuna delle parti era titolare del diritto di impugnare una decisione penale sfavorevole¹³³. Soltanto nel 1879, il Congresso permise all'imputato di chiedere la *review* delle sentenze di condanna ad opera della Corte d'appello, ferma restando la discrezionalità del giudice in ordine alla concessione del *writ of error*¹³⁴. Nel 1889, fu attribuito alla difesa il diritto di appello avverso le decisioni rese nei «*capital cases*»¹³⁵ e, due anni dopo, la previsione fu estesa a tutti gli «*infamous crimes*»¹³⁶. Come evidenziato in dottrina, «*the right to appeal is a comparatively recent addition to the common law criminal process*»¹³⁷.

I sistemi di tipo accusatorio sottendono infatti l'idea secondo cui il vero giudizio è quello che si svolge davanti al giudice di prime cure, la cui pronuncia è ritenuta

¹³¹ Particolarmente interessante (anche per la comprensione dei rapporti tra parti del procedimento e giudice e delle dinamiche interne all'ufficio di Procura) è la ricostruzione della vicenda processuale operata, vent'anni dopo, dal *prosecutor* assegnatario del caso, v. SIEGEL, *Faith v. Faith*, in *Litigation*, 2020, XLVI, 31.

¹³² MILLER, *op. cit.*, 493; ARKIN, *Rethinking the Constitutional Right to a Criminal Appeal*, in *Ucla L. Rev.*, 2012, XXXIX, 523 ss.

¹³³ *United States v. Scott*, cit.

¹³⁴ *Act of Mar. 3, 1879, ch. 176, §1, 20 Stat. 354*, che attribuì alle Corti d'appello la giurisdizione sulle impugnazioni contro le sentenze di condanna a pene detentive o pecuniarie, purché superiori ai \$300; MARSHALL, *A Comparative Analysis of the Right to Appeal*, in *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2011, XXII, 9; ARKIN, *op. cit.*, 523.

¹³⁵ *Act of Feb. 6, 1889, ch. 113, §6, 25 Stat. 656*.

¹³⁶ *Act of Mar. 3, 1891, ch. 517, §5, 26 Stat. 827*.

¹³⁷ MARSHALL, *op. cit.*, 1.

altamente affidabile¹³⁸. Il fatto che il processo di primo grado sia sempre stato garantito dai principi del contraddittorio e della parità delle parti ha reso meno sentito il bisogno di strutturare un articolato sistema di controllo delle decisioni¹³⁹.

Neanche il progressivo consolidamento del diritto di appello in capo all'imputato ha portato al riconoscimento di una completa cognizione delle questioni di fatto da parte del giudice di seconda istanza. Ad esempio, nel giudizio di appello che segue il verdetto di colpevolezza emesso dalla giuria, il giudice di seconde cure si limita a vagliare «*whether, after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements beyond a reasonable doubt*»¹⁴⁰. La deferenza del giudice di appello alla decisione di primo grado si giustifica in quanto il suo controllo si limita agli atti, mentre la Corte di prima istanza osserva i testimoni «*first-hand*», così da essere il giudice più idoneo a verificarne la credibilità¹⁴¹.

Per contro, i sistemi continentali, incluso quello italiano, hanno una tradizione secolare connotata dalla presenza di diversi mezzi di impugnazione. Come è stato sottolineato in dottrina, la predisposizione di una pluralità di gravami tradisce la «cattiva coscienza» del legislatore inquisitorio, che concede all'imputato di ottenere il riesame della condanna per supplire ai deficit di un processo di primo grado non sufficientemente garantito¹⁴². In altri termini, «attraverso la reiterazione dei controlli si rende sostanzialmente giusta una decisione anche se maturata in un contesto che non vede – nei gradi precedenti – la parità delle armi tra le parti»¹⁴³.

Per questo, è divenuta presto evidente la contraddizione nel sistema tra l'assoluta centralità attribuita al giudizio di primo grado e il mantenimento dell'appello quale rimedio generalizzato e sostanzialmente «*bon à tout faire*»¹⁴⁴. Tanto è vero che molti hanno ritenuto che «la questione nodale non [fosse] tanto quella di stabilire quale spazio riconoscere al contraddittorio nell'appello, bensì quale spazio attribuire all'appello nell'innovata architettura del contraddittorio»¹⁴⁵.

A marcare la differenza tra il modo in cui le impugnazioni sono concepite nei due ordinamenti concorre anche il diverso approccio dei cittadini al sistema della giustizia. Negli ordinamenti anglosassoni, è diffuso un atteggiamento di fiducia e di

¹³⁸ SPIEZIA, *Appello del pubblico ministero: non si può fare senza*, in *Dir. giust.*, 2004, XLVII, 11.

¹³⁹ AMODIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 270.

¹⁴⁰ LA FAVE-ISRAEL-KING-KERRY, *Criminal Procedure*, V ed., 2009, 1319; DJUKIC, *The Right to Appeal in Comparative Perspective*, in *J. Appell. Pract. Process*, 2018, XIX, 203; in giurisprudenza v. *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979).

¹⁴¹ DJUKIC, *op. cit.*, 203.

¹⁴² AMODIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 270; CHIUSANO, *op. cit.*, 283; SPANCHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 106; MARANDOLA, *Nuovo regime dei casi d'appello*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, cit., 132; KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. legge Pecorella*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 633-634; Id., *Le impugnazioni penali*, cit., 916-918; NAPPI, *La riforma delle impugnazioni: habent sua sidera leges*, in *Cass. pen.*, 2004, 1905.

¹⁴³ SPANCHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit., 110.

¹⁴⁴ CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma*, in AA.VV., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, VI, 1991, 16.

¹⁴⁵ PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, cit., 722.

affidamento nei confronti dei giudici e del prodotto giudiziario, che già emerge dall'atmosfera quasi sacrale in cui vengono celebrate le udienze o dall'ampiezza di figure di reato come l'oltraggio alla Corte. Al contrario, in Italia, il "bisogno delle impugnazioni" pare potersi ricondurre anche alla «atavica sfiducia del cittadino verso l'autorità in generale e verso l'amministrazione della giustizia in particolare»¹⁴⁶.

4.2. La differente origine delle regole in materia di legittimazione ad appellare.

Un'altra notazione preliminare riguarda le differenze tra i due ordinamenti quanto all'origine della disciplina sui poteri di impugnazione, in particolare con riferimento al diverso connubio che si realizza tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale.

Come si è visto, negli Stati Uniti, le regole in materia hanno un'origine strettamente pretoria. Il tenore letterale della *double jeopardy clause* autorizza infatti a ritenere inammissibile la sottoposizione ad un nuovo processo dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ma certo non esplicita il principio di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento¹⁴⁷. Fu la giurisprudenza ad affermare che la regola del V emendamento dovesse avere una piana trasposizione alla fattispecie dell'appello¹⁴⁸. Tra l'altro, come segnalato da una pluralità di autori, la Corte Suprema non ha mai approfonditamente spiegato le ragioni dell'equiparazione tra il nuovo esercizio dell'azione e la sua prosecuzione nelle fasi delle impugnazioni¹⁴⁹. Si tratta di una parificazione ancora oggi non condivisa da parte della dottrina¹⁵⁰, che è arrivata a definirla come "una presa di posizione molto audace"¹⁵¹ o, addirittura, come "un'assurdità"¹⁵².

Comunque, ciò che risulta evidente è che i limiti alla legittimazione ad appellare del *prosecutor* sono il risultato dell'opera della giurisprudenza e non di un'esplicita scelta costituzionale o legislativa¹⁵³. Del resto, la creatività della regola è dimostrata anche dalla circostanza che la sentenza *Ball*, concernente l'operatività della garanzia dopo l'irrevocabilità della sentenza, fu pronunciata dalla Corte Suprema all'unanimità,

¹⁴⁶ KOSTORIS, *Le impugnazioni penali*, cit., 917; ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio. Uno sguardo ai sistemi di common law*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 114; ORLANDI, *op. cit.*, 131-135.

¹⁴⁷ RIZZOLLI, *Why Public Prosecutors Cannot Appeal Acquittals*, in *Studi e note di economia*, 2010, I, 87.

¹⁴⁸ *Kepner v. United States*, cit.

¹⁴⁹ ATLAS, *Double Jeopardy and Government Appeals of Criminal Dismissals*, in *Tex. L. Rev.*, 1974, LII, 314; *Office of Legal Policy*, U.S. Dept. of Justice, cit., 30; STEINGLASS, *op. cit.*, 380; *Note, Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause*, cit., 358.

¹⁵⁰ STRAZZELLA, *Relationship of Double Jeopardy to Prosecution Appeals*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1997, LXXIII, 3; RIZZOLLI, *op. cit.*, 88; MILLER, *op. cit.*, 496.

¹⁵¹ RIZZOLLI, *op. cit.*, 88.

¹⁵² MILLER, *op. cit.*, 496.

¹⁵³ DI BIAGIO, *Judicial Equity: An Argument for Post-Acquittal Retrial When the Judicial Process Is Fundamentally Defective*, in *Cath. U. L. Rev.*, 1996, XLVI, 82, secondo cui i principi che governano la legittimazione ad appellare sono «*more learned by the courts than innate*».

mentre la sentenza *Kepner*, relativa all'estensione del principio alle fasi delle impugnazioni, trovò d'accordo solo cinque dei nove giudici del collegio (v., *supra*, §3.1.).

Oltretutto, nella materia della legittimazione ad appellare, gli interventi del legislatore sono sempre stati connotati da una certa timidezza e dalla volontà di garantire alle Corti un ampio margine di manovra. Ciò emerge, ad esempio, dal 18 U.S.C. §3731, 5, tuttora vigente, a norma del quale le previsioni sui poteri di appello dell'accusa vanno liberamente interpretate per realizzarne gli obiettivi. Ma ancor più indicativo è il rinvio alla *double jeopardy clause* quale limite esterno alla facoltà di appello del *prosecutor*, con cui il Congresso rinunciò a fissare compiutamente, per legge, il perimetro dei poteri di impugnazione, deferendone la determinazione alla sola giurisprudenza¹⁵⁴. E così in effetti è stato, visto che la distinzione tra le pronunce di *acquittal*, non appellabili, e le pronunce di *dismissal*, appellabili, rimane il frutto dell'elaborazione della Corte Suprema, peraltro caratterizzata da un approccio sostanzialistico non sempre prevedibile¹⁵⁵.

Tuttavia, non pare mancare nella sensibilità giuridica statunitense il bisogno di regole certe in materia processuale. Come ebbe modo di evidenziare la Corte Suprema, «*clarity is to be desired in any statute, but, in matters of jurisdiction, it is especially important. Otherwise the courts and the parties must expend great energy not on the merits of dispute settlement, but on simply deciding whether a court has the power to hear a case*». Non si può peraltro fare a meno di sottolineare che è proprio alle Corti che si può addebitare molta dell'incertezza in una materia in cui si ricorre, con una frequenza del tutto inusuale, all'*overruling* e al *distinguishing*¹⁵⁶.

Al contrario, l'ordinamento italiano, almeno quanto alla legittimazione ad appellare, presenta un grado di certezza superiore. Certo non sarebbe concepibile una delega alla giurisprudenza perché delimiti la facoltà di appello della parte pubblica. Conformemente al principio di legalità processuale, reso esplicito nell' art. 111, comma 1, Cost., a norma del quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»¹⁵⁷, è riservata al solo legislatore la disciplina del procedimento ed è escluso che tale funzione possa essere svolta da organi giurisdizionali¹⁵⁸. In attuazione del principio di tassatività che governa le impugnazioni *ex art.* 568, comma 3, c.p.p., l'art. 593 c.p.p. disciplina analiticamente i poteri di appello del pubblico ministero e

¹⁵⁴ JOHNSTON, *Double Jeopardy: A Systematic Method for Evaluating Evidentiary Sufficiency And Weight of The Evidence*, in *Wash. & Lee L. Rev.* 1983, XL, 1629-1630, nota 88.

¹⁵⁵ *United States v. Martin Linen Supply Co.*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; *Martinez v. Illinois*, cit.; *Evans v. Michigan*, cit., secondo cui «*our decision turns not on the form of the trial court's action, but rather whether it serves substantive purposes or procedural ones*»; KENT, *op. cit.*, 933; POULIN, *Government Appeals in Criminal Cases*, cit., 18; Note, *Criminal Law – Double Jeopardy – First Circuit Upholds Reprosecution of Defendant Acquitted in Sham Trial – Gonzalez v. Justices of the Municipal Court of Boston*, in *Harv. L. Rev.*, 2005, CXVIII, n. 8, 2913.

¹⁵⁶ STEINGLASS, *op. cit.*, 353; v., per es., *United States v. Dixon*, 509 U.S. 688 (1993), *overruling* di *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508 (1990); *United States v. Scott*, cit., *overruling* di *United States v. Jenkins*, cit.; *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969), *overruling* di *Palko v. Connecticut*, cit.

¹⁵⁷ Il comma è stato premesso alla precedente formulazione dell'art. 111 Cost. dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

¹⁵⁸ TONINI, *Manuale di procedura penale*, XXII ed., Milano, 2021, 39.

dell'imputato; l'osservanza di questa disposizione è presidiata dalla sanzione dell'inammissibilità *ex art.* 591, comma 1, *lett. a)* c.p.p., che colpisce l'impugnazione esperita dalla parte non legittimata.

Peraltro, in questa materia, il rapporto tra il legislatore e la giurisdizione, in astratto definito, è divenuto meno nitido con la declaratoria di incostituzionalità della "Legge Pecorella"¹⁵⁹. Alcuni hanno fortemente censurato la scelta della Corte costituzionale di basare la propria decisione sul sindacato di ragionevolezza, ritenuto il pretesto per invadere arbitrariamente la sfera di discrezionalità riservata al legislatore¹⁶⁰.

Si è parlato anche di violazione dell'art. 111, comma 1, Cost., considerato il presidio contro l'attività creativa anche della Corte costituzionale, in quanto la sentenza avrebbe sotteso la mancata condivisione di un indirizzo di politica legislativa¹⁶¹. Non a caso, molti hanno denunciato lo scivolamento verso un assetto sovrapponibile a quello statunitense, richiamando espressamente il detto secondo cui «la Costituzione è ciò che la Corte Suprema vuole che sia»¹⁶².

Anche il percorso di adeguamento dell'appello disciplinato dal codice ai dettami della Corte edu ha dimostrato la crescente porosità della linea di confine tra le prerogative legislative e quelle giurisprudenziali. La prolungata inerzia del legislatore ha fatto sì che sia stata la Corte di cassazione a farsi carico, in prima battuta, del compito di recepire i principi convenzionali nell'ordinamento interno. Il Parlamento è intervenuto solo in seguito, riproducendo in gran parte quanto affermato dalla giurisprudenza. Tanto che, secondo alcuni, l'evoluzione dell'appello è la dimostrazione del fatto che ormai «il giudice crei la norma con la sentenza nell'attesa che il legislatore la "applichi" scrivendola nel codice»¹⁶³, esercitando valutazioni più vicine alla discrezionalità politica che al lavoro interpretativo¹⁶⁴.

La tesi pare avvalorata anche dalle pronunce che hanno riguardato la "nuova" formulazione dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. La disposizione era parsa introdurre alcuni elementi di novità rispetto all'invalsa prassi giurisprudenziale: in particolare, non aveva riprodotto il requisito della decisività della prova da riassumere¹⁶⁵. Peraltro, le Sezioni

¹⁵⁹ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

¹⁶⁰ BETZU, *op. cit.*, 2; CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, I, 256; FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze*, *cit.*, 90; MARZADURI, *Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni*, in *Guida dir.*, 2007, VII, 86; VICOLI, *op. cit.*, 258.

¹⁶¹ DE CARO, *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, V, 623.

¹⁶² GAMBINI, *Ancora un abuso del parametro della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, V, 632.

¹⁶³ CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative*, *cit.*

¹⁶⁴ GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, 1424.

¹⁶⁵ AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di Marandola-Bene, 2017, 254-256; BARGIS, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2018, 13; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative*, *cit.*; BELLUTA-LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2017; BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte edu in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, 4566.

Unite hanno presto appiattito il dettato legislativo sul diritto vivente consolidatosi in precedenza (v., *supra*, §1.4), così che l'intervento del Parlamento, sul punto, è risultato del tutto influente¹⁶⁶. Difficile non concordare con chi ritiene che ciò sia espressione di un sempre più percepibile «slittamento della funzione nomopoietica dalle aule parlamentari a quelle di piazza Cavour»¹⁶⁷.

4.3. La diversa latitudine del double jeopardy e del ne bis in idem.

Come si è detto sopra, secondo la giurisprudenza americana, perché operi la garanzia del V emendamento, rileva unicamente la presenza di un esito liberatorio¹⁶⁸, che «*terminates the jeopardy*»¹⁶⁹, alla sola condizione che abbia risolto in senso favorevole all'imputato le questioni di fatto relative al reato contestato¹⁷⁰.

Al contrario, nell'ordinamento italiano, l'operatività del *ne bis in idem* è tradizionalmente condizionata al passaggio in giudicato della sentenza, per effetto dell'esaurimento o del mancato esperimento dei mezzi di impugnazione.

L'art. 435 del codice di procedura penale del 1913 stabiliva che «l'imputato assolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento per quel medesimo fatto [...]». L'art. 90 del codice del 1930 riproduceva in larga parte la disposizione, estendendo la garanzia anche all'imputato condannato¹⁷¹. Sulla stessa linea, anche l'art. 649 del vigente codice («divieto di un secondo giudizio»), al comma 1, dispone che «l'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [...]».

Neanche l'ampliamento, in via giurisprudenziale, della portata del *ne bis in idem* oltre il tenore letterale della norma codicistica, quale canone interpretativo, ha mai portato a ritenere che lo svolgimento delle fasi delle impugnazioni costituisca una violazione della garanzia. Ciò vale con riferimento alle «situazioni di litispendenza»¹⁷², che «devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale in applicazione della

¹⁶⁶ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit.

¹⁶⁷ GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, 1425.

¹⁶⁸ *Kepner v. United States*, cit., «The court of first instance [...] found Kepner not guilty; to try him again upon the merits, even in an appellate court, is to put him a second time in jeopardy for the same offence».

¹⁶⁹ *Justice of Boston Mun. Ct. v. Lydon*, 466 U.S. 294 (1984).

¹⁷⁰ Sul punto va precisato che il perimetro della garanzia contro il *double jeopardy* è stato parzialmente ridisegnato dalla Corte Suprema a partire dagli anni Settanta: il *dictum* della sentenza *Scott*, che definisce l'assoluzione come «*a resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense*» ha indotto ad affermare che oggi il V emendamento, nella materia delle impugnazioni, non protegge più contro un secondo processo, ma garantisce la preservazione delle sole determinazioni sulla colpevolezza in punto di fatto, v. MUNCY, *op. cit.*, 395.

¹⁷¹ «L'imputato condannato o proscioltto anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [...]».

¹⁷² Sul tema, v. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e litispendenza*, in AA.VV., *Il ne bis in idem*, a cura di Mangiaracina, Torino, 2021, 131 ss.

preclusione fondata sul principio generale del *ne bis in idem*¹⁷³. Nemmeno questi sviluppi hanno a che vedere con l'esperibilità dell'appello, che si colloca all'interno dell'unica "litispendenza", originata dall'atto iniziale di esercizio dell'azione penale.

Né lo svolgimento di ulteriori fasi del giudizio, dopo che il giudice di prime cure abbia pronunciato una sentenza di proscioglimento, è parso incompatibile con i principi che costituiscono il fondamento del *ne bis in idem*.

Con riferimento al profilo oggettivo della garanzia, legato alla tutela della funzionalità del sistema, si è sempre dato per scontato che il controllo della decisione, attraverso i mezzi ordinari di impugnazione, prevalga sulle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche. Secondo la Corte costituzionale, tali esigenze «presenti in tutti gli ordinamenti, richiedono [...] che – per quanto desiderabilmente larghi ed efficienti siano i controlli ed i mezzi di gravame attribuiti alle parti – ad un certo momento il processo si concluda irretrattabilmente»¹⁷⁴. Anche la Corte di cassazione ha ritenuto che il processo, quale «sequenza ordinata di atti [...], di attività, di fasi e di gradi», sia strutturato in vista del «raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità»¹⁷⁵.

Anche quanto al profilo soggettivo della garanzia, legato al diritto dell'imputato alla «quiete penalistica»¹⁷⁶, non hanno fatto breccia nella giurisprudenza, in particolare in quella costituzionale, le tesi che pretendono di attribuire definitività alla sentenza liberatoria di primo grado. Le disposizioni costituzionali che possono delineare la portata individualistica del giudicato (artt. 2, 13, 24, 27, 111 Cost.)¹⁷⁷ non sono state mai interpretate dal Giudice delle leggi come impedimenti allo svolgimento delle fasi delle impugnazioni. Con riferimento alla presunzione di innocenza ex art. 27, comma 3, Cost., la Consulta ha sempre escluso che tale principio possa giustificare l'amputazione dei poteri di appello del pubblico ministero¹⁷⁸. Inoltre, la tesi secondo cui le impugnazioni contrastano con il «polo soggettivo»¹⁷⁹ del *ne bis in idem* sconta la presenza, in Costituzione, della disposizione ex art. 111, comma 7, che garantisce «sempre», e quindi anche alla parte pubblica, il diritto di ricorrere per cassazione avverso le sentenze.

Infine, va rilevato che la concezione del rapporto tra le impugnazioni e il *ne bis in idem* fatta propria dall'ordinamento italiano mostra punti di contatto con la sopra

¹⁷³ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e altri, in *Cass. pen.*, 2006, 28 ss., secondo cui «le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell'ambito dei conflitti di competenza di cui all'art. 28 c.p.p., devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale [...], sempreché i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria», conf. Cass., sez. II, 17 ottobre 2019, n. 45858, Stancampiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 277768.

¹⁷⁴ Corte cost., 12 luglio 1972, n. 136.

¹⁷⁵ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.

¹⁷⁶ D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, 160 ss., la formula è stata fatta propria anche da Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200.

¹⁷⁷ LA ROCCA, *Eadem persona e limiti soggettivi del giudicato penale*, in AA.VV., *Il ne bis in idem*, cit., 20-21.

¹⁷⁸ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

¹⁷⁹ DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in AA.VV., *Il ne bis in idem*, cit., 8-11.

menzionata dottrina del “*continuing jeopardy*”, illustrata nella *dissenting opinion* del giudice Holmes nel caso *Kepner*. Tuttavia, come si è ricordato, quel principio non ha mai fatto breccia nella maggioranza della Corte Suprema (v., *supra*, §3.1.).

5. Le ragioni a sostegno dell’inappellabilità nei due ordinamenti.

Fatte le premesse che precedono, è possibile operare un confronto tra le principali ragioni addotte nei due sistemi a sostegno dell’appello asimmetrico. Ciò tenendo presente che, in entrambi gli ordinamenti, si tratta di giustificazioni non sempre unanimemente condivise. In particolare, la prospettiva di una tassonomia unitaria rimane lontana nell’ordinamento americano in cui, rispetto alle *rationes* giustificative dell’inappellabilità, regna grande incertezza¹⁸⁰, trattandosi peraltro di una materia, quella del *double jeopardy*, che già di per sé presenta una pluralità di declinazioni e confini operativi poco chiari¹⁸¹.

5.1. La tutela del diritto alla «quiete penalistica».

Sotto l’espressione «diritto alla quiete penalistica» si possono sussumere le ragioni che, in entrambi gli ordinamenti, fanno perno sull’interesse dell’imputato, una volta conclusa la vicenda giudiziaria che lo riguarda, a pianificare in libertà la propria vita, ponendo fine alle sofferenze, all’ansia, all’imbarazzo, alle spese e alle difficoltà relazionali e occupazionali, che derivano dalla sottoposizione alla “pena” del processo¹⁸².

Si tratta di argomenti strettamente correlati ai principi del *double jeopardy* e del *ne bis in idem*, il cui comune fondamento risiede nell’esistenza di un limite oltre il quale il fine di rendere giustizia non può essere perseguito, se non sacrificando i diritti individuali in modo intollerabile.

Peraltro, il riferimento a questi argomenti appare più coerente in un ordinamento, come quello statunitense, a cui, per tradizione, è sconosciuto un articolato

¹⁸⁰ Note, *Twice in Jeopardy*, in *Yale L. J.*, 1965, LXXV, 266, nota 14; STEINGLASS, *The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals*, *Ind. L. Rev.*, 1998, XXXI, 354.

¹⁸¹ Come scritto dal giudice Rehnquist nella decisione del caso *Albernaz v. United States*, 450 U.S. 344 (1981), «*the decisional law in the [double jeopardy] area is a veritable Sargasso Sea which could not fail to challenge the most intrepid judicial navigator*».

¹⁸² Nell’ordinamento americano, in giurisprudenza, v. *Green v. United States*, cit., costantemente richiamata, v., *ex multis*, *Serfass v. United States*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975); *United States v. Jorn*, 400 U.S. 470 (1971); *Sanabria v. United States*, cit.; *United States v. Di Francesco*, 449 U.S. 117 (1980); *Evans v. Michigan*, cit.; in dottrina, v. GORDON, *Double Jeopardy and Appeal of Dismissals: Before-and-After Approach*, in *Calif. L. Rev.*, 1981, LXIX, n. 3, 864-865; RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals, Permissible Under Double Jeopardy Clause?*, in *Cath. U. L. Rev.*, 2012, LXII, 118; RIZZOLLI, *op. cit.*, 96; AMAR, *Double Jeopardy Law Made Simple*, in *Yale L. J.*, 1997, 1815; Note, *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause*, cit., 340; STERN, *Government Appeals of Sentences: A Constitutional Response to Arbitrary and Unreasonable Sentences*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 1980, XVIII, n. 1, 71. Nell’ordinamento italiano, v. STELLA, *op. cit.*, 756 ss.; FROSINI, *op. cit.*, 8.

sistema di mezzi di impugnazione e in cui il limite all'esercizio della potestà punitiva dello Stato è storicamente coinciso con la sentenza di proscioglimento di primo grado.

Al contrario, la fondatezza di questi richiami appare meno immediata in un ordinamento come il nostro, in cui l'appello vanta un'esistenza secolare e in cui la garanzia del *ne bis in idem* è tradizionalmente vincolata all'irrevocabilità della sentenza.

L'idea di una pronuncia che diventi definitiva già in primo grado è lontana dalla concezione del giurista italiano, come dimostra il fatto che la Costituzione garantisce inderogabilmente l'esperibilità del ricorso per cassazione (art. 111, comma 7, Cost.).

Non è un caso che, quando in Italia si è cercato di giustificare l'inappellabilità alla luce del «diritto alla quiete penalistica», si sia richiamata ampiamente la giurisprudenza americana¹⁸³. Peraltro, pare esservi la consapevolezza che un'anticipazione della tutela sul modello statunitense reclami una più profonda giustificazione, che renda ragione dell'importazione di una visione non esattamente radicata nell'ordinamento di destinazione. Allo scopo, si è frequentemente fatto riferimento alla necessità di adeguare ai principi della democrazia liberale il bilanciamento tra l'interesse punitivo dello Stato e i diritti individuali, denunciando lo squilibrio a favore del primo quale perpetuazione di una concezione autoritaria della giustizia penale risalente all'epoca del totalitarismo fascista. La discussione si è dunque spostata sul piano della forma di Stato e sulla necessità di rivisitare le coordinate della giustizia penale alla luce della primazia da riconoscere ai diritti individuali nel mutato contesto costituzionale¹⁸⁴.

5.2. La minimizzazione delle condanne ingiuste.

Sia negli Stati Uniti, sia in Italia, la tutela dell'imputato contro le condanne ingiuste si declina innanzitutto nella regola B.A.R.D.¹⁸⁵. In entrambi gli ordinamenti, essa concorre all'attuazione della presunzione di innocenza e rappresenta il riflesso della diversità di posizioni sostanziali rivestite dalla parte pubblica e dalla parte privata¹⁸⁶. Peraltro, il rapporto tra il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e l'inappellabilità si atteggia in modo parzialmente diverso.

Negli Stati Uniti la regola B.A.R.D. è complementare al divieto di appello delle sentenze di proscioglimento. La prima impedisce che possa essere pronunciata una sentenza di condanna quando non ricorre la certezza processuale della responsabilità penale. Il secondo rafforza la protezione dell'imputato, evitando che, attraverso la pura

¹⁸³ STELLA, *op. cit.*, 756 e 758-759 (v., in particolare, nota 3); CHIAVARIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 278; on. Vitali, cit., 55 ss.

¹⁸⁴ STELLA, *op. cit.*, 760.

¹⁸⁵ Con riferimento all'ordinamento americano, v. STERN, *op. cit.*, 69; con riferimento all'ordinamento italiano, v. Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124, che sottolinea come la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio sia stata «ritenuta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione necessaria a una piena tutela dell'interesse primario dell'imputato a non essere ingiustamente condannato».

¹⁸⁶ Note, *Twice in Jeopardy*, cit., 278; AMAR-MARCUS, *Double Jeopardy Law after Rodney King*, in *Colum. L. Rev.*, 1995, XCV, n. 1, 31, nota 158; SPANGHER, *Tra resistenze applicative e istanze restauratrici*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 244.

perseveranza, il *prosecutor* possa soddisfare lo *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. L'accusa, che dispone di risorse superiori a quelle della difesa, si troverebbe infatti ad esercitare nuovamente l'azione quando ormai l'imputato ha svelato la sua strategia processuale, potendo correggere le imperfezioni dell'impianto accusatorio e istruire i testimoni in vista della nuova *cross examination*, con la speranza di trovare, prima o poi, un giudice disposto a condannare¹⁸⁷.

Inoltre, il *double jeopardy* predispone una tutela destinata ad operare anche laddove, nei diversi tentativi di punizione, l'accusa non sia comunque in grado di dimostrare la colpevolezza dell'imputato e la regola B.A.R.D. effettivamente impedisca la pronuncia di una condanna ingiusta. Un procuratore animato da intenti persecutori, insoddisfatto dell'esito sfavorevole di un processo, potrebbe tentare una seconda *prosecution* e, anche se non riuscisse a ottenere un accertamento di colpevolezza, potrebbe ritenersi soddisfatto dall'aver cagionato all'imputato ulteriore ansia, imbarazzo e spese¹⁸⁸. La regola B.A.R.D., da sola, non sarebbe sufficiente, perché consentirebbe di sottoporre l'imputato ad una molteplicità di processi consecutivi, infliggendogli le sofferenze che ne derivano, anche qualora si concludessero tutti con l'assoluzione.

In Italia, invece, il rapporto tra la regola B.A.R.D. e l'inappellabilità si atteggia più in termini di consequenzialità che in termini di complementarità. Secondo la visione di parte della dottrina favorevole all'appello asimmetrico, la sentenza di proscioglimento di primo grado integra di per sé il ragionevole dubbio sulla responsabilità penale dell'imputato, così che si ritiene impossibile raggiungere la certezza processuale della colpevolezza dopo che, sulla base delle medesime prove, la stessa è già stata esclusa da un giudice¹⁸⁹. Tale visione è stata condivisa anche dal legislatore della "legge Pecorella", che ha previsto la codificazione della regola B.A.R.D. nell'art. 533, comma 1, c.p.p. proprio a sostegno della soppressione del potere di appello del pubblico ministero¹⁹⁰.

¹⁸⁷ *United States v. Dixon*, cit.; GORDON, *op. cit.*, 866; *Tibbs v. Florida*, 457 U.S. 31, 41 (1982); *Grady v. Corbin*, cit.; *United States v. Wilson*, cit.; RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 125.

¹⁸⁸ FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, 1969, 3-4; RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 130.

¹⁸⁹ Nel dibattito parlamentare, v., *ex multis*, on. Vitali, cit., 57; in dottrina, v. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, cit., 105-106; LATTANZI, *op. cit.*, 486.

¹⁹⁰ Nel dibattito parlamentare, v. on. Cola, in *Atti parl. Cam.*, XIV leg., *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta 20 settembre 2005, n. 674, 78-79; on. Centaro, in *Atti parl. Sen.*, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta 22 dicembre 2005, n. 929, 70; on. Valentino, in *Atti parl. Sen.*, XIV leg., *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta 10 febbraio 2006, n. 958, 9; in dottrina, v. CONTI, *op. cit.*, 104; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo "la legge Pecorella"*, cit., 24; FIORIO, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, cit., 121; SCALFATI, *Bilancio preventivo di una riforma, principi buoni e norme da ritoccare*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, cit., 21; PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, II-III, 593, nota 2; VALENTINI, *op. cit.*, 3 ss.; PALIERO, *Il ragionevole dubbio diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, X, 73; GARUTI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento: le novità della "legge Pecorella"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, VII, 816.

Parrebbero accostarsi a questa concezione alcune affermazioni della dottrina statunitense, secondo cui la dichiarazione di colpevolezza può essere meno affidabile se resa all'esito di un secondo processo¹⁹¹. Peraltro, tali argomentazioni non si fondano sul rilievo secondo cui la pronuncia liberatoria di un giudice è tale da indurre il dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, bensì sul rischio che l'accusa approfitti dei vantaggi insiti nella possibilità di esperire un secondo tentativo di punizione. Si tratta di un profilo forse non del tutto compreso nel nostro ordinamento, laddove, nell'adeguare il giudizio di appello ai principi del giusto processo, si è reputata sufficiente la rinnovazione del dibattimento per escludere il ragionevole dubbio sulla responsabilità dell'imputato, nonostante le criticità che investono l'attendibilità della prova "di seconda mano" (v., *supra*, §1.5.).

Infine, pare estraneo all'ordinamento americano l'ulteriore nesso tra regola B.A.R.D. e divieto di appello, colto da parte della dottrina italiana in ragione della contestualità della loro codificazione. Secondo alcuni, il "nuovo" art. 533, comma 1, c.p.p. avrebbe avuto la funzione di richiamare il giudice alla «corretta profilassi della decisione»¹⁹², distogliendolo dalla tentazione di pronunciare una sentenza di condanna, pur in assenza dei presupposti, per non assumersi la responsabilità di precludere il pieno riesame del caso¹⁹³.

Negli Stati Uniti, la parte assolutamente maggioritaria degli autori paventa invece il rischio opposto, sostenendo che l'inappellabilità costituisca un fortissimo incentivo alla pronuncia di provvedimenti favorevoli alla difesa¹⁹⁴, poiché che il tasso di *reversal* è determinante per le progressioni di carriera del giudice¹⁹⁵ e per la sua reputazione¹⁹⁶. In Italia, invece, il tasso di riforma delle decisioni incide in via del tutto marginale sulle valutazioni di professionalità dei magistrati¹⁹⁷, così che l'introduzione

¹⁹¹ PONSOLDT, *When Guilt Should Be Irrelevant Government Overreaching as a Bar to Reprosecution Under the Double Jeopardy Clause After Oregon v. Kennedy*, in *Corn. L. Rev.*, 1983-1984, LXIX, 81.

¹⁹² PIERGALLINI, *op. cit.*, 593, nota 2.

¹⁹³ PALIERO, *op. cit.*, 73; la tesi è richiamata, tra gli altri, da VALENTINI, *op. cit.*, 20; CONTI, *op. cit.*, 106; GARUTI, *op. cit.*, 816; *contra*, PISANI, *Riflessioni sul ragionevole dubbio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, IV, 1248, v. anche MARANDOLA, *op. cit.*, 140.

¹⁹⁴ STITH, *Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequences of the Asymmetry in the Right to Appeal*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1990, LVII, n. 1, 37; STEIN, *Ambiguity Aversion and the Criminal Process*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2005-2006, 1527-1528.

¹⁹⁵ LEE, *Horizontal Stare Decisis on the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit*, in *Ky. L. J.*, 2004, 771; POSNER, *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 2005, XXXII, 1271.

¹⁹⁶ ALOGNA, *op. cit.*, 1143; STEINGLASS, *op. cit.*, 372-373.

¹⁹⁷ Consiglio Superiore della Magistratura, Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, "Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 maggio 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018", in *www.csm.it*. In linea di principio, rientra tra i nove indicatori della capacità del magistrato «il possesso delle tecniche di argomentazione [...], anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento», così che si dovrebbe avere riguardo, tra le altre cose, anche «all'esito, nelle successive fasi e gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi». Peraltro, rimane fermo, quale principio generale, che «la valutazione di professionalità [...] non può riguardare l'attività di interpretazione delle norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove».

del divieto di appello non ha indotto a prospettare un effetto collaterale analogo a quello lamentato dalla dottrina americana.

5.3. La tutela delle prerogative costituzionali della giuria.

La tutela delle prerogative della giuria di decidere il fatto («*unreviewable authority to find facts*»¹⁹⁸) e di pronunciarsi “*against the evidence*”, esercitando una prerogativa di clemenza (“*jury nullification*”¹⁹⁹) è l’argomento che più differenzia il ragionamento sull’inappellabilità negli Stati Uniti e in Italia. Il solco è più profondo di quanto sembri, se si considera che la “*jury nullification*” è considerata dalla più autorevole dottrina americana come la vera ragione giustificativa del divieto di appello per la parte pubblica²⁰⁰.

In Italia, la mancanza della giuria sembrerebbe far cadere in radice ogni possibilità di recepire gli argomenti che si ricollegano indefettibilmente all’istituto. In verità, forme di partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia penale non sono ignote al nostro ordinamento, che, in tempi più risalenti, ha conosciuto la giuria (artt. 438 ss., r.d. 27 febbraio 1913, n. 127) e che oggi prevede la presenza di giudici popolari nei collegi della Corte d’Assise e della Corte d’Assise d’appello, in conformità dell’art. 102, comma 3, Cost. («la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia»).

Va dunque verificato se sussistano margini per una trasposizione, anche parziale, degli argomenti spesi dalla dottrina americana nell’ordinamento italiano.

¹⁹⁸ WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences*, in Mich. L. Rev., 1980, LXXVIII, 1010.

¹⁹⁹ La “*jury nullification*” è stata definita come «*the ability of juries to acquit criminal defendants even against the apparent weight of the facts and the instructions they receive on the law*», v. DANE, *Jury Nullification: Features, Bugs, and the Possibility of Granular Law*, in Law, Cult. Humanit., 2021, XVII, n. 3, 414. Tra le ragioni per le quali la giuria potrebbe avvalersi di tale prerogativa si sono menzionate la mancata condivisione dei precetti penali, la clemenza, la convinzione che l’imputato non sia meritevole di pena; sul punto, v. MARDER, *op. cit.*, 405 ss.; per una sistematica affine, v. KING, *Silencing Nullification Advocacy Inside the Jury Room and Outside the Courtroom*, in Chi. L. Rev., 1998, LXV, 433. Nonostante le penetranti critiche oggi mosse alla “*jury nullification*”, tale prerogativa continua ad essere considerata coessenziale al diritto al *jury trial* garantito dal VI emendamento, in un sistema che concepisce la giuria come «*conscience of the community*» e come «*voice of the community*»; sul punto, v. GORDON, *op. cit.*, 866; AMAR, *op. cit.*, 1846; WESTEN-DRUBEL, *Toward a General Theory of Double Jeopardy*, in Supreme Court Review, 1978, n. 1, 130; YORKE, *Jury Nullification Instructions as Structural Error*, in Wash. L. Rev., 2020, XLV, 1447, STEINGLASS, *op. cit.*, 378, secondo il quale «*the right of jury nullification is implicitly recognized in our criminal justice system. It explains the prohibition on directed verdicts and special verdicts; it explains why the prosecution cannot challenge a verdict for inconsistency; and it explains why the doctrine of collateral estoppel cannot be applied against the defendant in subsequent trials for previously litigated factual disputes*».

²⁰⁰ WESTEN, *op. cit.*, 1001 ss., richiamato anche da *United States v. Di Francesco*, cit., alla nota 11, secondo cui «*Professor Westen describes it succinctly this way: The prohibition on retrial following an acquittal is based on a jury’s prerogative to acquit against the evidence*».

Quanto alla «*unreviewable authority to find facts*»²⁰¹ dei rappresentanti della comunità, va subito sottolineato che rimane sconosciuta alla tradizione italiana l'aura di sacralità che, nei sistemi anglosassoni, circonda il verdetto popolare, quale garanzia dell'imputato a vedere limitati i propri diritti di libertà soltanto da una giuria di suoi pari²⁰². Inoltre, anche nei procedimenti di competenza della Corte d'Assise, la decisione in fatto (come in diritto) spetta congiuntamente ai giudici togati e a quelli popolari e, dal 1951, sono venuti meno i limiti all'appellabilità della sentenza previsti dal codice Rocco, che le attribuivano una forza di resistenza superiore a quella delle pronunce dei collegi formati da soli giudici professionali²⁰³.

Ancora più lontana dalla concezione italiana è la citata prerogativa della “*jury nullification*”. Innanzitutto, l'art. 25, comma 2, Cost. riserva al solo legislatore l'individuazione dei comportamenti penalmente rilevanti. In secondo luogo, se si tralasciano i provvedimenti di amnistia e indulto ex art. 79 Cost., che rimangono di esclusiva spettanza del Parlamento, l'esercizio di una prerogativa individuale di clemenza è consentito al solo Presidente della Repubblica mediante il potere di grazia ex art. 87 Cost.

Inoltre, anche laddove vi è partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, non è concepibile una decisione condizionata dalla «*conscience of the community*»²⁰⁴, impersonata, secondo la concezione americana, dalla giuria, la cui funzione sarebbe anche quella di consentire un'applicazione della legge coerente con i costumi sociali, in particolare quando questi entrano in collisione con le disposizioni normative²⁰⁵. In Italia, il giudice, togato o popolare, è soggetto soltanto alla legge ex art. 101, comma 2, Cost., così che non gli è consentita un'applicazione selettiva delle norme penali.

Infine, nell'ordinamento italiano difetta il presupposto della “*jury nullification*”, identificabile nel verdetto²⁰⁶, visto che l'art. 111, comma 6, Cost. prevede un obbligo generale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

²⁰¹ WESTEN, *op. cit.*, 1010.

²⁰² MILLER, *op. cit.*, 97; tale concezione è esemplificata da uno storico elogio di Blackstone al *jury trial*, «Upon these accounts the trial by jury ever has been, and I trust ever will be, looked upon as the glory of the English law. And if it has so great an advantage over others in regulating civil property, how much must that advantage be heightened when it is applied to criminal cases! [...] it is the most transcendent privilege which any subject can enjoy, or wish for, that he cannot be affected either in his property, his liberty, or his person, but by the unanimous consent of twelve of his neighbors and equals. A constitution that I may venture to affirm has, under Providence, secured the just liberties of this nation for a long succession of ages. And therefore a celebrated French writer, who concludes that because Rome, Sparta, and Carthage have lost their liberties, therefore those of England in time must perish, should have recollected that Rome, Sparta, and Carthage, at the time when their liberties were lost, were strangers to the trial by jury [...]. Here therefore a competent number of sensible and upright jurymen, chosen by lot from among those of the middle rank, will be found the best investigators of truth, and the surest guardians of public justice», v. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, 1790, 379.

²⁰³ La l. 10 aprile 1951, n. 287, prevedendo l'istituzione della Corte d'Assise d'appello, introdusse il principio dell'impugnabilità nel merito delle sentenze pronunciate dalla Corte d'Assise, che in precedenza erano unicamente ricorribili per cassazione.

²⁰⁴ WESTEN-DRUBEL, *op. cit.*, 130.

²⁰⁵ YORKE, *op. cit.*, 1447, v. anche STEINGLASS, *op. cit.*, 378.

²⁰⁶ WESTEN-DRUBEL, *op. cit.*, 134, secondo cui la “*jury nullification*” è ammessa in quanto è celata dietro

5.4. La limitazione dei poteri e degli abusi dell'accusa.

Negli Stati Uniti, non è infrequente che l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento sia intesa come contrappeso ai poteri di cui dispone il *prosecutor* e come argine ai suoi possibili abusi²⁰⁷. Anche in Italia, quella parte della dottrina che auspica un riequilibrio tra l'interesse all'esercizio della potestà punitiva e i diritti individuali ha ritenuto necessario precludere all'accusa, dopo la sentenza di assoluzione, di «compiere ripetuti tentativi di condannare un individuo», presumendone la natura persecutoria²⁰⁸. Peraltro, se gli argomenti in parte si somigliano, i loro presupposti in parte sono diversi.

La dottrina americana ricollega alla riflessione sull'inappellabilità la necessità di bilanciare la "tremenda" discrezionalità²⁰⁹ di cui gode *prosecutor* nelle scelte inerenti all'esercizio e alla prosecuzione dell'azione.

Almeno in astratto, un'esigenza analoga non è prospettabile nell'ordinamento italiano, in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art.* 112 Cost. Il dovere di procedere dovrebbe escludere in radice l'esercizio di ogni discrezionalità diversa da quella strettamente tecnica, che rimane comunque soggetta al vaglio giudiziale, tanto nel caso di mancato esercizio dell'azione (artt. 408 ss. c.p.p.), quanto, di regola, nell'ipotesi opposta, attraverso l'udienza preliminare (art. 416 c.p.p.). Se poi il principio di obbligatorietà dell'azione penale sia effettivo o se, nella prassi, si riduca ad un mero simulacro²¹⁰ rimane questione relativa alla concreta operatività del principio, comunque inidonea a mettere in discussione la distanza tra le modalità con cui, nei due ordinamenti, è concepito l'esercizio della funzione dell'accusa.

Peraltro, sembra esservi un'ulteriore differenza, tra i due sistemi, nel rapporto tra la necessità di limitare i poteri della parte pubblica e l'inappellabilità.

Negli Stati Uniti, quantomeno a livello federale, i *prosecutors*, nominati e revocati dal Presidente, sono inseriti in una struttura fortemente gerarchizzata facente capo direttamente al governo. Per tradizione, la funzione dell'accusa è collocata nell'ambito

l'ambiguità del verdetto; pare esprimersi nello stesso senso KURLAND, *op. cit.*, 322.

²⁰⁷ KHANNA-HYLTON, *Toward an Economic Theory of Pro-Defendant Criminal Procedure*, Discussion Paper No. 318, Harv. Law, School, 2001, 22; KHANNA, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights*, *cit.*, 401; Id., *How does Double Jeopardy Help Defendants?* Discussion Paper No. 315, Harv. Law, School, 2001, 21-22; PONSOLDT, *op. cit.*, 81; FRIEDLAND, *op. cit.*, 3-4.

²⁰⁸ STELLA, *op. cit.*, 758; FROSINI, *op. cit.*, 8.

²⁰⁹ JACKSON, *The Federal Prosecutor*, in J. Am. Jud. Soc'y, 1940, XXIV, 18 ss., secondo cui il *prosecutor* ha un controllo sulla vita, sulla libertà e sulla reputazione dell'imputato maggiore rispetto a qualsiasi altra persona in America.

²¹⁰ In verità, con riferimento ai "criteri di priorità" elaborati dalle Procure della Repubblica (l'indice che più di ogni altro ha indotto alcuni ad affermare che, nel nostro sistema, l'azione penale sia solo formalmente obbligatoria), va segnalato che la legge 27 settembre 2021, n. 134 è intervenuta traferendo in capo al Parlamento la definizione di «criteri generali» sulla cui base le Procure dovranno elaborare «criteri di priorità trasparenti e predeterminati» (art. 1, comma 9, lett. i)). Inoltre, la riforma ha previsto un maggiore potere di intervento del giudice per le indagini preliminari per contrastare i fenomeni di stasi procedimentale (art. 1, comma 9, lett. g) e h)).

delle responsabilità del potere esecutivo, così che è centrale la consonanza politica tra quest'ultimo e chi esercita la funzione accusatoria. Non è un caso che, per prassi, quando viene eletto un nuovo Presidente, i procuratori distrettuali rassegnino le loro dimissioni per consentire la nomina di personalità vicine al partito uscito vittorioso dalle elezioni²¹¹.

Ecco allora che la tutela del cittadino contro gli abusi dell'accusa si carica di un significato particolare. Non si tratta semplicemente di impedire la reiterazione dei tentativi di ottenere una condanna ad opera del potere statale genericamente inteso, bensì di proteggere l'imputato contro il rischio di persecuzione da parte del governo, di cui il *prosecutor* è diretta espressione²¹².

Tali argomenti, che la dottrina americana pone alla base della necessità di arginare i poteri dell'accusa, non possono riferirsi al nostro sistema, dato il diverso assetto ordinamentale. Lo *status* del pubblico ministero si differenzia radicalmente da quello del *prosecutor*, essendo il primo nominato a seguito di concorso *ex art. 106 Cost.* ed essendogli garantite, in quanto appartenente all'ordine della magistratura, l'indipendenza *ex art. 104 Cost.*, l'inalienabilità *ex art. 107 Cost.* e la soggezione al solo organo di autogoverno *ex art. 105 Cost.*

Dunque, non è un caso che la dottrina italiana favorevole all'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, pur traendo spunto dal pensiero statunitense, abbia parzialmente rimodulato l'argomento, privandolo di ogni riferimento al potere esecutivo e all'esigenza di garantire l'imputato contro gli abusi di una discrezionalità che si connota anche in senso politico.

Di regola, nemmeno le tesi più critiche con le modalità con cui alcune Procure della Repubblica esercitano la loro funzione, anche in relazione al modello di "gerarchia attenuata" adottato dal 2006, hanno individuato nell'inappellabilità il rimedio contro gli squilibri generati dal protagonismo della parte pubblica e dall'insufficiente tutela del cittadino sottoposto a procedimento penale²¹³.

5.5. La tutela dell'immagine e dell'efficienza del sistema giudiziario.

Tanto negli Stati Uniti, quanto in Italia, parte della dottrina ha evidenziato il pericolo che decisioni difformi possano minare la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario. In verità, questa riflessione vanta un'elaborazione più risalente nell'ordinamento americano²¹⁴. In Italia, le sue prime applicazioni al tema

²¹¹ GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, a cura di Gambini Musso, Torino, 2009, 40-41.

²¹² Parla di «*government harassment*» RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 133.

²¹³ Una delle tesi più critiche è quella sostenuta da CASSESE, *Le Procure sono diventate un quarto potere*, in www.ildubbio.news, 20 giugno 2020. Peraltro, per ridimensionare il protagonismo e gli eventuali abusi di alcuni uffici del pubblico ministero, si sono reclamati interventi su istituti diversi dalla legittimazione ad appellare, come quelli su cui ha agito il legislatore, con il recepimento, pur tardivo, della direttiva europea sulla presunzione di innocenza (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, attuativo della dir. (UE) 2016/343).

²¹⁴ FRIEDLAND, *op. cit.*, 4.

dell'inappellabilità risalgono ai primi anni Duemila²¹⁵ e non fanno mistero del fatto che l'argomento sia ispirato dagli orientamenti della dottrina statunitense²¹⁶. Del resto, l'adesione a questa tesi è meno immediata in un ordinamento che prevede il ricorso per cassazione quale garanzia inderogabile (art. 111, comma 7, Cost.) e che quindi presuppone, anche a livello costituzionale, la possibilità di pronunce discordanti. Oltretutto, è la stessa Carta fondamentale a rendere manifesto, nell'art. 24, comma 4, «senza falsi pudori», il rischio di errori giudiziari e a prevedere la necessità di una loro correzione²¹⁷.

Inoltre, in entrambi i sistemi, si è sostenuto che l'inappellabilità concorra ad attuare il principio della ragionevole durata del processo. Ciò è senz'altro vero con riguardo alla posizione dell'imputato prosciolti, che vede sensibilmente ridotta la durata del procedimento a suo carico per via dell'amputazione di una fase dello stesso²¹⁸. Per contro, più dubbia pare la tesi secondo cui il divieto di appello migliora l'efficienza complessiva del sistema, evitando che le Corti rallentino la loro attività per la definizione di casi già decisi in primo grado²¹⁹. In entrambi gli ordinamenti, i dati sembrerebbero smentire che l'inappellabilità produca effetti apprezzabili sull'andamento generale della macchina giudiziaria.

Negli Stati Uniti, il tasso di condanna è elevatissimo: nel 2018, su 79.704 imputati di reati federali, solo 320 sono stati assolti²²⁰. Tenendo conto del fatto che, anche se l'accusa fosse legittimata ad appellare, lo farebbe solo raramente, come oggi avviene con riferimento ai provvedimenti impugnabili²²¹, pare difficile sostenere che l'attribuzione alla parte pubblica del potere di appello delle sentenze di proscioglimento possa effettivamente minare l'efficienza del sistema giudiziario.

In Italia, il Ministero della giustizia ha reso noto che nel quinquennio 2012-2016 soltanto l'1,8% del totale dei gravami è stato proposto dal pubblico ministero presso il

²¹⁵ STELLA, *op. cit.*, 759-760; *Relazione del Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione*, cit., 48-49.

²¹⁶ STELLA, *op. cit.*, 759-760.

²¹⁷ CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 830.

²¹⁸ In questo senso, anche se non univocamente, parrebbe esprimersi *Note, Twice in Jeopardy*, cit., 277-278, secondo cui «[Double Jeopardy] reflects not only our demand for speedy justice but all of our civilized caution about criminal law [...]»; STELLA, *op. cit.*, 757; peraltro, *contra*, v. CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 834-835; Id., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, cit., nota 23.

²¹⁹ RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 131-132; RIZZOLLI, *op. cit.*, 95-96; KHANNA, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights*, cit., 358; Id., *How does Double Jeopardy Help Defendants?*, cit., 19; *Note, Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause*, cit., 340; *Note, Twice in Jeopardy*, cit., 277; BARON-EVANS, *Department: Point/Counter-Point: An Important but Modest Check on Prosecutorial Overreaching and Wrongful Conviction*, in *B. B. J.*, 2004, XLVIII, 31; nella dottrina italiana v. SPANCHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit., 122; COPPI, *op. cit.*, 32.

²²⁰ GRAMLICH, *Only 2% of Federal Criminal Defendants Go to Trial, and Most Who Do Are Found Guilty*, in *www.pewresearch.org*, 11 giugno 2019, che rileva come, nel 2018, solo il 2% degli imputati ha scelto il processo, con un tasso di successo del 17% (sono 320 gli imputati assolti sul totale).

²²¹ KING-HEISE, *Appeals by the Prosecution*, in *J. Empirical Legal Stud.*, 2018, XV, 518. Sono bassi anche i tassi di impugnazioni delle sentenze di condanna, v. TRUESDALE, *Pro-Prosecution Doctrinal Drift in Criminal Sentencing*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2017, CXI, n. 4, 1131 ss.

Tribunale e il 3,4% dal Procuratore generale presso la Corte d'appello²²². La stessa Commissione Lattanzi, a fronte di numeri così ridotti, ha escluso che l'inappellabilità possa riverberarsi in modo preoccupante sulla funzionalità della Corte di cassazione²²³.

5.6. La tutela del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

Una delle critiche più condivise dalla dottrina italiana contro l'appello come originariamente disciplinato dal codice Vassalli concerneva la violazione dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza: si reputava inaccettabile che la sentenza di proscioglimento di primo grado, pronunciata all'esito di un processo assistito dalle garanzie sopra menzionate, potesse essere ribaltata sulla base di una mera rilettura degli atti (v., *supra*, §1.1.). Questa problematica è stata oggi parzialmente superata, recependo gli indirizzi della Corte edu in materia di rinnovazione istruttoria (v., *supra* §1.4.).

In ogni caso, si tratta di profili che sono rimasti sconosciuti al dibattito sull'inappellabilità negli Stati Uniti. Mai la dottrina che ha difeso il divieto di appello della parte pubblica ha sostenuto che la trasformazione del sistema in senso simmetrico violerebbe i principi sopra richiamati. La ragione risiede probabilmente nel fatto che il *reversal* della sentenza, di regola, comporta il *remand* al giudice di primo grado per lo svolgimento di un nuovo processo. Ciò determina la riassunzione delle prove davanti ad una nuova giuria, nel rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza²²⁴.

Nemmeno si è posto il problema della "condanna in unico grado", rilevato da quella parte della dottrina italiana che ha denunciato l'impossibilità, per il condannato in secondo grado, di ottenere un riesame nel merito della sentenza²²⁵. Infatti, anche qualora si consentisse al *prosecutor* l'esperimento dell'appello, il *remand* alla Corte di prima istanza per lo svolgimento di un nuovo processo consentirebbe all'imputato di impugnare un'eventuale decisione sfavorevole²²⁶.

²²² Ministero della giustizia, *Schema di decreto legislativo recante alcune disposizioni di modifica della disciplina in materia di giudizi di impugnazione – Analisi di impatto della regolamentazione*, 2017, 3-4, richiamato anche da Commissione Lattanzi, cit., 37.

²²³ Commissione Lattanzi, cit., 37.

²²⁴ ILLUMINATI, *op. cit.*, 100-101.

²²⁵ PADOVANI, *op. cit.*, 4023-4027; FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Riv. pen. proc.*, 2004, IV, nota 19; Id., *La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in *Questione giustizia*, 2005, IV, 779; ROSSI, *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, cit., 924; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, cit., 17.; Id., *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pm tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, cit., 628; GUALTIERI, *op. cit.*, 1818-1819; GARUTI, *op. cit.*, 803; GARUTI-DEAN, *op. cit.*, 132; KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. Legge Pecorella*, cit., 635; FRIGO, *Ignorati i profili di illegittimità ereditati dalla vecchia disciplina*, cit., 97.

²²⁶ Peraltro, va sottolineato che la Corte Suprema ha sempre negato che la Costituzione garantisca il diritto di appello all'imputato, rimanendo nella discrezionalità del legislatore federale e dei legislatori statali la predisposizione di mezzi di impugnazione contro le sentenze (sul punto v. ROBERTSON, *The Right to Appeal*,

Comunque, l'appello rescindente, caratteristico dell'ordinamento statunitense, non sembra troppo lontano dal modello prospettato da una parte considerevole della dottrina italiana tra gli anni Novanta e gli anni Duemila e anche da una nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, nel dibattito sui possibili rimedi alle storture della disciplina codicistica sulle impugnazioni (v., *supra*, §1.1).

6. L'(ipotizzata) appellabilità per *errors of law* negli Stati Uniti e il ricorso per cassazione in Italia.

Al di là dell'incertezza che ancora oggi connota l'esperibilità del rimedio nell'ordinamento americano²²⁷, la predisposizione, anche solo in astratto, di un mezzo di correzione degli errori di diritto pare rievocare, non troppo da lontano, la funzione rivestita, nel nostro ordinamento, dal ricorso per cassazione. In Italia, parte della dottrina ha auspicato l'approdo ad un sistema in cui all'accusa sia consentito contestare la sola violazione di legge, ritenendo che «il giudice di primo grado rappresenta la Repubblica e la Procura della Repubblica non può contestare l'operato della Repubblica, può farlo solo denunciando il vizio di legge perché ciò significherebbe che il giudice è stato infedele al suo obbligo costituzionale di essere soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.)»²²⁸.

In entrambi i sistemi il rimedio verrebbe ad avere carattere rescindente e prevedere il rinvio al giudice inferiore per la riforma della sentenza di proscioglimento²²⁹.

Peraltro, va precisato che i vincoli all'esperibilità dell'appello per "*errors of law*" nulla hanno a che vedere con l'ampiezza dei motivi di ricorso *ex art. 606 c.p.p.*

Al *prosecutor* continua a non essere consentita la denuncia della violazione delle norme processuali (art. 606, comma 1, *lett. c.*), c.p.p.), poiché, di regola, resta fermo che «*there is no exception permitting retrial once the defendant has been acquitted, no matter how "egregiously erroneous" [...] the legal rulings leading to that judgment might be*»²³⁰.

Né sarebbe concepibile una doglianza concernente il vizio di motivazione (art. 606, comma 1, *lett. e*), c.p.p.), nemmeno nel *bench trial*, laddove il giudice può essere

in *N. C. L. Rev.*, 2013, XCI, 1222). La posizione parrebbe assimilabile a quella della Corte costituzionale italiana, che ha sempre rifiutato di riconoscere copertura costituzionale all'appello (*Ex multis*, Corte cost., 27 marzo 2003, n. 84; tra le altre, Corte cost., 31 marzo 1988, n. 395; Corte cost., 1° febbraio, 1982, n. 8; Corte cost., 15 aprile 1981, n. 62; Corte cost., 6 dicembre 1976, n. 238). Tuttavia, la differenza rimane sostanziale, dato che, in Italia, l'art. 111, comma 7, Cost. riconosce all'imputato il diritto di ricorrere per cassazione e, a differenza della Corte Suprema americana, il giudice nomofilattico non ha un potere di selezione dei ricorsi da esaminare.

²²⁷ *Evans v. Michigan*, cit. parrebbe deporre in senso diverso, peraltro, si tratta di un proscioglimento pronunciato *mid-trial* in un processo con giuria, fattispecie non del tutto sovrapponibile a quella sopra trattata.

²²⁸ MAZZA, *L'appello necessario*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 16 marzo 2020, 7-8.

²²⁹ *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998) (Feinberg, *dissenting*).

²³⁰ *Sanabria v. United States*, cit.

tenuto a enunciare gli «*specific findings of fact*» posti a fondamento della decisione. L'appello rimane infatti condizionato alla ricostruzione del fatto operata dal giudice di prima istanza e la funzione del giudice di seconde cure rimane rigorosamente limitata alla verifica della corretta applicazione del diritto sostanziale. Del resto, è coesistente al principio del *double jeopardy* l'inammissibilità di un qualsiasi procedimento volto alla rivalutazione di questioni di fatto già risolte in senso favorevole all'imputato²³¹.

Più complesso è il quadro che riguarda le decisioni in materia probatoria. Al pubblico ministero è consentito ricorrere per cassazione deducendo la mancata assunzione della prova decisiva richiesta nel corso dell'istruzione dibattimentale, solo se si tratta di prova contraria (art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p.). Il *prosecutor* dispone invece di un mezzo *ad hoc*, diverso dall'appello per "*errors of law*", che gli permette di contestare l'esclusione o la soppressione di una prova a carico, purché il relativo provvedimento sia pronunciato dal giudice prima del c.d. "*attachment of jeopardy*".

Per contro, non così distanti tra loro paiono la fattispecie del c.d. "*error of law*" e quella della «inosservanza o erronea applicazione della legge penale» (art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.). Ferma la ricostruzione del fatto operata dal giudice di prime cure, in entrambi gli ordinamenti sembrerebbe possibile la denuncia dell'errore di diritto, che abbia viziato l'esito assolutorio e che sia rimediabile senza procedere a nuove valutazioni di fatto.

Tuttavia, come si è visto, anche vietando al pubblico ministero l'esperimento dell'appello, il ricorso per cassazione continuerebbe a consentirgli un controllo della decisione più ampio di quello garantito al *prosecutor*, non limitato ad un «controllo di legalità (sulla corretta applicazione della norma sostanziale)», ma esteso ad un controllo «di legittimità (su eventuali *errores in procedendo*) e di razionalità del giudizio di fatto (sulla corretta applicazione delle regole della logica)»²³².

7. La parità delle parti.

Il principio della parità delle parti trova un'attuazione paradigmatica nell'ordinamento americano, in cui la dimensione *adversarial* del "duello ad armi pari" è particolarmente spiccata.

In Italia, quando il legislatore ha stabilito che il codice di procedura penale attuasce «i caratteri del sistema accusatorio», coerentemente ha previsto «la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento» (art. 2, comma 1, n. 3, l. 16 febbraio 1987, n. 81). Inoltre, il principio di parità delle parti ha fatto il suo ingresso in Costituzione, nell'ambito di una riforma volta a recepire nell'art. 111 Cost. i canoni del "giusto processo" (l. cost. 23 novembre 1999, n. 2), dopo che alcuni interventi del legislatore e della Corte costituzionale avevano

²³¹ *United States v. Scott*, cit.

²³² Commissione Lattanzi, cit., 36.

«scardinato l'intero impianto codicistico, trasformando nei fatti una riforma garantista in un vero e proprio strumento inquisitorio»²³³.

Peraltro, nell'ordinamento italiano, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, esclude ogni potere di disposizione in ordine al promovimento dell'azione e alla sua prosecuzione²³⁴, al contrario di quanto avviene nell'ordinamento statunitense, in cui il *prosecutor* dispone di ampia discrezionalità in ordine all'esercizio dell'azione e può rinunciare, in ogni tempo, all'azione già iniziata²³⁵. Inoltre, nel codice è sancito un principio di rilievo sistematico, stabilendo l'art. 358 c.p.p. che il pubblico ministero «svolge [...] accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini»²³⁶.

Resta allora da capire perché, nel sistema statunitense, in cui il principio di parità delle parti è inteso nel suo significato più rigoroso, non si sia posto, se non da parte di qualche isolata voce della dottrina²³⁷, il problema della compatibilità tra l'*equality of the parties* e l'assetto asimmetrico dell'appello, mentre in Italia le disposizioni abolitive della legittimazione ad appellare della parte pubblica siano state dichiarate incostituzionali proprio in nome di quel principio, nonostante la qualità di parte del pubblico ministero subisca alcuni importanti temperamenti, in ragione della sua posizione ordinamentale di organo di giustizia.

Forse la risposta risiede nel diverso inquadramento storico-dogmatico dell'inappellabilità nei due sistemi.

L'ordinamento americano ricollega il divieto di appello alla garanzia contro il *double jeopardy*, che, più di ogni altro principio, affonda le sue radici nella percezione della sproporzione tra le posizioni sostanziali rivestite dalle parti nel processo penale. E, in effetti, le motivazioni della Corte Suprema richiamano proprio l'esigenza di tutelare l'imputato contro uno Stato superiore quanto a «*resources and power*» e la consapevolezza che il processo infligge al cittadino, ma non all'accusa, «*embarrassment, expense, ordeal, [...] anxiety and insecurity*»²³⁸.

²³³ Atti parl. Sen., XIII leg., Relazione al disegno di legge n. 3619. Il riferimento è alle note sentenze della Corte costituzione – Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255; Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361 – e agli interventi legislativi – l. 8 agosto 1995, n. 332; l. 7 agosto 1997, n. 26 –.

²³⁴ Sull'incompatibilità tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la configurazione del pubblico ministero come «parte» v. PECORELLA, *Obbligatorietà dell'azione penale/parità delle parti: un binomio inconciliabile*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2020, 15-16, secondo cui «è l'art. 112 Cost., con l'obbligatorietà dell'azione penale, che, già di per sé, fa sì che il pubblico ministero non possa essere considerato parte, alla pari del difensore, ma, tutt'al più, come talora si è detto, «una parte imparziale». È, questo, uno di quei *calembour*, cari a certa dottrina, privi di senso logico: chi è «parte» non è «imparziale», e, ovviamente chi è «imparziale» non è e non può essere «parte»».

²³⁵ GASPARINI, *op. cit.*, 42.

²³⁶ PECORELLA, *op. cit.*, 16, definisce tale norma come «uno dei figli «deformi» dell'imparzialità del pubblico ministero, in contrasto con le coordinate dei sistemi processuali accusatori.

²³⁷ ALOGNA, *op. cit.*, 1141; DI BIAGIO, *op. cit.*, 104; un'apparente critica all'assetto asimmetrico delle impugnazioni pare rinvenirsi in alcuni *obiter dicta* della Corte Suprema degli anni Trenta, che non hanno comunque avuto seguito, una volta che il collegio ha cambiato composizione, sul punto, v., *supra*, nota 80.

²³⁸ *Green v. United States*, cit.

Se anche nel pensiero giuridico italiano fosse radicata la concezione che vede nell'appello una violazione del *ne bis in idem*, non si sarebbero posti problemi di compatibilità con il canone della parità delle parti. Infatti, nessuno ha mai ipotizzato che la normativa sulla revisione, che di regola opera solo a favore dell'imputato²³⁹, rappresenti una violazione dell'art. 111, comma 2, Cost. È probabilmente il diverso ancoraggio sistematico dell'inappellabilità che ha impedito alla Corte costituzionale di trarre conseguenze analoghe a quelle della Corte Suprema americana, pur nella consapevolezza, che pure le è propria, della radicale diversità di posizioni rivestite dal pubblico ministero e dall'imputato²⁴⁰.

Inoltre, l'appello, nel nostro ordinamento, conosce una lunghissima tradizione, così che è connaturata alla mentalità del giurista italiano l'idea che l'azione penale possa proseguire e svilupparsi anche nelle fasi delle impugnazioni²⁴¹. Per contro, il fatto che il sistema statunitense sia nato come "sistema in unico grado" ha sempre alimentato un certo atteggiamento di diffidenza verso l'appello. Oltretutto, la regola che vieta l'impugnazione delle sentenze di proscioglimento ha visto la luce a breve distanza dall'inizio del percorso che ha portato a sviluppare un sistema strutturato di controllo delle decisioni penali. Al contrario, nell'ordinamento italiano, l'inappellabilità si è inserita "traumaticamente", seppur per un breve periodo, in un sistema che già consentiva da tempo all'accusa di contestare le pronunce sfavorevoli, generando una vera e propria crisi di rigetto.

Pertanto, è naturale che, negli Stati Uniti, vi sia una concezione della parità delle parti che pare più vicina a quella di quanti, in Italia, la riferiscono alle sole attività di formazione della prova e di argomentazione delle proprie ragioni e non anche all'introduzione delle diverse fasi del processo²⁴².

Resta, tuttavia, nell'ordinamento italiano, la contraddizione insita nell'utilizzo di un principio marcatamente accusatorio, nato a presidio dei diritti dell'imputato nel procedimento, per il raggiungimento di un risultato "*in malam partem*"²⁴³. Contraddizione resa ancora più evidente dal mancato riconoscimento di una copertura costituzionale all'appello dell'accusa, visto che la Consulta da tempo nega che quest'ultimo costituisca uno sviluppo del principio di obbligatorietà dell'azione

²³⁹ Fanno eccezione le fattispecie previste da alcune norme speciali, che prevedono ipotesi di revisione *in peius*, v. art. 16-septies d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82, art. 10, comma 1, l. 29 maggio 1982, n. 304.

²⁴⁰ *Ex multis*, Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26; Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34.

²⁴¹ OLIVERI DEL CASTILLO, *op. cit.*, 70, secondo cui «nei paesi continentali [...] la decisione di primo grado [è] provvisoria e strutturata come un passo necessario verso la vera sentenza, quella d'appello ricorribile per cassazione».

²⁴² SCALFATI, *Salvo eccezioni appellabile la sola condanna*, in *Guida dir.*, 2006, X, 54; ID., *Bilancio preventivo di una riforma, principi buoni e norme da ritoccare*, cit., 22; FRIGO, *Un trattamento particolare che deriva dal regime transitorio*, in *Guida dir.*, 2006, XXIII, 94; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, cit., 3; in giurisprudenza, v. Corte app. Milano, 26-27 aprile 2006, cit. Nello stesso senso si era espressa inizialmente anche la Corte costituzionale, v. Corte cost., 27 luglio 2001, n. 318; Corte cost., 30 luglio 2003, n. 286; Corte cost., 16 aprile 2003, n. 127; Corte cost., 29 gennaio 2004, n. 52.

²⁴³ FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze*, cit., 89; ID., *Ignorati i profili di illegittimità ereditati dalla vecchia disciplina*, cit., 94.

penale²⁴⁴, scivolando tra l'altro verso concezioni che sottendono una certa "privatizzazione" dei poteri processuali del pubblico ministero²⁴⁵.

8. Una riflessione conclusiva.

Il raffronto fin qui svolto parrebbe dimostrare che, nel dibattito sui poteri di impugnazione della parte pubblica, i parallelismi tra l'ordinamento statunitense e quello italiano siano spesso più apparenti che reali. Anche se, nei due sistemi, molte delle ragioni addotte a sostegno dell'inappellabilità si richiamano, una loro assimilazione presuppone spesso uno sguardo "da lontano". Una lettura analitica, ancorata all'evoluzione dei due ordinamenti, svela che gli argomenti spesi nell'uno e nell'altro sistema hanno radici diverse.

Se è vero che l'appello, come disciplinato dal codice di procedura penale, anche dopo la recente rivisitazione delle sue modalità di svolgimento, non si concilia pienamente con il paradigma accusatorio, sembra parimenti condivisibile la tesi secondo cui «il sistema delle impugnazioni di un dato ordinamento, anche se può corrispondere ad uno schema astratto precostituito, dipende prima di tutto dalla cultura di un popolo [e] da ragioni storiche»²⁴⁶. Da questo punto di vista, la radicale eterogeneità dell'esperienza italiana e di quella statunitense è oltremodo evidente. In particolare, tanto la diversa funzione rivestita dall'appello, quanto la diversa concezione della cosa giudicata penale finiscono per condizionare pesantemente la riflessione teorica, così che la prospettiva di una ricostruzione unitaria rimane possibile solo al prezzo di astrarre il dibattito giuridico dal substrato storico e dogmatico sul quale si fonda.

Peraltro, tali considerazioni non svalutano i rilievi critici mossi all'assetto simmetrico dell'appello nel nostro ordinamento, ma inducono ad apprezzarli nei loro sviluppi autonomi, nella consapevolezza che, se mai l'inappellabilità tornerà legge, parlerà (prevalentemente) italiano

²⁴⁴ Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280; Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26; Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34. Non si comprende come si possa ragionare in termini di parità delle parti se si afferma, come fa la Corte costituzionale, che i poteri di appello delle stesse hanno una diversa quotazione costituzionale. Nella giurisprudenza della Consulta è infatti consolidato l'indirizzo secondo cui l'appello costituisce uno sviluppo del diritto di difesa, ma non del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Come è stato sottolineato, solo un *revirement* sul tema dei rapporti tra impugnazioni e art. 112 Cost. consentirebbe di ritenere sproporzionato il sacrificio imposto alla parte pubblica, v. VICOLI, *op. cit.*, 263.

²⁴⁵ CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 841; ID., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, cit., 1903; LOZZI, *La riforma del sistema delle impugnazioni, per un processo penale dalla durata ragionevole*, cit., 200; GIARDA, *op. cit.*, 13-16.

²⁴⁶ ILLUMINATI, *op. cit.*, 113.

I RIMEDI PREVENTIVI A TUTELA DEI DIRITTI E DELLA DIGNITÀ DEL DETENUTO. PARALLELISMI TRA L'EVOLUZIONE NORMATIVA ITALIANA E QUELLA FRANCESE

di Franco Della Casa

Il ricorso per “indignité de la détention”, introdotto recentemente dal legislatore francese, si presta ad essere avvicinato al “reclamo giurisdizionale” previsto dall’art.35-bis ord.penit. Le due entità messe a raffronto sono riconducibili a provvedimenti legislativi che possono essere considerati la “filiazione” di altrettante pronunce della Corte europea, nelle quali è stato chiesto agli Stati interessati di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario e di introdurre nel loro ordinamento un ricorso “effettivo”, in grado di tutelare adeguatamente il detenuto nei confronti di una carcerazione lesiva dei suoi diritti. L’esistenza di questo comune denominatore si riflette sulla fisionomia dei due rimedi, offrendo l’occasione per esaminare in parallelo sia la configurazione del ricorso inerente alla détention indigne, sia taluni profili della regolamentazione del reclamo giurisdizionale.

SOMMARIO: 1. La Corte europea si ripete (dalla sentenza Torreggiani contro Italia alla sentenza J.M.B. contro Francia). – 2. La questione del “ricorso effettivo”: il reclamo ex art. 35-bis ord. penit. quale punto di arrivo di un lungo e travagliato percorso. – 2.1. Il rimedio francese del *référé - liberté*. 3. Dagli entusiasmi iniziali verso il *référé - liberté* al successivo disincanto. – 4. La genesi della legge «*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*». – 4.1. I contenuti. – 5. Il raggio di operatività del ricorso introdotto dal legislatore francese e quello del reclamo disciplinato dall’art.35-bis ord. penit. – 6. Una questione trascurata dall’art. 35-bis ord. penit.: la violazione dei diritti determinata dal sovraffollamento. – 7. I tempi richiesti per la risposta giudiziale e per la concreta attuazione dei suoi contenuti. – 8. Un bilancio conclusivo: la bilaterale inosservanza dei moniti della Corte europea in tema di “ricorso effettivo” e di sovraffollamento carcerario.

1. La Corte europea si ripete (dalla sentenza Torreggiani contro Italia alla sentenza J.M.B. contro Francia).

Nel 2013 è stato introdotto nel nostro ordinamento penitenziario l’art.35-bis, con il quale viene disciplinato il «reclamo giurisdizionale» a disposizione del detenuto che addebiti all’amministrazione – di regola, quella penitenziaria¹ – la violazione di un suo

¹ Per tutti, NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019, p.205, la quale richiama un passo della *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. 146/2013, dove si indica come autorità diversa dall’amministrazione penitenziaria quella regionale, a cui compete una competenza esclusiva nell’ambito sanitario.

diritto. A distanza di circa otto anni è entrata in vigore in Francia la l. 8 aprile 2021, n. 403 («*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*»), che attira l'interesse dell'osservatore italiano non solo per l'affinità dei suoi contenuti con quelli dell'art. 35-bis ord. penit., ma anche per l'identità del percorso che è stato alla base della sua genesi.

A quest'ultimo proposito, per chiarire meglio i contorni del raffronto, può essere opportuno ricordare anzitutto i vincolanti impegni che lo Stato italiano si è trovato a dovere assumere in seguito alla sentenza pilota Torreggiani contro Italia (8 gennaio 2013)², con la quale è stato condannato per due diversi ordini di ragioni. In primo luogo, per il persistente sovraffollamento carcerario, di dimensioni tali da essere all'origine di una diffusa detenzione contraria alla dignità della persona reclusa; secondariamente, per la mancanza di un ricorso "effettivo", utilizzabile dal detenuto sia per fare cessare la violazione di un suo diritto, sia per ottenere un indennizzo quale corrispettivo della degradata carcerazione subita. Se ci si concentra sul monito del giudice europeo circa l'assenza di idonei strumenti di reazione e di compensazione inerenti a condotte lesive dell'amministrazione penitenziaria, si può pervenire alla pacifica conclusione che gli artt.35-bis e 35-ter ord. penit. – introdotti, rispettivamente, dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (conv. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10) e dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (conv. dalla l. 11 agosto 2014, n. 117) – hanno come loro incontestabile progenitrice la già ricordata sentenza-pilota pronunciata nel 2013 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito: Corte Edu)³.

Questa breve ricapitolazione è opportuna per evidenziare le analogie tra il retroterra degli artt.35-bis e 35-ter ord. penit. e quello della *lois* n. 403 del 2021, con la quale si è intervenuti sul *Code de procédure pénale* introducendo, da un lato, l'art. 803-8 e modificando, dall'altro, il 2° co. dell'art.144-1 nonché il § III dell'art. 707⁴. Nel 2020, infatti, nel caso J.M.B. contro Francia⁵, anche quest'ultima è stata condannata dalla Corte Edu, sulla base degli stessi addebiti mossi al nostro Paese con la sentenza Torreggiani: vale a dire sia per i «*problèmes structurels et de la surpopulation persistante qui touchent les prisons françaises*», in violazione dell'art. 3 Cedu⁶, sia per la mancata previsione, in capo al detenuto, di un ricorso effettivo⁷ - come prescritto dall'art.13 Cedu - idoneo a

² Per una sintesi degli interventi del legislatore riconducibili alla sentenza-pilota del 2013, v., tra i molti, DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2013.

³ Sulle ricadute delle sentenze di condanna della Corte Edu a livello nazionale, cfr. ANAGNOSTOU-SKLEPARIS, *Human Rights in European Prisons: Can the Implementation of Strasbourg Court Judgments Influence Penitentiary Reform Domestically?* in *Europe in Prison*, a cura di Daems-Robert, Londra, 2017, p. 37 ss.

⁴ Alla legge ha fatto seguito, come normativa di attuazione, il *Décret n° 2021-1194 du 15 septembre 2021 relatif au recours prévu à l'article 803-8 du code de procédure pénale et visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*.

⁵ J.M.B.e altri contro Francia, 30 gennaio 2020. Per un primo commento, RENUCCI, *L'affaire J.M.B. et autre contre France: une condamnation retentissante*, in *Dalloz*, 2020, p. 753; LAURENT, *J.M.B et autres contre France : surpopulation carcérale et absence de recours effectif*, in *actu.dalloz-etudiant.fr*, 24 aprile 2020 ;

⁶ Per una messa fuoco a largo raggio degli effetti del sovraffollamento nelle carceri francesi, cfr. Controleur général des lieux de privation de liberté, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, Parigi, 2018.

⁷ Con riferimento alla sentenza J.M.B. contro Francia è stato scritto che «*l'aspect le plus frappant de l'arrêt [...]*

scongiurare una violazione della sua dignità o ad impedire che essa si protragga nel tempo⁸.

A differenza della scelta operata in occasione della sentenza Torreggiani, in questo caso la Corte Edu non ha però optato per una sentenza pilota in senso stretto⁹. I commentatori l'hanno fatta rientrare nella categoria delle sentenze "quasi pilota"¹⁰, soprattutto in considerazione dei vincoli meno tassativi che sono stati posti a carico dello Stato condannato e della mancata fissazione di un termine di ottemperanza per consentire un controllo a *posteriori* da parte del giudice europeo. Si è trattato di una scelta verosimilmente determinata dal fatto, che a differenza di quanto verificatosi nella vicenda italiana, caratterizzata dalla presenza di diverse centinaia di ricorsi, la Corte Edu si è trovata a dovere decidere su un numero limitato di denunce aventi il medesimo oggetto¹¹, con conseguente esclusione del rischio di essere per troppo tempo assorbita dalla trattazione degli stessi in assenza di un loro "congelamento".

repose sur la condamnation de la France pour violation de l'article 13 Cedh»: in questi termini, SCHMITZ, La Cedh, le juge du référé-liberté et l'architecture de l'exécution des peines privatives de liberté, in www.revuedlf.com, chron. n° 46, 31 gennaio 2020.

⁸ La diversa questione del rimedio compensativo di cui il detenuto francese può disporre per ottenere dall'amministrazione penitenziaria la riparazione del danno subito per colpa (*faute*) di quest'ultima durante la sua permanenza in carcere è stata specificamente affrontata dalla Corte europea in una decisione di poco successiva alla sentenza J.M.B. contro Francia (cfr. Corte Edu, 19 novembre 2020, Barbotin contro Francia). Nel caso sottoposto all'esame della Corte il ricorrente, dimesso per fine pena dal carcere di Caen, ha denunciato di essere rimasto in tale struttura per quattro mesi in una cella di 16 m.q. insieme ad altri quattro detenuti: in una situazione lesiva della sua dignità (art. 3 Cedu), rispetto alla quale difettava, a suo avviso, un ricorso idoneo a consentirgli una adeguata riparazione pecuniaria. La Corte Edu, dopo avere ricordato che tra il 2012 e il 2018 le somme riconosciute dai tribunali amministrativi hanno oscillato tra i 50 e i 200 € per ogni mese di detenzione *indigne*, ha basato la sua pronuncia sulla distinzione tra l'effettività «*en droit*» e quella «*en pratique*», stabilendo che, sotto questo secondo profilo, il rimedio non era stato effettivo, tenuto conto dell'irrisorio ammontare della somma riconosciuta al detenuto, risultato, alla resa dei conti, addirittura debitore verso lo Stato per via di talune spese processuali poste a suo carico. Per un commento alla sentenza Barbotin contro Francia, cfr. ROETS, *Indemnisation de conditions de détention attentatoires à la dignité humaine : le juge administratif stigmatisé pour sa pingrerie*, in *Revue de science criminelle*, 2021, n° 1, p. 173 ss.; MOUCHETTE, *Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention: vraie avancée ou impasse contentieuse ?*, in *Europe des droits & libertés*, 2021, n°3, p. 118 ss. Per quanto riguarda l'entità della riparazione pecuniaria da garantire al detenuto vittima di una carcerazione lesiva della sua dignità, la situazione è ora mutata in seguito ad una innovativa decisione del Consiglio di Stato (CE, 3 dicembre 2018, n° 412010), nella quale tale organismo, dopo avere premesso che la misura dell'indennizzo deve aumentare man mano che aumenta la permanenza in una situazione detentiva particolarmente deteriorata, ha indicato il relativo ammontare in 200 € al mese per il primo anno, 300 € per il secondo e 450 € per gli anni successivi.

⁹ Su tale categoria di pronunce v., tra gli altri, GLAS, *The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice*, in *Netherland Quarterly of Human Rights*, 2016, p.41 ss.; PALOMBINO, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 93 ss.

¹⁰ CÉRÉ, *Surpopulation carcérale: l'arrêt «quasi pilote» de la CEDH*, in *Actualité juridique pénal*, 2020, n° 2, p. 122. Circa i connotati delle sentenze quasi-pilota, cfr. KURBAN, *Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations*, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 737 ss. .

¹¹ L'intervento della Corte Edu è stato sollecitato dai ricorsi di 32 detenuti, ristretti prevalentemente in istituti dei territori d'oltremare (Martinica, Polinesia francese, Guadalupa).

2. La questione del “ricorso effettivo”: il reclamo ex art. 35-bis ord.penit. quale punto di arrivo di un lungo e travagliato percorso.

Dato atto di questa differenza, può essere interessante appurare per quali ragioni i detenuti italiani, con la sentenza Torreggiani, e quelli francesi, con la sentenza J.M.B., siano stati ritenuti dalla Corte Edu sprovvisti di un ricorso effettivo, vale a dire di uno strumento idoneo a garantirgli una efficace tutela nei confronti di illegittime condotte od omissioni, addebitabili all’operato delle autorità amministrative preposte all’esecuzione della sentenza di condanna.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento penitenziario, sono ben noti i numerosi tentativi effettuati in un recente passato per ovviare all’impotenza del magistrato di sorveglianza, le cui decisioni, fuori dalle ipotesi in cui fossero condivise dall’amministrazione penitenziaria, non trovavano esecuzione¹². L’art. 35 ord. penit. ha costituito l’emblema dell’azione di pura facciata svolta dal giudice deputato per legge a controllare la conformità dell’operato dell’amministrazione penitenziaria alle disposizioni che attribuivano al detenuto un diritto il cui esercizio non fosse incompatibile con il suo *status*. È significativo che nel 2001 la Corte di cassazione, riferendosi alle decisioni del magistrato di sorveglianza assunte ai sensi dell’art.35 ord. penit., non solo abbia escluso l’ammissibilità di un ricorso per cassazione nei loro confronti, ma le abbia connotate come «prive di [...] forza giuridica cogente»¹³. D’altronde anche la Corte Edu, nella sentenza Torreggiani, ha espressamente escluso che il reclamo ex art. 35 ord. penit. potesse essere ricondotto nell’alveo di quel «ricorso effettivo» a cui fa riferimento l’art. 13 Cedu¹⁴.

La retrospettiva non sarebbe tuttavia completa se non si ricordasse che in seguito alla combinazione di due pronunce rese, rispettivamente, dalla Corte costituzionale (sentenza 26/1999) e dalla Corte di cassazione a sezioni unite (S.U. 25079/2003, ric. Gianni), il reclamo ex art. 35 ord. penit. è passato in secondo piano. Si è affermato infatti l’orientamento giurisprudenziale secondo cui, denunciando il detenuto la violazione di un suo diritto soggettivo da parte dell’amministrazione penitenziaria, il magistrato di sorveglianza doveva decidere con le forme e con le garanzie della procedura giurisdizionale prevista dall’art.14-ter ord. penit.¹⁵. Tuttavia, non ostante il superamento della procedura *de plano* prevista dall’art.35 ord. penit., la sostanza non è cambiata¹⁶, in

¹² Tra i molti, VERRINA, *I poteri di azione del detenuto e le forme di esercizio della giurisdizione* (Incontro di studi organizzato dal CSM nei giorni 19 e 20 novembre 2012), in astra.csm.it/incontri/relaz/25182.pdf; v. anche TALINI, *Il diritto “all’effettività dei diritti”: quali forma di tutela per le persone private della libertà?*, in *Diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di Ruotolo e Talini, Napoli, 2017, p. 431ss.

¹³ Cass., 7 marzo 2001, Paoletto, in *C.e.d.*, n. 218821

¹⁴ Cfr. Torreggiani contro Italia, § 55 nonché § 96 ss.

¹⁵ In questi termini, tra le altre, Cass., 25 settembre 2013, Romano, in *C.e.d.*, n. 257254; conf. Cass., 24 ottobre 2007, Musumeci, *ivi*, n. 238841.

¹⁶ Per un esempio della persistente impotenza del magistrato di sorveglianza può essere ricordata la sent. cost. 7 giugno 2013, n.135, con cui è stato deciso un conflitto di attribuzione tra il ministro della giustizia e il magistrato di sorveglianza di Roma, promosso da quest’ultimo di fronte alla constatazione che una sua

quanto anche le ordinanze emesse in conformità all'indicazione delle Sezioni unite sono risultate prive della forza necessaria per imporsi ad un nolente apparato amministrativo. Per superare questa grave carenza è stato necessario attendere l'introduzione dell'art. 35-bis ad opera del già ricordato d.l. 146/2013¹⁷.

2.1. Il rimedio francese del *référé-liberté*.

Se si ritorna ora alla situazione francese, emergono chiaramente le analogie con il percorso che portato nel nostro Paese, prima alla sentenza Torreggiani del 2013 e, dopo circa un anno, all'introduzione dell'art.35-bis nella legge penitenziaria.

Anziché risalire indietro nel tempo – un tempo caratterizzato dal prevalere della paralizzante teoria delle *mesures d'ordre intérieur*¹⁸ – e sorvolando sul ricorso per *excès de pouvoir*, poco utilizzato dai detenuti per la sua eccessiva durata, talvolta addirittura pluriennale¹⁹, ci si vuole concentrare sullo strumento del *référé-liberté* (in seguito: *R-L*), disciplinato dall'art. L 521-2 del *Code de justice administratif* (in seguito: *CJA*). La scelta di focalizzare l'attenzione sullo strumento del *R-L* è giustificata dal fatto che, negli anni recenti, di esso si sono serviti nella maggiore parte dei casi i detenuti per denunciare una condotta dell'amministrazione penitenziaria lesiva dei loro diritti, compreso quello di espiare la pena detentiva in conformità al canone della dignità umana, garantito anche nell'ordinamento interno, dall'art. 22 della *lois pénitentiaire*²⁰.

In estrema sintesi, i presupposti stabiliti dall'art. L 521-2 *CJA* sono i seguenti²¹: il ricorso è ammissibile se sussiste una situazione di urgenza; l'intervento del giudice presuppone la sua idoneità a contrastare la lesione di una «*liberté fondamentale*»; il pregiudizio derivante dalla condotta dell'amministrazione penitenziaria deve essere «*grave et manifestement illégale*»; per farlo cessare, il giudice può ricorrere ad un'ingiunzione di vario tipo – «*toute mesure utile*» – non essendo prevista nella legge

ordinanza prescrittiva di un *facere* in capo all'amministrazione penitenziaria non trovava esecuzione. Per un commento a questa sentenza, nella quale il giudice delle leggi ha ribadito il carattere vincolante delle decisioni del magistrato di sorveglianza, cfr. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2084.

¹⁷ L'introduzione dell'art. 35-bis ord.penit. non ha comportato un totale tramonto del reclamo ex art.14-ter ord. penit., in quanto esso si applica tuttora nei confronti del provvedimento che instaura o proroga il regime di sorveglianza particolare e nei confronti di quello che dispone limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica, nonché nella ricezione della stampa.

¹⁸ Si tratta di una categoria di creazione giurisprudenziale, rifacendosi alla quale il giudice amministrativo ha ritenuto di non avere giurisdizione relativamente ad una molteplicità di atti da considerarsi *interna corporis* dell'amministrazione penitenziaria: ad esempio, nel 1984 il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso contro il provvedimento di assegnazione di un detenuto ad un «*quartier de plus grande sécurité*» (Conseil d'Etat, 27 gennaio 1984, Caillol, n° 31985). Sul tema, v., tra i molti, BOUJOU, *Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2005, n° 3, p. 597 ss.; GUYOMAR, *La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif*, in *Actualité juridique droit administratif*, 2009, p. 413 ss.

¹⁹ FERRAN, *La personne détenue encore à la recherche de son juge en France*, in *Déviance et Société*, 2014, 4, p.485.

²⁰ Ci si riferisce alla l. 24 novembre 2009, n.1436, nel cui art. 22 è previsto che «*l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits*».

²¹ Sui connotati del ricorso, HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, 2ª ed., Parigi, 2012, p. 1025 ss. e p.1029 ss.

alcuna limitazione relativamente a questo profilo; il ricorso può essere formulato non solo quando il pregiudizio è in atto, ma anche quando esiste il rischio che esso si concretizzi.

Dal punto di vista processuale, occorre precisare che il giudice chiamato a decidere è quello amministrativo, circostanza, questa, che se suona singolare rispetto alla scelta del legislatore penitenziario italiano, va esente, come ha sottolineato più volte la Corte Edu²², da qualsiasi appunto critico. L'ordinanza decisoria del *Tribunal administratif*, di regola in composizione monocratica²³, è resa in udienza nel contraddittorio delle parti e deve intervenire entro 48 ore dalla presentazione del ricorso, prescrizione, questa, alla base della definizione del giudice del *référé* come «*juge du temps court*»²⁴. Va infine tenuto presente che: l'ordinanza del *Tribunal administratif* è un provvedimento allo stato degli atti, potendo venire modificata se sopraggiungono nuovi elementi (art. L 521-4 CJA); essa è immediatamente esecutiva (art. R 522-13 CJA); nei suoi confronti è proponibile appello al Consiglio di Stato entro 15 giorni dalla notificazione della decisione del giudice di primo grado (art. L 523-1 CJA).

Alla luce di queste precisazioni, non possono sfuggire talune affinità tra la configurazione del R-L e quella del «reclamo giurisdizionale» di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., introdotto dal legislatore del 2013 per andare incontro alle richieste della Corte Edu circa la necessità di mettere a disposizione dei detenuti un rimedio effettivo, idoneo a scongiurare la lesione o il rischio di lesione dei loro diritti.

Certo, le differenze non mancano, ma, invece di procedere ad una particolareggiata sinossi, è preferibile limitarsi a sottolineare quelle più macroscopiche, che possono essere ridotte a tre. Anzitutto, mentre a proposito del magistrato di sorveglianza è lecito parlare, sia pure impropriamente, di un giudice “specializzato” – nel senso che il nucleo delle sue attribuzioni è costituito da materie strettamente attinenti, di regola, all'esecuzione della pena detentiva – il giudice del *référé* è quello amministrativo, che si occupa di una molteplicità di materie ed è, quindi, meno “preparato” del giudice italiano²⁵. Secondariamente, il *Tribunal administratif* deve decidere entro 48 ore decorrenti dal momento in cui è investito del ricorso, mentre nessun termine è stabilito per il magistrato di sorveglianza. È vero che il termine di 48 ore di cui all'art. L 521-2 CJA può essere superato senza che si verifichi alcun vizio di carattere processuale, ma è vero anche che si è in presenza di una chiara sollecitazione del legislatore a decidere in tempi brevi, della quale il giudice del *référé* non può non tenere conto, come si ricava da un rilevamento statistico da cui risulta che il tempo medio entro il quale viene pronunciata l'ordinanza decisoria è di 5 giorni²⁶.

²² Ad esempio, Corte Edu, 13 dicembre 2012, De Souza Ribeiro c. Francia, § 92 ; Corte Edu, 15 maggio 2015, Hirtu e altri c. Francia, §§ 87 et 89.

²³ HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, cit., p. 1024, la quale precisa che può decidere un collegio composto da tre membri, quando la materia del ricorso è particolarmente complessa.

²⁴ LE BOT, *Le référé-liberté est-il victime de son succès?* in *Actualité juridique droit administratif*, 2000, p. 1837 ss.

²⁵ Per la sottolineatura, in chiave critica, di questo connotato, cfr. SENNA, *Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire: un pas en avant, un pas en arrière*, in *Gazette du palais*, 2017, n° 35 p. 26, che auspica la competenza di un giudice specializzato, sulla falsariga di quanto avviene in Spagna e in Italia.

²⁶ Per questo dato, cfr. MAGNON, *L'accès aux juge administratif des libertés: l'exemple du référé-liberté*, in

La terza differenza è quella che forse interessa maggiormente l'osservatore italiano: si vuole alludere al fatto, che mentre il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. può essere presentato solo dal diretto interessato o dal suo difensore di fiducia²⁷, il ricorso *sub specie* di R-L può essere proposto anche da una molteplicità di associazioni in grado di vantare un interesse – certificato dal loro statuto²⁸ o anche di fatto, in relazione ad una specifica situazione detentiva²⁹ – nei confronti di una determinata realtà carceraria. Tra queste varie associazioni ha assunto un particolare rilievo l'*Observatoire international des prisons-section Française* (in seguito: OIP-SF) che, a partire dal secondo decennio degli anni duemila, è stato via via più presente nello scenario dei procedimenti di *référé* inerenti alle tematiche penitenziarie sia nella veste di promotore dei ricorsi, sia in quella di interventore adesivo riguardo a ricorsi promossi dai diretti interessati. Non occorrono molte parole per sostenere che gli spazi di iniziativa processuale consentiti agli organismi ai quali ci si sta riferendo fanno aumentare le probabilità di un buon esito del ricorso: basti pensare, in particolare, alla presenza di un difensore specializzato nella trattazione delle tematiche penitenziarie e, di riflesso, ad una migliore conoscenza dei meccanismi del procedimento, nonché – e soprattutto – alla capacità di acquisire una documentazione e, più in generale, un materiale probatorio in grado di incidere in modo appropriato sul convincimento del giudice³⁰. Nel nostro Paese, come si è detto, non esiste nulla di simile, anche se non mancano organismi – si pensi *in primis* all'associazione Antigone – che potrebbero svolgere un ruolo analogo a quello svolto in Francia dall'OIP-SF.

3. Dagli entusiasmi iniziali verso il *référé-liberté* al successivo disincanto.

Se ci si limitasse alle precedenti osservazioni incentrate su un sintetico raffronto tra lo strumento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. e il R-L, si potrebbe essere portati a dubitare che il ricorso disciplinato dall'art. L 521-2 CJA sia da considerare un rimedio ineffettivo, come ha ritenuto, invece, la Corte Edu affrontando il caso J.M.B. contro Francia.

Però sinora non è stata presa in considerazione la faccia oscura della luna. Si vuole dire che dopo gli entusiasmi iniziali, determinati da taluni successi ottenuti grazie

publications.ut-capitole.fr/13839, p. 6.

²⁷ K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 171 s.

²⁸ Si possono citare, tra gli altri, il Syndicat de la magistrature, il Syndicat des avocats de France, l'Association avocats pour la défense des droits des détenus.

²⁹ Cfr. Conseil d'Etat, 30 luglio 2015, n° 392043, in cui è stato ammesso l'intervento nel processo dell'*ordre des avocats au barreau près la cour d'appel de Nîmes*, in quanto i suoi aderenti esercitavano le loro funzioni anche relativamente a detenuti ristretti nel carcere di Nîmes, sulle cui carenze il giudice era chiamato a decidere.

³⁰ Fondamentali risultano le relazioni del *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, creato con la l. 30 ottobre 2007, n°1545. Ai sensi dell'art. 2, tale organismo è tenuto a verificare «les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux».

all'utilizzo del *R-L* da parte dell'*OIP-SF*³¹, sono state individuate forti criticità che hanno portato a dubitare dell'incisività di tale strumento ben prima che la Corte Edu proclamasse l'assenza nell'ordinamento penitenziario francese di un ricorso effettivo. Ci si sta riferendo ad una lunga fase crepuscolare, inaugurata e consolidata da due pronunce del Consiglio di Stato intervenute, rispettivamente, nel 2015³² e nel 2017³³. Particolarmente degna di nota è la seconda, nella quale sono stati fissati taluni limiti che saranno ribaditi dalla giurisprudenza successiva, e che hanno circoscritto fortemente l'efficacia del *R-L*. Occupandosi di un ricorso promosso dall'*OIP-SF* per denunciare, con un dettagliato elenco delle carenze, le disumane condizioni in cui versavano i detenuti del carcere di Fresnes, il Consiglio di Stato ha affermato, in primo luogo, che il giudice del *référé* non può imporre misure di carattere strutturale, implicanti cioè interventi di notevole ampiezza³⁴ – si pensi, per esempio, alla rimozione dell'umidità trasudante dalle pareti di un gran numero di celle – ma, facendogli in tal modo guadagnare l'etichetta di *juge du superficiel*³⁵, deve circoscrivere il suo raggio di azione a quelle situazioni che possono essere superate con un intervento di portata circoscritta, come nel caso di una asfaltatura del cortile di passeggio per coprire i buchi da cui fuoriescono i topi³⁶. In secondo luogo, si è precisato che il giudice amministrativo, nell'impartire le sue ingiunzioni, non può non tenere in debito conto l'entità delle risorse di cui dispone la direzione del carcere alla quale le medesime sono dirette, così come non può trascurare i passi in avanti da essa compiuti per porre rimedio ad una determinata criticità denunciata dal ricorrente³⁷.

Non solo. Nel succitato provvedimento del 2017 il Consiglio di Stato ha smorzato anche le attese espresse nel suo ricorso dall'*OIP-SF* che, per porre rimedio ad una non sporadica *lenteur* dell'apparto amministrativo, suscettibile in molti casi di vanificare l'efficacia dell'intervento del giudice, ha invocato un suo controllo sulla corretta esecuzione delle ingiunzioni contenute nell'ordinanza emessa. A questo proposito l'organo di vertice della giustizia amministrativa ha puntualizzato che tale controllo non è di sua competenza: nel caso di inerzia dell'organismo tenuto ad eseguire l'ingiunzione,

³¹ Cfr., in particolare, l'ordinanza del Tribunale amministrativo di Marsiglia (13 dicembre 2012, n° 1208103), nella quale si è ordinato all'amministrazione penitenziaria di assumere iniziative idonee a migliorare le condizioni detentive del locale carcere di Les Baumettes: soprattutto con riferimento agli spazi nelle celle, alla pulizia, alla distribuzione di pasti caldi. La decisione è stata confermata, in appello, dal Consiglio di Stato (ordinanza CE, 22 dicembre 2012, n°364584), che ha imposto anche la derattizzazione e l'eliminazione degli insetti nocivi dalle celle.

³² Conseil d'Etat 30 luglio 2015, n. 392043, nella quale, con riferimento al carcere di Nîmes, viene, tra l'altro, considerato positivamente il fatto che, mentre da un'ispezione effettuata nel 2012 dormivano sui materassi collocati sul pavimento una quarantina di detenuti, nel 2015 tale situazione riguardava, *solo* dodici detenuti (§19).

³³ Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, n. 410677: per un commento, SENNA, *Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire, un pas en avant, un pas en arrière*, in *labase-lextenso.fr*, 17 ottobre 2017, n.35.

³⁴ Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, cit., § 8 e 11.

³⁵ In questi termini, SCHMITZ, *Dialogue des juges en matière de conditions de détention provisoire*, in *Actualité juridique droit administratif*, 2021, n.12, p.700.

³⁶ Tribunal administratif Melun, 6 ottobre 2016, n. 1608163, § 6.

³⁷ Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, cit., § 14. Nello stesso senso v. già Conseil d'Etat, 30 luglio 2015, cit., § 19.

il *requérant* deve avvalersi delle disposizioni relative all'esecuzione forzata di cui al libro IX del *Code de justice administratif* oppure chiedere al giudice che si è già pronunciato ulteriori ingiunzioni ed, eventualmente, un *astreinte*³⁸.

È soprattutto il connotato negativo evidenziato da ultimo che allontana la regolamentazione del R-L dall'art.35-*bis* ord. penit. Infatti, mentre il nostro legislatore ha stabilito nel co. 5° e seguenti di tale articolo che, in caso di mancata esecuzione del provvedimento inoppugnabile del magistrato di sorveglianza, possa essere avviato un apposito giudizio di ottemperanza, finalizzato a rendere esecutiva la sua pronuncia, niente di simile è accaduto nell'ordinamento francese: la disciplina del R-L è rimasta invariata, per cui rimane attuale il giudizio negativo formulato nei suoi confronti dalla Corte Edu.

4. La genesi della legge «*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*».

Una volta riconosciuto dalla Corte Edu che il R-L non costituiva un ricorso effettivo ai sensi dell'ar.13 Cedu, la Francia si è trovata, al pari dell'Italia dopo la sentenza Torreggiani, nella condizione di dovere intervenire con lo strumento legislativo. Anche se, come si è appena detto, sono trasparenti le analogie con il contesto in cui si è collocata la genesi dell'art. 35-*bis* ord. penit., va specificato che l'itinerario percorso per giungere, all'inizio del 2021, al varo della legge «*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*» è risultato assai più tortuoso.

È facile rendersene conto se si esaminano in successione le varie tappe che hanno preceduto l'intervento del legislatore francese, non senza premettere che la prima ricaduta della sentenza della Corte di Strasburgo ha riguardato non già la fase dell'esecuzione della pena, ma la detenzione lesiva della dignità umana cui si trova ad essere sottoposto l'imputato. Il complicato itinerario al quale si è alluso può essere così riassunto:

a) a circa sei mesi di distanza dalla pronuncia del giudice europeo, la *Chambre criminelle*, con un clamoroso ribaltamento della sua precedente giurisprudenza³⁹, ha ritenuto di doversi adeguare, a legislazione invariata, alla pronuncia della Corte Edu, formulando il principio secondo cui l'imputato che versi in una situazione detentiva *indigne* ha il

³⁸ Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, cit., § 16. Può valere la pena di ricordare che, stando alla versione riconducibile al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, nella lett. c) dell'art.35-*bis* co. 6° ord. penit. era stato attribuito al magistrato di sorveglianza il potere di imporre all'amministrazione il pagamento, a favore del detenuto, di una somma di denaro (non superiore a 100 €) per ogni giorno di inosservanza o di ritardo nell'esecuzione del provvedimento concernente il merito del reclamo. Attualmente questa previsione non figura nel testo dell'art.35-*bis* ord. penit., in quanto non recepita dalla l. 21 febbraio 2014, n.10, con la quale è stato convertito il decreto governativo.

³⁹ Cfr., per una pronuncia non molto lontana nel tempo nella quale ci si è ancora uniformati al consolidato orientamento secondo cui neppure le peggiori condizioni detentive riguardanti un imputato possono di per sé giustificare la sua scarcerazione, cfr. *Chambre crim.*, 18 settembre 2019, n° 83950, in *dalloz-actualite.fr*, con nota di AZOULAY, *Respect de la dignité en détention: une obligation souple*.

diritto di essere scarcerato, sia pure con la contemporanea imposizione di adeguate limitazioni della sua libertà personale⁴⁰;

b) contemporaneamente, la stessa *Chambre criminelle* ha chiesto al *Conseil constitutionnel* di scrutinare talune disposizioni del *Code de procédure pénale*, in particolare l'art. 144-1⁴¹ - relativo alle ipotesi di cessazione della custodia cautelare *intra moenia* - che in quel momento non prevedeva la scarcerazione dell'imputato per la sola ragione che costui si trovasse sottoposto ad una detenzione lesiva della sua dignità;

c) a sua volta, il giudice costituzionale ha dichiarato il contrasto del 2° co. dell'art.144-1 C. pr. pén. con i valori fondamentali dello Stato⁴²: anche se, facendosi carico dei gravi inconvenienti che il suo intervento demolitorio comportava, ha posticipato gli effetti della declaratoria al 1° marzo 2023, per dare tempo al legislatore di colmare la lacuna⁴³.

La polarizzazione dell'intera vicenda sulla carcerazione *indigne* degli imputati si giustifica alla luce del più marcato tasso di sovraffollamento riscontrabile nelle *maison d'arrêt*, nelle quali viene ristretta tale categoria di soggetti⁴⁴. Sono tuttavia lampanti le ragioni che spingono a non differenziare i detenuti in base alla loro posizione giuridica, quando ad essere in discussione è la dignità umana. Era quindi scontato che la questione relativa all'ipotesi di una carcerazione lesiva di tale sommo valore venisse nuovamente sollevata con specifico riferimento a quanti stanno espiando una pena detentiva, ed era altrettanto scontato che il *Conseil constitutionnel* non si discostasse – a poco più di sei mesi di distanza – dal suo precedente intervento del 2 ottobre 2020. Questa seconda pronuncia ha dichiarato incostituzionale il § III dell'art.707 C. pr. pén., in quanto, nel disciplinare le condizioni di accesso alle misure alternative (*mesures de aménagement de la peine*), non prendeva in considerazione l'ipotesi di un'eventuale concessione determinata dall'esigenza di sottrarre il condannato ad un'esecuzione della pena lesiva della sua dignità⁴⁵. Senonché, in questo caso l'intervento del giudice costituzionale è risultato privo di qualsiasi rilevanza pratica, essendo stato preceduto dall'entrata in vigore della

⁴⁰ Cfr. *Chambre crim.*, 8 luglio 2020, n. 81739, che fa riferimento sia agli obblighi, divieti e controlli previsti dall'art.138 C. pr. pén. (*contrôle judiciaire*), sia agli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica. Per un commento all'*arrêt*, v., tra gli altri, FRINCHABOY, *Vers l'effectivité du recours juridictionnel préventif en cas de conditions indignes de détention*, in *Actualité juridique pénal*, 2020, n.9, p. 404 ss.; ENGELLE, *Les nouvelles frontières de la détention provisoire*, in *dalloz-actualite.fr*, 9 ottobre 2020.

⁴¹ *Chambre crim.*, 8 luglio 2020, n° 81731, in *conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2020-858859-qpc-du-2-octobre-2020-decision-de-renvoi-cass-1*.

⁴² Premesso che non esiste nella Costituzione francese del 1958 alcun esplicito riferimento alla dignità della persona, il *Conseil constitutionnel* si è allineato ad una sua precedente presa di posizione (Cons. const., 27 luglio 1994, n° 94-343/344, § 2) e ha fondato la sua pronuncia sulla prima frase del Preambolo della Carta del 1946, dove si afferma che ogni essere umano, in quanto tale, è titolare di diritti «inalienabili e sacri».

⁴³ *Conseil constitutionnel*, 2 ottobre 2020, Geoffrey F. e altri, n° 858-59. Per un commento, FALXA, *La reconnaissance de l'absence de recours contre les conditions de détention contraires à la dignité humaine par le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2056 ; BOTTON, *L'exigence constitutionnelle d'un recours judiciaire aux conditions de détention*, in *Revue de science criminelle*, 2021, p. 475 ss.

⁴⁴ Dai dati statistici forniti dal *Ministère de la justice* emerge che alla fine di marzo del 2022 il tasso di sovraffollamento nelle *maisons d'arrêt* era pari al 139%.

⁴⁵ Cfr. *Conseil constitutionnel*, 16 aprile 2021, n° 898, per il cui commento si rinvia a GOETZ, *Conditions de détention indignes: une incostitutionnalité de plus*, in *dalloz-actualite.fr*, 28 aprile 2021.

più volte citata legge 8 aprile 2021, che ha modificato tra l'altro, il § III dell'art. 707 C. pr. pen.

4.1. I contenuti.

Se dalla ricostruzione della genesi della lois 403/2021 si passa all'analisi dei suoi contenuti, va segnalata anzitutto una positiva anomalia rispetto al passato, in quanto della tutela dei diritti del detenuto non è più chiamato ad occuparsi il giudice amministrativo, ma il «juge judiciaire». C'è un altro importante dato meritevole di essere sottolineato in via preliminare, cioè che il legislatore, nell'introdurre nel Code de procedure penale l'art.803-8, ha fatto salva la normativa concernente i référés, che erano stati considerati dalla Corte Edu uno strumento non conforme al disposto dell'art. 13 Cedu.

Il nuovo articolo, coniato per allineare l'ordinamento penitenziario francese alle indicazioni del giudice europeo, costituisce la colonna vertebrale del provvedimento legislativo di cui fa parte, e lo smarrimento che si potrebbe provare ricordando che gli articoli oggetto di scrutinio da parte del Conseil constitutionnel erano stati, da un lato, l'art. 144-1 C. pr. pén. e, dall'altro, l'art. 707 C. pr. pén. è facilmente superabile se si considera che entrambi operano attualmente un rinvio all'art. 803-8 C.pr.pén.

L'obiettivo dichiarato è quello di introdurre di uno strumento che consenta, sia nei confronti degli imputati che dei condannati, di porre termine a condizioni di detenzione tanto degradate da risultare «contrarie alla dignità dell'uomo». Se il ricorso – devoluto al juge des libertés et de la détention o al juge de l'application des peines, a seconda che provenga da un imputato o da un condannato – viene ritenuto ammissibile, vale a dire basato su lagnanze «circonstanciées, personnelles et actuelles», il giudice, che procede de plano, effettuata una breve istruttoria, comunica all'amministrazione penitenziaria i motivi che lo inducono a ritenere le richieste fondate e le assegna un termine non superiore a trenta giorni per adottare le misure idonee a rimuovere le criticità riscontrate. Fermo restando che l'amministrazione penitenziaria può ricorrere a «tout moyen», e che al giudice non è consentito contestare le sue scelte, nell'ultimo periodo del § I dell'art. 803-8 si fa espresso riferimento alla possibilità per l'amministrazione penitenziaria di trasferire in un altro istituto il detenuto che ha formulato il ricorso (previo nulla osta dell'autorità giudiziaria qualora si tratti di imputato). L'interessato può rifiutare il trasferimento, ma questa sua decisione – come ci si appresta a chiarire – non è priva di conseguenze.

La parte più significativa dell'articolo in esame è quella in cui vengono precisate le iniziative che il giudice – qualora ritenga inadeguate le misure adottate dall'amministrazione penitenziaria – può assumere: 1) ordinare il trasferimento in un altro istituto; 2) se si tratta di imputato, disporre che sia rimesso in libertà, sia pure con i vincoli derivanti dall'adozione di misure cautelari meno gravi rispetto alla custodia carceraria; 3) se si tratta di condannato, concedere una delle misure extramurarie di cui

al § III dell'art. 707 C.pr.pén.⁴⁶, sempre che sussistano i requisiti richiesti dalla legge per la concessione di quella determinata misura. Il ruolo centrale che l'art. 803-8 C. pr. pén. riserva all'amministrazione penitenziaria è accentuato dalla previsione che il giudice può astenersi dal provvedere quando il detenuto ha rifiutato il trasferimento da essa proposto. L'unica eccezione a questa regola riguarda l'ipotesi in cui, trattandosi di condannato, il rifiuto ha una particolare ragion d'essere, in quanto il trasferimento causerebbe un significativo allontanamento dal luogo di residenza della famiglia e, di riflesso, un sacrificio eccessivo del diritto al rispetto della sua vita personale e familiare⁴⁷.

Tanto nei confronti del provvedimento in tema di ammissibilità del ricorso, quanto nei confronti dell'ordinanza decisoria, emessa nel contraddittorio delle parti (il detenuto, da un lato, il pubblico ministero e l'amministrazione penitenziaria, dall'altro) è consentito l'appello⁴⁸, da proporre con un atto che va depositato entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento assunto dal giudice di primo grado. Con l'ulteriore precisazione che, qualora l'atto di appello del pubblico ministero venga depositato entro ventiquattro ore, l'esecuzione del provvedimento impugnato rimane sospesa.

5. Il raggio di operatività del ricorso introdotto dal legislatore francese e quello del reclamo disciplinato dall'art.35-bis ord. penit.

È il momento di procedere ad un esame critico dell'art.803-8 C. pr. pén, e ad un suo raffronto più ravvicinato con l'art. 35-bis ord. penit. Il primo dato che balza agli occhi è il ristretto ambito di operatività della disposizione codicistica, dal momento che il detenuto può utilizzare il rimedio da essa disciplinato *solo* quando ritiene violato il diritto di non subire una carcerazione lesiva della sua dignità. Anche se la sentenza J.M.B. contro Francia è stata originata dalla denuncia di una situazione di sovraffollamento, è pacifico che il detenuto può ricorrere al rimedio di cui all'art.803-8 C.pr.pén. anche quando la ferita alla sua dignità non dipenda dallo straripamento della popolazione detenuta, come, ad esempio, nell'ipotesi di perquisizioni corporali effettuate con modalità tali da umiliare il perquisito.

L'utilizzazione del rimedio in questione deve invece essere esclusa quando vi sia la lesione di un diritto del detenuto che contemporaneamente non vada a ledere la sua dignità, come quando venga ad essere violato il diritto al numero previsto di colloqui con i familiari o quello ad un'alimentazione conforme al suo credo religioso. In questi

⁴⁶ Le misure indicate nel § III dell'art. 707 C.pr.pén. sono le seguenti: semi-liberté, placement à l'extérieur, détention à domicile sous surveillance électronique, libération conditionnelle ou libération sous contrainte.

⁴⁷ Si tratta dell'unico motivo che può essere addotto, senza alcun pregiudizio, per rifiutare il trasferimento. Restano quindi escluse ragioni di altro tipo, come, ad esempio, l'interruzione di un corso scolastico o di un programma terapeutico.

⁴⁸ Davanti al presidente della chambre de l'instruction, se si tratta di imputato, oppure davanti al presidente della chambre de l'application des peines, se si tratta di condannato.

casi il detenuto francese ha a disposizione unicamente lo strumento del *R-L*, il quale tuttavia, come si è detto più volte, è stato considerato dalla Corte Edu un ricorso privo del connotato dell'effettività. Da questo punto di vista, ben più ampia è la copertura assicurata all'interessato dall'art. 35-*bis* ord. penit., il quale lo garantisce, senza alcuna ulteriore distinzione legata all'oggetto del reclamo, ogniqualvolta costui sia in grado di dimostrare un pregiudizio, attuale e grave, all'esercizio di un diritto riconosciutogli dalla legge del 1975 o dal relativo regolamento di esecuzione⁴⁹.

Sottolineata questa differenza, bisogna però aggiungere che, se si procede ad un confronto a tutto campo tra le due disposizioni, è individuabile un dato che potrebbe indurre ad assumere l'art. 803-8 *C. pr. pén.* come utile punto di riferimento. Ci si riferisce al fatto che l'articolo in esame attribuisce al giudice non solo il potere di trasferire in un altro carcere l'interessato sottoposto a una detenzione *indigne*, ma anche quello di farlo uscire dalla struttura in cui è ristretto, e di concedergli nel contempo una misura alternativa. Potere, questo, che non è invece riconosciuto al magistrato di sorveglianza dall'art. 35-*bis* ord. penit.

Qualora ci si uniformi all'orientamento di una parte della dottrina francese, alla previsione di un così incisivo intervento giudiziale bisogna tuttavia attribuire scarsa rilevanza⁵⁰. Infatti, secondo tale opinione critica non ci si deve arrestare alla lettera dell'art. 803-8, § II, co. 1° *C. pr. pén.*, il quale in effetti concede al giudice di scegliere tra il trasferimento sia del condannato che dell'imputato, la scarcerazione di quest'ultimo e la concessione di una misura alternativa al condannato. In realtà – si è argomentato – le opzioni che vengono offerte al giudice in alternativa al trasferimento sono tali solo sulla carta perché, da un lato, non è realistica l'ipotesi della sottrazione alla custodia carceraria di un imputato rispetto al quale il *juge des libertés et de la détention* ha ritenuto indispensabile applicare la più grave delle misure cautelari, dall'altro, sono assai pochi i condannati che, pur in possesso dei requisiti per essere collocati nella c.d. area penale esterna, vengono ciò non ostante trattenuti in carcere. Insomma, lo sbocco naturale del ricorso – ritenuto fondato – ex 803-8 *C. pr. pén.* è quello del trasferimento. Il quale peraltro, allorché sia stato “subito” (e non richiesto) dal detenuto, comporta di regola conseguenze molto negative, dal momento che costui non solo viene catapultato, come ultimo venuto, in un ambiente carcerario sconosciuto, ma deve non di rado rassegnarsi all'interruzione di un'attività lavorativa o istruttiva, nonché alla rinuncia ai colloqui con i familiari o alla loro effettuazione ad intervalli di tempo più dilatati.

6. Una questione trascurata dall'art. 35-*bis*. ord. penit.: la violazione dei diritti determinata dal sovraffollamento.

Alla luce delle precedenti considerazioni, quella parte della dottrina francese a cui ci si sta riferendo è pervenuta ad una suggestiva conclusione, articolata in due passaggi

⁴⁹ Sui presupposti del reclamo ex art.35-*bis* ord. penit., v., per tutti, NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p.56 ss.

⁵⁰ In questo senso, BONIS-PELTIER, *Commentaire de la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*, *www.lexis360.fr*, § 28-29.

argomentativi: se è vero – si è detto anzitutto – che il trasferimento è un evento ricco di conseguenze negative per il detenuto, deve presumersi che costui sarà restio ad utilizzare un ricorso così fortemente orientato verso tale epilogo⁵¹; ma allora – si è aggiunto – dato che lo strumento introdotto dal legislatore del 2021 è forgiato in modo tale da indurre l'interessato a rinunciare ad esso, viene a mancare il requisito dell'effettività richiesto dall'art.13 Cedu⁵².

Sottolineato che, a prescindere dalla sua condivisibilità, questa “geometrica” conclusione è strettamente collegata al modo in cui è configurato il ricorso di cui all'art. 803-8 C. pr. pén., resta sul tappeto, ai fini del nostro discorso, l'interrogativo concernente l'opportunità di una modifica dell'art. 35-bis ord. penit. che, sulla falsariga del testo redatto dal legislatore d'oltralpe, preveda anche l'ipotesi di una scarcerazione del condannato. L'interrogativo ha una sua ragion d'essere perché, quando si tratta di rispondere alla denuncia di un detenuto leso nei suoi diritti da una situazione di diffuso e conclamato sovraffollamento, anche il reclamo giurisdizionale disciplinato dalla legge penitenziaria presenta limiti analoghi a quelli lamentati dalla dottrina francese con riferimento all'art. 803-8 C. pr. pén. Infatti, l'art. 35-bis ord. penit., pur in presenza di un fondato reclamo da parte del detenuto “vittima” del sovraffollamento, non offre alcuna alternativa all'insoddisfacente opzione del trasferimento dell'interessato in una diversa cella o, più verosimilmente, in un diverso istituto di pena.

Questa inadeguatezza è stata denunciata da più voci dottrinali, concordi nel diagnosticare l'esistenza di una lacuna, e orientate a ritenere che proprio nel testo dell'art. 35-bis ord. penit. avrebbe dovuto, o dovrebbe, essere previsto il potere del magistrato di sorveglianza di scarcerare il condannato, dal cui reclamo si evinca che, a causa degli effetti del sovraffollamento carcerario, sta espiando una pena con connotati tali da risultare in contrasto con l'art. 3 Cedu⁵³. Per l'esattezza, non si è fatto riferimento ad una pura e semplice scarcerazione, ma – in conformità ad una soluzione prospettata a questo riguardo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 279 del 2013 – all'ammissione del condannato ad una nuova ipotesi di detenzione domiciliare che si aggiungerebbe a quelle già previste dalla legge penitenziaria. In questa sede non è consentito approfondire l'argomento, andando a verificare con maggiore attenzione se il meccanismo della scarcerazione – con contestuale concessione della detenzione domiciliare – sia pienamente compatibile con la struttura del reclamo di cui all'art.35-bis ord.penit. Preme piuttosto sottolineare che, se si desse seguito all'opinione dottrinale qui riportata, troverebbe attuazione, con tutti i distinguo del caso, un congegno assai simile a quello disciplinato dall'art. 803-8, § II, co.1°, n. 3 C.pr.pèn.: fermo restando che – analogamente a quanto prevede tale articolo, che autorizza la scarcerazione solo se

⁵¹ MOUCHETTE, *Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention*, cit., p. 124 ; FOUCART, *Un nouveau recours en trompe-l'œil devant le juge judiciaire*, in *Revue des droits de l'homme*, 2021(dicembre), § 16-17.

⁵² In questo senso, oltre agli autori citati nella nota precedente, ZEROUKI-COTTIN, *L'indignité des conditions de détention ou les ressources infinies du contrôle de conventionnalité*, in *Revue de science criminelle*, 2021, p. 524.

⁵³ In tal senso, DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 7 gennaio 2014, p. 6; NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 243; MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di Fiorentin, Torino, 2019, p. 318.

ricorrono i presupposti stabiliti per la singola misura extramuraria – il legislatore italiano dovrebbe specificare i requisiti idonei a consentire una selezione dei condannati potenzialmente in grado di vedere convertita la loro reclusione in detenzione domiciliare.

Per completare il discorso su questo punto, può valere la pena di ritornare su una delle più severe critiche formulate dalla dottrina francese, vale a dire quella relativa all'effetto dissuasivo del ricorso *ex art. art. 803-8 C. pr. pén.*: dissuasività da cogliere nell'inerzia “coatta” del potenziale *requérant*, timoroso di subire il trasferimento in un carcere qualsiasi del territorio nazionale. È pacifico che l'ipotizzata nuova formulazione dell'art. 35-*bis* ord. penit. implicherebbe, al contrario, un ridimensionamento del denunciato effetto dissuasivo. Infatti, nell'ipotesi di un reclamo basato sulla violazione di diritti riconducibile al sovraffollamento, il magistrato di sorveglianza potrebbe decidere, in alternativa al trasferimento, di sostituire la pena detentiva con una misura *extra moenia*, la quale limiterebbe, ma non confiscerebbe, la libertà personale del reclamante.

7. I tempi richiesti per la risposta giudiziale e per la concreta attuazione dei suoi contenuti.

Anche se è stato affrontato sotto più profili il paragone tra l'art.803-8 C. pr. pén. e l'art. 35-*bis* ord. penit., non ci si è ancora soffermati su un punto particolarmente importante, vale a dire quello dei “tempi di attesa” del detenuto che fondatamente lamenti di essere sottoposto ad una detenzione *indigne* o, per quanto concerne il versante italiano, del detenuto che, in seguito al suo reclamo, ottenga dal magistrato di sorveglianza un giudizio a lui favorevole circa l'esistenza di un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti. Come è stato più volte sottolineato dalla Corte Edu⁵⁴, è evidente che, solo in presenza di un meccanismo in grado di assicurare una decisione rapida del giudice competente, e di garantire altresì, altrettanto velocemente, una puntuale esecuzione del provvedimento con cui è stata accolta la doglianza del detenuto, è lecito parlare di ricorso effettivo.

Se questa è la premessa, è lecito sostenere che nessuno dei due rimedi di cui si è sin qui trattato ha un assetto soddisfacente. Quanto all'art.803-8 C. pr. pén., se si calcola la somma risultante dal fittissimo reticolo di termini da esso previsti⁵⁵, e pur ipotizzando

⁵⁴ Tra le altre, Corte Edu, 10 gennaio 2012, Ananyev e altri contro Russia, § 93-98; Corte Edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia, § 97; Corte Edu, 27 gennaio 2015, Neshkov e altri contro Bulgaria, § 177-191.

⁵⁵ Basti considerare che: a) entro 10 giorni, decorrenti dal deposito del ricorso nella cancelleria, il giudice deve pronunciarsi sulla sua ammissibilità; b) entro 10 giorni dalla notificazione del provvedimento sull'ammissibilità, il detenuto o, a seconda dei casi, il pubblico ministero sono legittimati a proporre appello; c) in un termine compreso tra 3 e 10 giorni, decorrenti dalla pronuncia del provvedimento con cui il ricorso è stato dichiarato ammissibile, il giudice compie o fa compiere le necessarie verifiche circa l'esistenza delle violazioni denunciate nel ricorso e acquisisce le relative osservazioni dell'amministrazione penitenziaria; d) entro 10 giorni, che hanno il medesimo *dies a quo* indicato alle lettere a), il giudice comunica all'amministrazione penitenziaria i motivi che lo inducono a ritenere la detenzione subita dal ricorrente

che non vi sia stato appello né avverso il provvedimento giudiziale circa l'ammissibilità del ricorso, né nei confronti della pronuncia finale sul merito emessa dal giudice di primo grado, si perviene ad un totale di cinquanta giorni, ritenuto dai commentatori troppo lungo⁵⁶.

Oltre alla critica già riportata in precedenza, vale a dire al lamentato effetto dissuasivo del ricorso *ex art. 803-8 C. pr. pén.*, la dottrina francese ha pertanto denunciato l'eccessiva durata del procedimento disciplinato da tale articolo – durata suscettibile di rendere inutile, perché tardivo, il provvedimento giudiziale favorevole al detenuto – e ha concluso che, anche sotto questo profilo, il rimedio introdotto dal legislatore non può dirsi effettivo⁵⁷. Può essere opportuno chiarire, comunque, che nel caso del ricorso *ex art. 803-8 C. pr. pén.* il problema dei tempi è solo quello relativo all'attesa della pronuncia giudiziale, e non anche quello concernente la più o meno tempestiva messa in esecuzione di tale pronuncia. Ciò è vero sia nel caso in cui il giudice opti per la scarcerazione dell'imputato o del condannato, sia nell'ipotesi in cui ordini il trasferimento del medesimo in un altro carcere, essendo improbabile una “resistenza” dell'amministrazione penitenziaria riguardo al provvedimento giudiziale.

Invece, nel caso del reclamo *ex art. 35-bis ord. penit.* la questione è più complessa. Un primo aspetto da evidenziare è quello relativo all'eccessiva articolazione del procedimento destinato a consentire la cristallizzazione dell'ordinanza decisoria del magistrato di sorveglianza. Non si sta criticando la scelta di non avere previsto una molteplicità di termini acceleratori rigidamente concatenati, in conformità all'architettura privilegiata dal legislatore francese. Anzi, da questo punto di vista, il giudizio deve essere positivo, in quanto – anche senza considerare altre variabili come, ad esempio, il carico di lavoro del singolo magistrato di sorveglianza – solo il giudice è in grado di valutare la complessità della questione sottoposta al suo esame, nonché di stabilire, alla luce delle condizioni esistenti in un determinato istituto di pena, quale sia il termine più congruo da fissare affinché venga «po[sto] rimedio» alle criticità riscontrate.

Il vero passo falso è un altro, vale a dire l'aver previsto un giudizio di merito articolato in due gradi, con in più il giudizio di legittimità: infatti si è stabilito che l'ordinanza decisoria, sia “appellabile” *ex art. 35-bis co. 4° ord. penit.* davanti al tribunale

lesiva della sua dignità e le assegna un termine, ricompreso tra 10 giorni e un mese, per eliminare le patologie riscontrate; e) entro 10 giorni da quando ha ricevuto il resoconto dell'amministrazione penitenziaria, se ritiene che le ragioni della detenzione *indigne* persistono, provvede direttamente, optando per una delle tre soluzioni di cui si è parlato nel testo (v. *supra*, § 4.1.); f) entro 10 giorni dalla notificazione del provvedimento decisorio il ricorrente e il pubblico ministero possono proporre appello al presidente della *Chambre de l'instruction*, se si tratta di imputato, oppure al presidente della *Chambre de l'application des peines* se, se si tratta di condannato.

⁵⁶ PERIER, *Détention e conditions indignes: création d'un recours (in)effectif*, in *Revue de science criminelle*, 2021, p. 472.

⁵⁷ GARNIERIE, *Conditions de vie en détention : la surpopulation carcérale impacte tout*, in *Gazette du Palais*, 29 giugno 2021, n° 24, p. 5, che riporta il parere del *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, secondo il quale ci si trova di fronte a «une procédure longue et dissuasive ne permettant pas de sanctionner de manière effective les conditions indignes de détention».

di sorveglianza, e che contro il provvedimento di quest'ultimo possa essere proposto ricorso per cassazione per violazione di legge⁵⁸. In tal modo, si sono create le premesse per un allungamento dei tempi, di cui il *vero beneficiario* non può che essere l'amministrazione penitenziaria risultata soccombente⁵⁹. Ma quello che si è appena visto è un inconveniente che, in sé e per sé, produce effetti negativi circoscritti. La valutazione dell'inciampo del legislatore diventa necessariamente più severa nel constatare che esso comporta un'ulteriore e grave conseguenza, consistente nella posticipazione del momento in cui il detenuto può promuovere il giudizio di ottemperanza, il quale se, da un lato, garantisce la "esecuzione forzata" del provvedimento a lui favorevole, dall'altro, non può essere iniziato prima che il provvedimento del magistrato di sorveglianza non sia più «soggetto ad impugnazione» (art. 35-bis co. 5° ord. penit.)⁶⁰.

Insomma, a causa della perseveranza della controparte, il risultato concreto a cui aspira il detenuto reclamante può farsi attendere per un lungo periodo di tempo. Non stupisce, pertanto, che la stessa critica che i commentatori francesi hanno formulato con riferimento all'eccessiva durata del procedimento *ex art. 803-8 C.pr.pén.*, sia stata espressa – e a maggior ragione – nei confronti dell'art. 35-bis ord. penit. da una parte della dottrina italiana, secondo la quale il reclamo giurisdizionale dal medesimo disciplinato non può essere considerato un rimedio effettivo⁶¹.

8. Un bilancio conclusivo: la bilaterale inosservanza dei moniti della Corte europea in tema di "ricorso effettivo" e di sovraffollamento carcerario.

⁵⁸ Nel testo del d.l. 146/2013 era previsto che nei confronti dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza fosse consentito solo il ricorso per cassazione per violazione di legge. La possibilità di devolvere tale provvedimento anche all'esame del tribunale di sorveglianza è stata introdotta dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati in sede di conversione del decreto-legge (cfr. il testo approvato il 3 febbraio 2014, in *Atti Camera*. XVII legislatura, stamp. 1921-A/R) ed è stata recepita dalla l. 10/2014. Per una critica a tale scelta, v., tra gli altri, BORTOLATO, *sub art.35-bis ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa-Giostra, 6ª ed., Padova, 2019, p. 476; NATALI, *sub art. 35-bis ord. penit.*, in *L'esecuzione penale*, a cura di Fiorentin-Siracusano, Milano, 2019, p.465. Sempre in tema di impugnazione dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza, va ricordato che la "Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario", istituita con d.m. 19 luglio 2017 (Commissione Giostra), aveva proposto di abrogare il co. 4-bis dell'art. 35-bis ord. penit. e, in compenso, di consentire il ricorso per cassazione per tutti i motivi previsti dall'art.606 c.p.p. (per il testo licenziato da tale Commissione, cfr. *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018).

⁵⁹ Per una sottolineatura, tra gli altri, VICOLI, *La fase d'impugnazione*, in *La tutela preventiva*, cit., p. 277.

⁶⁰ La consapevolezza di questa grave incongruenza emerge dalla proposta (*Sistemapenale.it*, 11 gennaio 2022) della "Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario" (Commissione Ruotolo), istituita con d.m. 13 settembre 2021, nella quale si suggerisce di eliminare il vigente collegamento tra il «provvedimento non più soggetto ad impugnazione» e la richiesta di ottemperanza, consentendo che l'ottemperanza venga richiesta «al magistrato o al tribunale di sorveglianza che ha emesso il provvedimento che impone all'amministrazione di porre rimedio».

⁶⁰ La consapevolezza di questa grave incongruenza emerge dalla proposta (*Sistemapenale.it*, 11 gennaio 2022) della "Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario" (Commissione Ruotolo), istituita con d.m. 13 settembre 2021, nella quale si suggerisce di eliminare il vigente collegamento tra il «provvedimento non più soggetto ad impugnazione» e la richiesta di ottemperanza, consentendo che l'ottemperanza venga richiesta «al magistrato o al tribunale di sorveglianza che ha emesso il provvedimento che impone all'amministrazione di porre rimedio».

⁶¹ MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., p. 308; NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 279.

A questo punto si possono formulare talune considerazioni conclusive, con la precisazione che esse vengono svolte assumendo come stella polare la giurisprudenza della Corte Edu, scelta, questa, nient'affatto arbitraria se si tiene presente che gli interventi del legislatore italiano e di quello transalpino qui esaminati hanno avuto una medesima genesi direttamente collegata, per l'appunto, alle decisioni dei giudici di Strasburgo.

Sia dalla regolamentazione del reclamo *ex art. 35-bis ord. penit.*, sia da quella del ricorso previsto dall'art. 803-8 *C.pr.pèn* emerge una carente sintonia rispetto alle richieste del giudice europeo. Per quanto concerne quest'ultima disposizione, i rilievi critici riguardano anzitutto il suo ridotto ambito di operatività, limitato alle patologie della carcerazione che incidono sulla dignità del detenuto, con la conseguenza che nel caso di altre violazioni l'unica possibilità offerta dall'ordinamento rimane l'utilizzazione dell'insoddisfacente *R-L* di cui all'art. L 521-2 *CJA*. D'altra parte, nell'art. 35-*bis ord. penit.* – come pure in altre disposizioni contenute nella legge penitenziaria o nel codice penale – non è prevista la possibilità di scarcerare il detenuto che sia sottoposto, a causa del sovraffollamento, ad una detenzione *indigne*. L'art. 803-8 *C.pr.pèn.* invece la contempla, anche se la maggiore incisività che caratterizza, sotto questo profilo, tale disposizione è più apparente che reale, in quanto dalla sua formulazione emerge chiaramente che l'opzione privilegiata è non già la scarcerazione del ricorrente, ma il suo trasferimento in un altro istituto⁶².

A prescindere da queste sfasature, c'è una carenza che caratterizza entrambe le disposizioni prese in esame, e che risulta stigmatizzata in più pronunce dalla Corte Edu. Affinché il rimedio messo a disposizione del detenuto possa essere considerato effettivo non è sufficiente la presenza di un organismo in grado di assumere una decisione favorevole al ricorrente una volta ritenuta fondata la sua richiesta, ma è indispensabile che il legislatore abbia disciplinato il rimedio in modo tale da consentire che la decisione emessa trovi una rapida esecuzione, onde impedire che, intervenendo quest'ultima troppo tardi, siano venuti meno nel frattempo i presupposti per l'azione riparatrice invocata dall'interessato nella sua richiesta. Invece, come si è visto, per pervenire alla pronuncia di cui all'art. 803-8 *C. pr. pèn.* occorrono, nella migliore delle ipotesi, circa due mesi e, per quanto riguarda il reclamo disciplinato dall'art.35-*bis ord. penit.*, qualora l'amministrazione assuma una posizione di resistenza, l'avvio e la conclusione del giudizio di ottemperanza implicano termini non quantificabili *a priori*, ma sicuramente di ampiezza ancora maggiore.

Una volta evidenziati questi profili di difformità rispetto alle indicazioni della giurisprudenza europea, il discorso sui rimedi preventivi offerti ai detenuti nell'ordinamento francese e in quello italiano può considerarsi concluso, anche se è rimasto sin qui in ombra il tema del sovraffollamento, che non è così distante dall'argomento trattato come forse si potrebbe ritenere. Può essere il caso di ricordare che sia nella sentenza *Torreggiani contro Italia*, sia in quella *J.M.B. contro Francia* la

⁶² MOUCHETTE, *Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention*, cit., p. 123.

questione dei rimedi preventivi da garantire al detenuto ha trovato il suo punto di emersione nella trattazione di ricorsi che avevano alla loro origine situazioni di marcato sovraffollamento. Pertanto se, come si dirà tra breve, si ritengono sussistenti i presupposti per un nuovo intervento della Corte Edu motivato dall'eccesso di popolazione detenuta, è assai probabile che sia proprio quella la circostanza in cui la medesima sottoponga al proprio esame anche la configurazione dei rimedi preventivi conati su suo impulso, mettendo a fuoco le loro inadeguatezze.

Non è quindi un fuor d'opera soffermarsi sulla questione del sovraffollamento, a proposito della quale è facile constatare che i moniti rivolti dal giudice europeo al legislatore italiano e a quello francese hanno trovato ascoltatori tutt'altro che attenti. Per convincersene sono sufficienti due schematici quadri riassuntivi di ciò che è accaduto negli ultimi anni: per quanto riguarda l'Italia, in base ai dati statistici forniti dal ministero della giustizia, un marcato effetto deflattivo è ascrivibile alla legislazione post-Torreggiani (dai 66.000 detenuti del 2013 si è passati, nel giro di due anni, alle 53.000 presenze); dopo di che si è verificata una forte risalita fino al 2020, con un tetto di oltre 60.000 detenuti; quindi una nuova diminuzione, determinata dagli interventi diretti a contenere i contagi da Covid⁶³, con l'abbassamento a 53.000 detenuti alla fine del 2020; infine, nel periodo più recente, è riemersa una chiara tendenza al rialzo (oltre 54.500 detenuti nell'aprile del 2022). Abbastanza simile è l'andamento della popolazione ristretta nell'apparato carcerario francese: i circa 70.000 detenuti presenti all'inizio del 2020 – allorché è intervenuta la sentenza J.M.B. contro Francia – sono drasticamente diminuiti in seguito alle scarcerazioni anticipate riconducibili ai provvedimenti antipandemici assunti nel marzo 2020 (58.000 presenze nel giugno dello stesso anno)⁶⁴, ma nell'aprile dell'anno in corso si è ritornati al numero di oltre 71.000 detenuti presenti⁶⁵.

Dalla comparazione dei dati statistici emergono anche in questo caso i presupposti per un abbinamento tra la situazione italiana e quella francese. In entrambi gli ordinamenti, infatti, la diminuzione del numero dei detenuti non è dipesa da interventi di carattere strutturale, ma da avvenimenti esterni, e tutto sommato casuali, come è accaduto, ad esempio, quando si è avvertita la necessità di provvedimenti finalizzati a diminuire le presenze in carcere per limitare gli effetti della pandemia. Un simile atteggiamento di sostanziale inerzia ha impedito di stabilizzare su livelli adeguati il numero delle presenze in carcere e ha rappresentato un mancato adeguamento alle

⁶³ Per una sintesi delle iniziative assunte per contenere il contagio, LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in AIC, 7 aprile 2020; MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19. Prime applicazioni pratiche*, in *giurisprudenzapenale.web*, 14 aprile 2020; PAVARIN, *Coronavirus e carcere*, in *giustiziainsieme.it*, 12 marzo 2020.

⁶⁴ In particolare, cfr. l'art. 21 e seguenti dell'*ordonnance* n° 2020-303 del 25 marzo 2020 «*portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*».

⁶⁵ Per questi dati, cfr. www.justice.gouv.fr, e, più precisamente, *le chiffre clés de l'administration pénitentiaire*. Per uno sguardo d'insieme sugli effetti della pandemia all'interno delle strutture carcerarie, *La prison à l'épreuve du coronavirus*, in *Dedans Dehors*, 2020, n.107, nonché il *Numéro spécial Covid-19* di *Actualité juridique pénal*, 2020, n° 4.

indicazioni fornite dalla Corte Edu, che si è chiaramente espressa a favore di interventi sistematici in grado, con continuità, di ridurre gli ingressi in carcere e di favorire al massimo la fuoriuscita delle persone detenute.

Tirando le somme si può quindi sostenere che le direttive contenute, per un verso, nella sentenza Torreggiani contro Italia e, per un altro verso, in quella J.M.B contro Francia non sono state adeguatamente recepite né per quanto concerne la configurazione di un funzionale rimedio preventivo, idoneo a tutelare il detenuto dagli eccessi di potere dell'amministrazione penitenziaria, né per quanto riguarda le iniziative da assumere al fine di non violare in nessun caso il divieto di addensare *intra moenia* più detenuti dei posti *effettivamente* disponibili nell'apparato carcerario. Conseguentemente non è azzardato ipotizzare che i giudici di Strasburgo siano chiamati nuovamente a verificare quanto siano in regola le carte dei due Stati in precedenza condannati. Nel formulare tale ipotesi, si potrebbe discutere del fatto che, nel loro insieme, le inadempienze del legislatore francese sono forse più gravi di quelle del legislatore italiano. Senonché, trattandosi comunque di un giudizio di insufficienza riguardante entrambi, la distinzione è da ritenere improduttiva, se non addirittura fuorviante.

GIUSTIZIA RIPARATIVA E NEGAZIONISMO: RICORDARE, RIMEDIARE E RIFLETTERE PER RICONCILIARE

di Luca Buscema

Al cospetto di (sempre) possibili derive autoritarie di un ordinamento democratico, promosse da (più o meno) occasionali “forze antisistema”, sovente si pone il problema di “giuridicizzare e sanzionare”, inter alia, iniziative “lato sensu culturali” tese a diffondere opinioni e convincimenti, incentrati su di una ricostruzione a dir poco fantasiosa della storia, contraddistinti da un chiaro intento settario e discriminatorio indirizzato nei riguardi di popolazioni od etnie che hanno vissuto il dramma della persecuzione razziale. Frutto di sentimenti d’odio, siffatte condotte appaiono essere altresì connotate, ordinariamente, da un carattere suggestivo in quanto volte dinamicamente ad inculcare nell’animo altrui modelli di comportamento che possono operare, con valore orientativo, per il futuro di modo da istigare, per la loro forza persuasiva, al compimento di atti che uno Stato-ordinamento pluralista ha il precipuo dovere di avversare. In consimili occasioni, l’intollerabile offesa arrecata alla dignità della persona, per ragioni di razza, sesso, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, suggerisce di modulare intensità e consistenza degli strumenti sia di prevenzione, sia di repressione, adeguati alle peculiarità apprezzate sia in astratto, in chiave di definizione di politiche criminali efficaci, sia in concreto, circa, in particolare, l’eventuale ricorso a rimedi non solo strettamente punitivi ed afflittivi ma anche riconducibili al modello ideale di giustizia riparativa

SOMMARIO: 1. Democrazia vitale e memoria storica: note introduttive. – 2. Revisionismo e negazionismo nello Stato di diritto: spunti ricostruttivi. – 3. Verità storica e giustizia riparativa: le nuove frontiere del diritto penale non più (solo) punitivo.

1. Democrazia vitale e memoria storica: note introduttive.

La tutela di beni giuridici fondamentali, posti a presidio delle condizioni di libera e pacifica convivenza tra i consociati, colloca gli ordinamenti ispirati ai principi di fondo del costituzionalismo moderno di fronte alla necessità di predisporre strumenti di prevenzione e/o repressione che, garantendo un accettabile livello di sicurezza, non pregiudichino, in modo irrimediabile, il nocciolo duro dei valori consacrati all’interno delle Costituzioni democratiche. Essi, difatti, sono espressione, in ultima analisi, di un assetto politico/costituzionale proteso nel senso della salvaguardia e della promozione

dei diritti inviolabili dell'individuo, tra i quali pure rientra, certamente ed in primo luogo, il diritto di ciascuno di vivere libero dalla paura¹.

Così, al regime democratico e legalitario è connaturale un modello valoriale in cui la preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attentato diretto a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza, assurge, logicamente, a finalità immanente del sistema costituzionale².

Il perseguimento di siffatti obiettivi ideali, normalmente, passa attraverso un bilanciato ed equo contemperamento tra interessi³ – che, «*mai neutrale, tecnicamente asettico, sconta presupposizioni inesprese che lo condizionano e in qualche misura ne prefigurano l'esito*»⁴ – pena il disconoscimento delle più intime fondamenta assiologiche proprie di «*uno Stato di diritto che rispetta i diritti dell'uomo*»⁵.

In tal senso, è stato osservato, «*l'equilibrio e il compromesso sono il prezzo imposto alla democrazia. Solo una democrazia forte, sicura e stabile può permettersi di rispettare e di proteggere i diritti umani, e solo una democrazia costruita sulle fondamenta dei diritti umani può esistere in tutta sicurezza*»⁶.

Nessuna democrazia, peraltro, può risultare vitale se non sia sussidiata da un saldo e diffuso spirito civico, da una *virtus* che alimenti la coscienza dei singoli, ne ispiri i comportamenti e si dimostri anima e fondamento dello Stato-ordinamento⁷.

Assurge a fattore di consolidamento dell'*idem sentire*, in primo luogo, la memoria del proprio passato – intrisa di elementi simbolici riferibili alle tradizioni storiche e culturali condivise dai membri della collettività⁸ – accompagnata da sentimenti d'orgoglio e di emozione⁹ e da una accurata e diffusa conoscenza degli avvenimenti della storia (patria) più significativi, che ne costituiscono la struttura portante, da cui costantemente ritrarre insegnamenti e moniti.

Per vero, solo per tale via – e mediante la perdurante ricerca ed affermazione della “verità storica”¹⁰ – è possibile frapporre, a difesa di un assetto

¹Cfr. F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 10, pp. 3967-3975.

² Cfr. Corte Costituzionale, 08/03/1962, n. 19.

³ Cfr., *ex multis*: G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e resp.*, n. 6/2003, pp. 577-581.

⁴ Così N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, p. 595.

⁵ Cfr. P. PILLITU, *Le sanzioni dell'Unione e della Comunità europea nei confronti dello Zimbabwe e di esponenti del suo governo per gravi violazioni dei diritti umani e dei principi democratici*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, 01, pp. 57-59.

⁶ Così A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3393.

⁷ Per un approfondimento in merito ai diversi “tipi” di democrazia, al problema della loro “qualificazione” e, infine, circa la concezione di democrazia “presidiata” come risposta al pluralismo v. G. AZZARITI, *Critica alla democrazia identitaria*, Roma, 2008, pp. 17-34.

⁸ Cfr. G. M. SALERNO, *Identità nazionale e simboli repubblicani: una questione ancora all'ordine del giorno*, in *www.federalismi.it*, Rivista n. 17/2009, pp. 5-13.

⁹ Così J. BERTING, *Europa: un'eredità, una sfida, una promessa*, Roma, 2007, p. 103.

¹⁰ Per vero, «*la verità è soggetta al rischio di una possibile deriva proprio in tanto in quanto si ceda alla tentazione di convertirla da istanza di legiferazione a requisito contenutistico del disvalore della fattispecie [...] nel momento in cui i beni giuridici cessano di accreditarsi in ragione del consenso sociale e si pongono come intrinsecamente 'veritieri' perché*

politico/costituzionale di matrice democratica, una salda barriera ideologica a fronte di qualunque forma di totalitarismo e, in particolare, della recrudescenza di condotte contrassegnate da intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza (razziale) che esse esprimono e per l'orrore che suscitano nella memoria collettiva ferita dal ricordo degli stermini perpetrati e dal calvario, ancora tragicamente attuale, di alcune popolazioni¹¹.

Al cospetto di (sempre) possibili derive autoritarie di un ordinamento democratico, promosse da (più o meno) occasionali "forze antisistema", si pone il problema di "giuridicizzare e sanzionare", *inter alia*, iniziative "lato sensu culturali" tese a diffondere opinioni e convincimenti, incentrati su di una ricostruzione a dir poco fantasiosa della storia¹², contraddistinti da un chiaro intento settario e discriminatorio indirizzato nei riguardi di popolazioni od etnie che hanno vissuto il dramma della persecuzione razziale.

Frutto di sentimenti d'odio, siffatte condotte appaiono essere altresì connotate, ordinariamente, da un carattere suggestivo in quanto volte dinamicamente ad inculcare nell'animo altrui modelli di comportamento che possono operare, con valore orientativo, per il futuro di modo da istigare, per la loro forza persuasiva, al compimento di atti che uno Stato-ordinamento pluralista ha il precipuo dovere di avversare.

La rievocazione (e, in alcuni casi, l'esaltazione) o, per converso, la negazione delle discriminazioni perpetrate nei confronti del popolo ebraico da parte dei regimi (di matrice) nazista e fascista ne costituiscono l'esempio più lampante¹³.

Si introduce, in questa direzione, la questione dei limiti entro cui circoscrivere, all'interno di una cornice di liceità, le c.d. teorie negazioniste e revisioniste e ciò in un'ottica di salvaguardia sia dell'eredità morale di un popolo che ha subito un'immane tragedia, probabilmente ai giorni nostri nemmeno immaginabile nelle proporzioni drammatiche in cui si è realmente consumata, sia della tenuta dei valori democratici propri di uno Stato pluralista a fronte (della riproposizione) di ideologie marcatamente razziste e discriminatorie.

non negoziabili o indecidibili nella loro absolutezza, allora si crea un pericoloso allentamento della verità come metodo di legiferazione con conseguente messa in gioco della stessa democrazia». Così F. PALAZZO, Verità come metodo di legiferazione. Fatti e valori nella formulazione del precetto penale, in G. Forti, G. Varraso, M. Caputo (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, 2014, p. 103.

¹¹ In merito, circa il tema della "validazione" storica relativa a consimili eventi, v. A. MACCHIA, *Spunti in tema di negazionismo*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, pp. 27-28.

¹² Invero, «i giudizi storici – anche se pregiudizievoli per la reputazione del soggetto al quale si riferiscono – in tanto sono leciti in quanto siano basati su fatti seriamente accertati attraverso uno scrupoloso controllo della verità degli stessi e della tendenziale completezza ed attendibilità delle fonti». Così D. GOETZ, *Diritto di critica storica e dovere di verità*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 485.

¹³ Per una ricostruzione (giudiziaria) del coinvolgimento dell'Italia fascista nelle politiche razziste perpetrate dal regime nazista v., *ex multis*: T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05/07/2011, n. 5880; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 13/12/2010, n. 36610; Corte di Cassazione, sez. V, 08/01/2010, n. 19449; Corte dei Conti, sez. I, 27/11/2002, n. 418; Corte militare appello Roma, 15/04/1998. In dottrina, per una compiuta disamina dei rapporti intercorrenti tra fascismo e nazismo condotta sia sul piano storico, sia sul piano giuridico, v. A. SOMMA, *Fascismo e diritto, una ricerca sul nulla?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 03, 597-663.

Al contempo, emerge l'esigenza di apprestare ogni necessaria iniziativa finalizzata, *prima facie*, a prevenire la commissione di siffatte odiose condotte, in uno con la predisposizione di un adeguato apparato sanzionatorio che, però, accanto alle tradizionali funzioni preventive, retributive e financo rieducative, possa varcare la "nuova frontiera" della giustizia riparativa, divenendo, per tale via, anche occasione di crescita civile e sociale dell'intera comunità.

2. Revisionismo e negazionismo nello Stato di diritto: spunti ricostruttivi.

Secondo un primo approccio, revisionismo e negazionismo rappresenterebbero un'endiadi, ovvero l'espressione di una ricercata volontà di addivenire ad una ricostruzione di eventi storici incentrata su elementi indimostrati ed indimostrabili, perché inesistenti, volta a sconfiggere il dolore e la disperazione del popolo ebraico perseguitato per motivi di razza¹⁴.

Diversamente, nel quadro di una differente opzione ricostruttiva, per giungere ad una compiuta definizione del concetto di negazionismo occorrerebbe risalire al revisionismo, radice da cui esso deriverebbe e di cui non sarebbe che una degenerazione¹⁵.

Invero, «secondo l'accezione più ampia, col termine revisionismo si indica la tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate alla luce dei nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, col risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia»¹⁶.

Così, il revisionismo, di per sé, non sembra assumere, di necessità, una connotazione negativa, ma rappresenta l'espressione di uno stimolo alla continua ricerca della verità, mediante la sottoposizione a nuove valutazioni dei dati storiografici già acquisiti ed approfondimento degli stessi, teso rinvenire, se possibile, ulteriori utili informazioni e riscontri¹⁷.

L'accezione deteriore del concetto di revisionismo, differentemente, rileva, storicamente, già all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale, allorquando maturò il tentativo, da parte di "studiosi" che solevano identificarsi proprio con la

¹⁴ Per una disamina dei diversi profili di interesse concernenti il fenomeno del negazionismo v. *ex multis*: C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Bari, 2016; D. BIFULCO, *Negare l'evidenza: diritto e storia di fronte alla menzogna Auschwitz*, Milano, 2012; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. Parl.*, 2007, 4, pp. 857-874; M. MALENA, *Il caso Irving: libertà di manifestazione del pensiero o mistificazione della realtà*, in *Quad. cost.*, 1, 2006, pp. 116-124; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere e libertà*, Torino, 2005, pp. 41-52; G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione*, cit., pp. 101-112.

¹⁵ Cfr. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 03, pp. 1035-1042.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1035.

¹⁷ È pur vero, però, che contestare l'esistenza di eventi storici indiscutibilmente e palesemente accertati, quali l'Olocausto, non possa rappresentare un'indagine storica paragonabile in alcun modo ad una ricerca della verità. Sul punto v. *Corte europea diritti dell'uomo*, 04/07/2003.

qualifica di revisionisti¹⁸, di esaltare la dottrina nazista ormai definitivamente sconfitta e ridimensionare, fin quasi a negare del tutto, la persecuzione perpetrata ai danni degli ebrei¹⁹.

In verità, l'opzione ricostruttiva maggiormente accreditata tende a differenziare il revisionismo dal negazionismo distinguendone i tratti caratteristici salienti: «*da un lato il filone revisionista, che mira, partendo dal dato inconfutabile della Shoah a ridistribuire le colpe e ad attribuire ad Hitler responsabilità limitate, tendendo a relativizzare il problema dello sterminio. Dall'altro lato il filone negazionista, che a differenza del primo nega la stessa esistenza dell'Olocausto, prescindendo da qualsiasi regola storiografica prestabilita e aggirando il problema del rapporto del genocidio con la realtà storica*»²⁰.

La teorica perorata da siffatti "pensatori" si traduce, com'è stato efficacemente rilevato, in demistificazione, ovvero in "privazione di storia"²¹; «*i valori si invertono, il vero si confonde col falso, la realtà con la finzione; è questo l'ambito della produzione negazionista, dove la storiografia si dissolve in scienza della società, dove semplici opinioni correnti destinate attraverso l'assolutizzazione storica a trasformarsi in ideologie spiegano tutto, ovvero più nulla*»²².

Orbene, a fronte di una fittizia ricostruzione della verità storica²³, sarebbe sufficiente contrapporre, all'interno di una comunità politica sinceramente ispirata ai

¹⁸ Invero, secondo V. PISANTY, *I negazionismi*, in M. Cattaruzza, M. Flores, S. Levis Sullam, E. Traverso (a cura di), *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, Torino, 2005, p. 423, «*mentre ogni storico che si rispetti è revisionista, nel senso che è disposto a rimettere costantemente in gioco le conoscenze acquisite qualora l'evidenza documentaria lo induca a rivedere le sue posizioni, il negazionista è colui che nega l'evidenza storica stessa*».

¹⁹ Cfr. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1036. Invero, secondo V. PISANTY, *I negazionismi*, cit., p. 425, «*fin dal periodo immediatamente successivo alla fine della Seconda guerra mondiale vi furono voci isolate che si levarono per denunciare le presunte distorsioni alle quali la storiografia dei vincitori aveva sottoposto la storia della guerra, e in particolare quella dei lager di sterminio nazisti*». Per un approfondimento v. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale in Diritto pubbl. comp. europ.*, 2006, pp. 16-24. Circa le tesi negazioniste riguardanti la politica persecutoria perpetrata ai danni del popolo armeno, v., ex multis: A. Demirdjian (ed.), *The Armenian Genocide Legacy*, London, 2016; N. T. Navarro, A. Demirdjian (ed.), *The Armenian Genocide Legacy*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, Issue 4, 2017, pp. 861-862; D. BIFULCO, *Ricordare per legge (o leggendo un diario). A proposito del contributo di Henry Morgenthau sul genocidio armeno e delle leggi sulla memoria storica*, in *www.costituzionalismo.it*.

²⁰ Così E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1036, che continua: «*Chiameremo dunque col nome di negazionismo, differenziandole dalle impostazioni storiche che mirano a relativizzare e storicizzare lo sterminio o criticarne le interpretazioni date, quelle dottrine radicali secondo cui il genocidio praticato dalla Germania nazista nei confronti degli ebrei, degli zingari e di altre categorie "subumane" non è esistito e appartiene al mito, alla menzogna, alla truffa. Il punto centrale della produzione negazionista, simbolo e strumento dello sterminio, diviene la negazione delle camere a gas*». Sottolineano A. PACE, M. MANETTI, Art. 21, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 2006, p. 283, che, secondo una certa impostazione, «*è solo la irripetibilità e innegabilità dell'Olocausto a giustificare uno speciale trattamento della menzogna, laddove in tutti gli altri casi sarebbe arduo discernere le affermazioni di fatto dalle convinzioni del soggetto, alla luce della complessità e discutibilità di qualsiasi accertamento storico*».

²¹ «*La prima fase dell'operazione negazionista, dunque, è la rottura del consenso, lo sgretolamento dell'accordo sociale su cui si basa la nostra ricezione collettiva della Shoah*». Così V. PISANTY, *I negazionismi*, cit., p. 441.

²² Così E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1037.

²³ Per un'autorevole riflessione in merito all'analisi critica ed ai tentativi di destrutturazione dei concetti di "verità" e "realtà", v. F. BACCO, *Diritto penale e 'uso scettico' della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 01, pp.

principi propri del costituzionalismo moderno, primi fra tutti pluralismo, tolleranza e rispetto incondizionato della dignità dell'individuo²⁴, la saldezza dei valori di democrazia e libertà onde marginalizzare (*rectius*: emarginare) orientamenti che, più o meno direttamente, mirano ad introdurre fattori di disgregazione sociale sorretti da intendimenti razzisti e discriminatori²⁵.

Basterebbe, cioè, relegare all'anonimato e consegnare all'oblio della storia quei pochi individui (e le loro elucubrazioni) che insistono nel divulgare ricostruzioni antistoriche dei fatti, da considerare alla stregua di (certamente tristi e indegni) racconti di pura fantasia²⁶; al contempo, andrebbero salutate con favore tutte le iniziative culturali tese ad educare al ricordo ed al rispetto della dignità umana (irrimediabilmente vilipesa da condotte atroci) e volte a fortificare nelle nuove generazioni i sentimenti di tolleranza e umanità, valori che denotano, fra tutti, l'effettivo grado di civiltà giuridica raggiunto da una società (che ama e suole definirsi) progredita.

Diversamente, però, allo stato attuale, si avverte, con sempre maggiore intensità, l'esigenza di apprestare rimedi efficaci²⁷ al fenomeno (in costante ed allarmante crescita) di "contestazione ad oltranza"²⁸ del dramma del popolo ebraico mediante il ricorso al

444-450. Sul punto v. anche P. V. MOLINARI, *La verità nell'ordinamento giuridico*, in *Cass. pen.*, 06, pp. 2177-2185.

²⁴ Per la qualificazione della dignità quale principio proprio della forma di Stato sociale e democratica, v. G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, pp. 57-78.

²⁵ Esprime le proprie preoccupazioni G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità*, cit., p. 41, secondo cui «accanto al ponte verso gli orrori, gli errori e le angosce del passato, la dignità assume un rilievo forte di ponte anche verso i fantasmi, le inquietudini e le paure del presente e del futuro: intendo cioè riferirmi al timore derivante dal fatto che anche questi ultimi – come è stato per il passato – presentano una serie di insidie e di pericoli per la condizione umana per le sue prerogative essenziali ed irriducibili che si risolvono appunto nella dignità, come valore ultimo e nucleo della persona umana».

²⁶ Secondo V. PISANTY, *I negazionismi*, cit., p. 446, «in tutte le sue manifestazioni, il negazionismo non si regge in piedi senza una qualche versione della teoria del complotto, ovvero senza la convinzione (assai diffusa nella mentalità collettiva) che da qualche parte vi sia una regia occulta che manipola l'intero corso della storia. Tra i diversi stereotipi negativi che da sempre alimentano l'antisemitismo, quello dell'Ebreo cospiratore è senz'altro il più odioso, il più pericoloso e il più duro a morire».

²⁷ Sul punto v., *ex multis*: G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012. Una misura certamente efficace, ancorché, allo stato, *de iure condito*, correlata all'ascrizione di responsabilità in relazione alla commissione di specifiche ipotesi di reato, è rappresentata, ad esempio, dalla comminazione della sanzione accessoria del divieto di svolgere attività di propaganda politica, amministrativa ed elettorale «collegata all'esigenza di prevenire che si cerchi un consenso politico o elettorale nell'opinione pubblica, mediante la diffusione di idee discriminatorie e razziste fondate su atavici pregiudizi». Così F. PANIZZO, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*, in *Cass. pen.*, 2010, 06, p. 2365.

²⁸ Per una disamina dei diversi gradi di intensità che contraddistinguono i vari approcci rivolti nella direzione di negare, giustificare, relativizzare, ovvero minimizzare le persecuzioni razziali perpetrate durante la seconda guerra mondiale, v. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1042-1044.

diritto penale²⁹; da qui, la fioritura, anche in chiave eurounitaria³⁰, all'interno delle esperienze giuridiche di numerosi Paesi³¹, di specifiche norme incriminatrici tese a sanzionare ideologie revisioniste e/o negazioniste³², senza che, però, possa essere ravvisato, in siffatti ordinamenti, un approccio tendenzialmente uniforme³³.

La scelta di elevare a fonte di responsabilità penale tali "orientamenti culturali" è probabilmente dettata da fattori di diversa natura e consistenza, anche simbolica, capaci di influenzare certamente le politiche criminali delle singole Nazioni in ossequio

²⁹ L'Italia, in seguito ad un lungo e tormentato processo di mediazione politica, si è finalmente dotata, mediante l. n. 115/2016, di una disposizione normativa che ha attribuito rilevanza penale (quale circostanza aggravante) anche alle affermazioni negazioniste sulla Shoah, sui fatti di genocidio e sui crimini contro l'umanità, come definiti rispettivamente dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale. Sul punto, v., *ex multis*: B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2020, 3, pp. 587 – 589. Per un esame critico v. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio: modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, pp. 202-204; S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2017, pp. 1-7; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016, pp. 1-36; A. S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3, 2016, pp. 280-312; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4, 2015, pp. 325-332; G. DELLA MORTE, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *DPCE*, 3, 2014, pp. 1181-1203. In merito alla valutazione della compatibilità dell'istituto in esame con i tradizionali canoni di offensività e materialità, v. A. MACCHIA, *Spunti*, cit., pp. 25-27. Circa l'inconsistenza di alcune obiezioni relative alla presunta inesistenza del bene giuridico da tutelare, v. D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in G. Forti, G. Varraso, M. Caputo (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale*, cit., p. 93.

³⁰ In merito v. la Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. In dottrina, per una disamina dell'orientamento maturato all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito alle teoriche tese a negare l'Olocausto, v. P. LOBBA, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, in *E.J.I.L.*, Vol. 26, Issue 1, 2015, pp. 237-253; R. RUBIO-MARÍN, M. MÖSCHEL, *Anti-Discrimination Exceptionalism: Racist Violence before the ECtHR and the Holocaust Prism*, in *E.J.I.L.*, Vol. 26, Issue 4, 2015, pp. 881-899; A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Aic*, n. 2/2012, pp. 15-18; M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2011, 5, pp. 65-84.

³¹ Per una compiuta disamina v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012. A titolo esemplificativo, per una ricognizione dei principi valevoli all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco, ancor oggi vigenti, si veda la sentenza del BundesVerfassungsgericht del 13 aprile 1994, la cui traduzione in lingua italiana è rinvenibile in "Giurisprudenza Costituzionale", 1994, 5, pp. 3379-3382, corredata dal commento (pp. 3382-3400) di M. C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte Costituzionale di Karlsruhe*. In ordine all'esperienza maturata all'interno dell'ordinamento giuridico francese v. I. SPIGNO, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola del Conseil constitutionnel sull'antenegazionismo*, in *Diritti comparati*.

³² Cfr. M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 04, pp. 1546-1552.

³³ Così, «a giusto titolo si afferma quindi l'idea di un'Europa a geografia variabile: non tutti gli ordinamenti reprimono i comportamenti negazionisti, e se tale "reato" è previsto, la definizione della condotta incriminata avviene in modo e con presupposti che variano da Stato a Stato». Cfr. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1041. Sul punto, anche in ordine all'ampiezza delle scelte di politica criminale effettuate in seno a numerosi Paesi europei, v. P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 04, pp. 1815-1820.

al patrimonio assiologico ed al peso dell'eredità storica e morale radicata all'interno di ciascuna comunità³⁴.

Del resto, si osserva, le teorie negazioniste, composite e variamente formulate, nemmeno in astratto sembra che possano essere ritenute espressione di "puro pensiero"³⁵, ovvero manifestazione del convincimento (pseudo-storiografico), irrealista ed antistorico – che urta, sciocca e inquieta – di una, più o meno numerosa, frazione (*rectius*: fazione) degli "studiosi" di settore³⁶.

Difatti, la carica offensiva dei discorsi volti a negare l'Olocausto³⁷ assume, all'interno degli ordinamenti democratici, una doppia ed inaccettabile negativa connotazione³⁸, suscettiva di tradursi in un'affermazione – il disconoscimento della

³⁴ Per una ricognizione di diritto comparato v., *ex multis*: T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Parigi, 2013; L. Hennebel, T. Hochmann, *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011; A.M. RUSSO, *La Carta dei diritti e delle libertà nel "comparative dialogue" della Corte suprema: flessibilità e cross fertilization giurisprudenziale*, in G. Rolla (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, pp. 285-295; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca comparata*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2008, n. 3, pp. 1193-1221; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 3, pp. 519-544; C. CIANITTO, *Tra hate speech e hate crime: la giurisprudenza statunitense e il caso Ake Green*, in *L'Indice pen.*, 2008, n. 2, pp. 743-763; F. POCAR, *Antisemitismo e persecuzioni: la prospettiva del diritto internazionale penale*, in *Dir. uomo*, 2008, n. 1, pp. 54-56; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. Parl.*, 2007, n. 4, pp. 857- 884; M. MALENA, *Il caso Irving: libertà di manifestazione del pensiero o mistificazione della realtà*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2006, pp. 116-119; G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 199-223; C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 730-745; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther121.pdf>, pp. 1-43.

³⁵ Difatti, «questi "atipici" reati d'opinione che sembrano andare oltre l'incitamento all'odio razziale, hanno così trovato una propria fattispecie autonoma che non fa più "riferimento tanto alla condotta oggettivamente agitata quanto all'identificazione soggettiva dell'attore quanto con l'ideologia razzista ed il nazionalsocialismo"». Così L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà d'espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, p. 77. Sul punto v. anche V. PISANTY, *I negazionismi*, cit., pp. 446-450.

³⁶ Cfr. *Handyside v. United Kingdom*, 7 dicembre 1976, 5493/72, par. 49, trad. it. in M. De Salvia, V. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte [EDU] e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006, p. 228. Sul punto, v. anche I. HARE, *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, in I. Hare, J. Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 78-79.

³⁷ Circa un'approfondita disamina dei profili giuridici legati alla negazione dell'Olocausto v., *ex multis*: M. BAZYLER, *Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*, Oxford, 2016; S. LANDSMAN, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*, Philadelphia, 2005. In merito, v. anche D. HOGERS, *Michael Bazylzer, Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*, in *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 23, Issue 2, 2018, pp. 307-310; K. RUNDLE, *Stephan Landsman, Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 1, 2006, pp. 191-199. Invero, secondo E. SELVAGGI, *Osservazioni a Cedu, 17 dicembre 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, 04, p. 1410, l'Olocausto presenta «una singolarità, anzi un'unicità, asseverata dalla Storia e non discutibile né discussa, se non da chi consapevolmente intende dare una diversa versione della Storia».

³⁸ Invero, è stato opportunamente rilevato che il negazionismo non sia capace di minare solamente le fondamenta degli ordinamenti democratici del dopoguerra, «bensì l'odierno processo di "rifondazione", basato sui valori della tolleranza e del rispetto dei diritti umani, in atto nell'ambito di contesti sociali sempre meno compatti,

tragedia subita dagli ebrei nel corso della Seconda guerra mondiale – «*evidentemente falsa e sufficientemente dannosa*»³⁹.

In primo luogo, essa incide in misura particolarmente pervasiva sulla dignità non tanto e solo dell'individuo, *uti singulum*, quanto, più propriamente, sulla memoria storica e sui valori di fondo in cui si riconosce, direttamente, un intero popolo⁴⁰, ancorché, in verità, quegli stessi principi e quella stessa memoria storica dovrebbero appartenere all'intera razza umana⁴¹.

Così, «*negare, o minimizzare in modo grave, o fondare propaganda o istigazione sulla apologia della Shoah equivarrebbe – in definitiva – alla realizzazione di un “torto” sociale reputato degno di sanzione penale, perché offensivo della “memoria”*»⁴².

Secondariamente, ma solo in ordine di trattazione, il contenuto intrinseco delle ideologie revisioniste e/o negazioniste minaccia direttamente la stabilità degli ideali di democrazia nel tempo faticosamente conquistati ed introduce all'interno delle comunità politiche potenziali fattori di disgregazione capaci di attentare all'immanenza del sistema istituzionale di matrice liberale⁴³.

Il negazionismo, cioè, decampa nell'abuso del diritto di libera manifestazione del pensiero⁴⁴ in quanto tende a minare la più intima essenza dei principi di tolleranza e pluralismo, valori, questi, che costituiscono (*rectius*: dovrebbero costituire) patrimonio assiologico universalmente condiviso⁴⁵.

In quest'ottica, appare revocabile in dubbio l'orientamento culturale, ancor oggi (parzialmente) vitale, volto a perorare l'intangibilità di una (non meglio precisata nei suoi esatti confini) sfera di liceità entro la quale «*anche la più aberrante delle teorie, la meno*

in cui i tradizionali collanti della “nazione” e del “popolo” vivono un lento ma inesorabile declino». Così P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., p. 1824.

³⁹ In tal senso v. la sentenza del BundesVerfassungsgericht del 13 aprile 1994 (la cui traduzione in italiano è rinvenibile in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1994, 5, pp. 3379-3380).

⁴⁰ Cfr. A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, pp. 689-695.

⁴¹ Anche in relazione a siffatta speranza, quindi, trova conforto la teorica che ritiene costituzionalmente legittime le disposizioni normative di rango primario tese a «*spogliare l'ideologia neofascista dalla garanzia costituzionale della libertà, e conseguentemente a permettere (anzi ad imporre) misure preventive e repressive contro ogni attività neofascista, sia individuale che associata, anche se si manifesti tramite la diffusione del pensiero*». Così P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 470.

⁴² Così A. MACCHIA, *Spunti*, cit., p. 22.

⁴³ Il pericolo di definitivo abbandono del principio di umanità in conseguenza di una reiterata attività di proselitismo teso ad inculcare ideologie di stampo marcatamente razzista è ben evidente nelle parole pronunciate da un ufficiale superiore delle S.S. nel corso del processo di Norimberga, secondo cui: «*quando per anni, decenni, si è predicato che la razza slava è una razza inferiore, e che gli ebrei non sono nemmeno esseri umani, un'esplosione di questo tipo diventa l'esito inevitabile*». Sul punto v. M. CENTINI, *La tutela contro gli “atti” di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2438.

⁴⁴ Sul punto, v., *ex plurimis*: L. ROSSI, *Dall'uso all'abuso. Quando la libertà di espressione sconfinava nel negazionismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1, pp. 369-373; P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2014, pp. 1815-1853. Per una disamina del concetto di abuso del diritto in riferimento alle posizioni di libertà fondamentali all'interno di un assetto politico/costituzionale di matrice democratica v. P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, pp. 149-165.

⁴⁵ Cfr. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1045-1052.

sostenibile delle tesi, deve potersi giovare della massima libertà di ricerca che un ordinamento democratico deve sempre garantire a ciascuno e a tutti»⁴⁶.

Ciò varrebbe «senza eccezione alcuna, anche per revisionismi che avanzino interpretazioni inconciliabili con migliaia di testimonianze e asseverazioni univoche e concordi, la cui portata nondimeno taluni si ostinino dissennatamente a contestare»⁴⁷.

Seppur vero è il rilievo secondo il quale la saldezza dei principi democratici, nei quali si riconoscono gli ordinamenti ispirati agli ideali di fondo propri del costituzionalismo moderno, non dovrebbe temere aggressioni di sorta nell'ambito di una comunità politica ormai matura e pienamente consapevole dell'importanza dei valori di libertà e tolleranza, è altrettanto incontestabile che detto approccio, quasi "autoreferenziale", non pare essere certamente appagante, atteso che i diritti fondamentali non possono essere intesi alla stregua di patrimonio valoriale ormai definitivamente acquisito, bensì necessitano di quotidiana cura e promozione⁴⁸.

Cura e promozione, in particolare, della "Costituzione antifascista"⁴⁹, fondamento assiologico di un modello di "democrazia militante"⁵⁰, «nata dal ripudio di ideologie razziste e antidemocratiche, ed è tale per cui mai le forze politiche fasciste potranno pretendere di invocare diritti costituzionali – come la libertà di espressione – al fine di farne un utilizzo incostituzionale»⁵¹.

Si tratta, cioè, di opporre all'odio razziale il superamento e l'abbandono di convinimenti di matrice xenofoba mediante l'affermazione di una visione delle relazioni umane incentrata sul rispetto ed il riconoscimento della dignità dell'individuo in quanto tale, al di là di ogni possibile barriera ideologica⁵².

Stabilire quali possano essere i rimedi, di carattere preventivo oltre che meramente repressivo, ritenuti più appropriati al fine di contrastare la diffusione di ideologie essenzialmente settarie, xenofobe, discriminatorie ed antistoriche, non appare essere, però, compito agevole⁵³.

⁴⁶ Così M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, pp. 499-500.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 499-500, che continua: «La negazione di una verità, insomma, sia pure la verità di fatti storicamente certi, può essere di volta in volta manifestazione di rozza ignoranza, di scandaloso calcolo politico o di mera bizzarria: se in mala fede, è certo moralmente riprovevole, ma non un reato».

⁴⁸ «Vero è che allo stesso tempo una moderna democrazia pluralista deve accettare anche alcune espressioni di intolleranza pena l'abiura della propria intima vocazione. Nonostante ciò, anche in questa seconda ipotesi, il grado di apertura verso tali manifestazioni non può essere assoluto in quanto le società devono dotarsi di strumenti di autodifesa». Così B. MAZZOLAI, *Hate speech*, cit., p. 584.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 592-596.

⁵⁰ Cfr A. MACCHIA, *Spunti*, cit., p. 30.

⁵¹ Così P. BARILE, *Libertà*, cit., p. 470.

⁵² Cfr. G.M. FLICK, *Dignità umana*, cit., p. 56. In tal contesto, si osserva, la "cultura razzista" «ha una valenza asimmetrica: la sua portata offensiva si dispiega nei contesti sociali in cui l'appartenenza ad un gruppo razziale porta con sé il retaggio di un passato di discriminazioni, o finanche di persecuzione violenta. Oltre a prendere di mira individui determinati, il discorso razzista diventa dunque un modo per conservare e ribadire un rapporto di gerarchia tra gruppi sociali». Così G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2009, 2, p. 290.

⁵³ In merito v. A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, pp. 10-18.

Il ricorso all'incriminazione, di per sé, risulta essere uno strumento doppiamente problematico⁵⁴.

Da un lato, infatti, onde non sconfinare in iniziative marcatamente illiberali, si dimostra necessario conformare le singole previsioni di reato in ossequio ai tradizionali canoni di legalità, offensività, tipicità, frammentarietà, proporzionalità, connotati tipici di un diritto penale costituzionalmente orientato⁵⁵.

Dall'altro lato, deve comunque essere impedito che la repressione di singole condotte possa ingenerare, all'interno del contesto sociale di riferimento, l'insorgenza di forme di intolleranza alla rovescia, ovvero, specularmente, di "vittimismo" estremizzato da parte di quelle frange oltranziste che risulterebbero destinatarie di siffatte misure sanzionatorie e che, per tale via, potrebbero assurgere, paradossalmente, a "martiri della libertà"⁵⁶.

Peraltro, è stato rilevato che la memoria storica non possa rientrare nel novero dei beni giuridici tutelabili⁵⁷, perché *«la sua protezione con l'arma della sanzione penale rischierebbe di fare di un bene scientifico di verità un vero "tabù", una verità sottratta alla ricerca scientifica, che per definizione non può ricevere tutela di Stato sui suoi contenuti»*⁵⁸

È pur vero, poi, che, per garantire la tenuta democratica di un ordinamento, diviene indispensabile riconoscere a ciascuno la libertà di manifestare il proprio dissenso rispetto a valori morali, anche (o forse soprattutto) se questi sono diffusamente accettati, mediante espressioni di forte impatto emotivo, tali rispetto agli ideali oggetto di contestazione, pure ingenerando turbamento nelle coscienze ed attentando alla fermezza di verità condivise⁵⁹; *«molto spesso, infatti, questo è l'unico modo attraverso cui una minoranza può riuscire effettivamente a far sentire la propria voce, che altrimenti, con tutta probabilità, si perderebbe nel vuoto»*⁶⁰.

Ciò che deve essere fermamente represso, però, è, in ogni caso e in definitiva, qualunque tentativo di "genocidio culturale", ovviamente non ristretto a condotte materiali rivolte nella direzione di attentare all'identità di un gruppo sociale, ovvero di una minoranza, mediante la distruzione di opere culturali, espressione di una specifica tradizione (opere letterarie, d'arte, raffigurative, etc.), bensì concepito nel senso di pregiudicare la consistenza del principio di tolleranza, su cui si incentra una società multiculturale, anche attraverso una pervicace, "irreale" negazione della storia⁶¹.

⁵⁴ Cfr. il *Manifesto di critica – Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica* firmato da oltre 150 storici e riportato in www.sissco.it. Sul punto v. F. LIENA, *Spetta allo Stato accertare la «verità storica»?*, in *Giur. cost.*, 2009, 05, p. 3964.

⁵⁵ Per un approfondimento v. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., pp. 16-24.

⁵⁶ Cfr. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1047-1052.

⁵⁷ Cfr. F. LIENA, *Spetta allo Stato accertare*, cit., pp. 3959-3968.

⁵⁸ Cfr. G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 03, p. 1335.

⁵⁹ Cfr. N. COX, *Blasphemy, Holocaust Denial, and the Control of Profoundly Unacceptable Speech*, in *The American Journal of Comparative Law*, Volume 62, Issue 3, 1 July 2014, pp. 739-774.

⁶⁰ Così A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 705.

⁶¹ Cfr., *ex multis*: L. BILSKY, R. KLAGSBRUN, *The Return of Cultural Genocide?*, in *European Journal of International Law*, Volume 29, Issue 2, 23 July 2018, pp. 373-396.

Il ricorso alla sanzione penale appare quindi indispensabile ogni qual volta, anche mediante la parola, la quale può “ferire più della spada”, possano essere vilipesi i valori posti a fondamento di un ordinamento democratico.

In siffatte occasioni, però, in seno ad un assetto politico/costituzionale evoluto, non necessariamente solo l’impiego di misure afflittive può risultare l’unico rimedio idoneo allo scopo di salvaguardare beni giuridici meritevoli di protezione.

Anzi, è proprio con riguardo alle politiche (criminali) di contrasto ai “discorsi dell’odio” che matura il terreno fertile ove sperimentare nuovi mezzi di composizione del conflitto sociale che sappiano efficacemente riparare al torto subito dalla vittima e costituire, al contempo, strumento di crescita civile e culturale dell’intera comunità.

3. Verità storica e giustizia riparativa: le nuove frontiere del diritto penale non più (solo) punitivo.

In seno ad una concezione tradizionale del diritto penale inteso alla stregua di *extrema ratio*, nell’ambito di un modello assiologico d’incriminazione di quelle sole condotte capaci di (effettivamente e concretamente) pregiudicare le condizioni di libera e pacifica convivenza tra i consociati, ovvero di esporre a pericolo beni giuridici fondamentali, la “meritevolezza” ed il “bisogno” di pena, pur operando su piani diversi, ancorché, tra di essi, complementari, assurgono a fattori decisivi nella definizione delle politiche criminali storicamente determinate⁶².

Da un lato, spicca l’attitudine stigmatizzante (propria della “naturale” funzione retributiva) della pena comminata per il male commesso; al contempo, in chiave preventiva, nella duplice accezione di prevenzione generale e speciale, la sanzione penale va apprezzata quale mezzo volto a “sterilizzare”, pro futuro, mediante la minaccia e la concreta irrogazione della pena, il pericolo di reiterazione di “offese” consimili a quelle oggetto di punizione.

Siffatto usuale approccio ermeneutico, arricchito, nel tempo, dalla auspicabile finalità rieducativa del reo, propria di un assetto politico/costituzionale incentrato sull’esigenza di promuovere, anche nei confronti di chi “abbia commesso degli errori”, la condivisione dei valori di civiltà giuridica tipici di una comunità evoluta, va altresì apprezzato alla luce di un rinnovato “volto” della potestà punitiva dello Stato che persegua l’obiettivo, entro ragionevoli limiti, di compulsare il ricorso a modelli di giustizia criminale riparativa⁶³.

⁶² Cfr. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 04, pp. 1658-1660.

⁶³ Cfr., *ex multis*: G. Fornasari, E. Mattevi (a cura di), *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa: il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010; G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009; G. Mannozi, F. Ruggieri (a cura di), *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese, 2007; G. COSÌ, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, 2007; I. MARCHETTI, C.

Nel tributare il giusto riconoscimento ai diritti della vittima del reato⁶⁴, in special modo se debole o vulnerabile⁶⁵, nel quadro di un diritto penale strutturato sull'impatto della condotta illecita sulla persona offesa, affinché la vittima non sia più dimenticata⁶⁶ ma ricollocata al centro dell'attenzione⁶⁷ mediante una effettiva rivalutazione del «*ruolo della persona offesa, restituendo ad essa e all'autore del crimine la gestione della controversia*»⁶⁸, matura l'orientamento volto a ripensare la giustizia criminale in senso inclusivo, proprio del modello di *restorative justice*⁶⁹, di matrice anglosassone⁷⁰, che, inteso «*quale paradigma comunicativo di stabilizzazione sociale, dovrebbe offrire dunque risposte alternative alla pena in senso tradizionale orientate alle aspettative delle vittime*»⁷¹.

Incentrata sui concetti di restituzione e compensazione (in favore delle vittime principali del reato ed anche della comunità sociale comunque potenzialmente offesa dalla condotta criminosa perpetrata), nonché di rieducazione e riabilitazione del reo, all'esito dell'instaurazione di un dialogo tra la collettività ed il soggetto attivo del reato, onde rafforzare il processo di comprensione del disvalore del comportamento tenuto, l'idea di giustizia riparativa persegue, *inter alia*, l'obiettivo di «*rinsaldare la...fiducia nella vigenza delle norme violate e in generale nell'autorevolezza dell'ordinamento (specialprevenzione positiva, rivolta alla vittima) che parte della dottrina ascrive alla sanzione penale tradizionalmente intesa (ma che, verosimilmente, non è inscindibilmente ad essa connesso, ben*

MAZZUCATO, *La pena in castigo: un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006; G. MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004; G. Così, M.A. Foddai (a cura di), *Lo spazio della mediazione*, Milano 2003; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

⁶⁴ Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 04, pp. 1760-1770. Sottolinea Y. PARZIALE, *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze. il caso dei minori*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, p. 2142, che «*mentre la dottrina penalistica, in un'ottica strettamente tecnico-giuridica, individua la vittima del reato nel titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice violata, la dottrina criminologica-vittimologica pone l'accento sulla persona su cui incide direttamente la condotta criminosa, che può essere o meno titolare del suddetto bene*».

⁶⁵ Sul punto, v. M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, pp. 553-575; G. ZARA, *La psicologia della «vittima ideale» e della «vittima reale»*. Essere vittime e diventare vittime di reato, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, pp. 615-638.

⁶⁶ Cfr. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 41.

⁶⁷ Cfr. F.B. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2007, pp. 91-105.

⁶⁸ Così M. CAGOSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 155.

⁶⁹ Circa l'influenza del diritto internazionale e, in chiave comparata, delle esperienze maturate in seno ad altri ordinamenti giuridici rispetto ai dibattiti insorti ed alle scelte di politica criminale adottate in tema di giustizia riparativa all'interno dello Stato italiano, v. M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, 11, pp. 4188-41200.

⁷⁰ Per una compiuta ricerca delle origini remote del termine «giustizia riparativa», v. G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 01, pp. 137-153.

⁷¹ Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime*, cit, p. 1773.

potendo essere conseguito anche, e forse in maniera più efficace, con strumenti di tipo riparativo e conciliativo)»⁷².

Solitamente, il processo di condivisione che sta alla base del ricorso al modello ideale di giustizia riparativa vede protagonisti tutti i soggetti a vario titolo coinvolti (reo, vittima principale e comunità) e si incentra su di un complesso insieme di fattori tra di loro strettamente interconnessi: «il riconoscimento del torto tramite la discussione di quanto accaduto, ove si realizzano i principi dell'ascolto e del riconoscimento dell'altro; la condivisione e comprensione degli effetti distruttivi causati dal reato tramite l'espressione dei sentimenti, in particolare empatia e vergogna; l'accordo sulle modalità di riparazione e l'impegno concernente i comportamenti futuri (fiducia)»⁷³.

Si tratta, cioè, di «un paradigma basato sulla collaborazione attiva tra i tre soggetti individuati (vittima, reo, comunità): costituisce un'opportunità, per la vittima, per ottenere una riparazione, recuperare un senso di sicurezza e poter andare avanti; per il reo, per comprendere le cause e gli effetti dei propri comportamenti e assumersi le proprie responsabilità; per la comunità, per prevenire la commissione di reati, indagarne le cause ultime e promuovere il benessere e il senso di sicurezza collettivo»⁷⁴.

Per tale via, si perseguono finalità potenzialmente estranee ad una logica di tipo retributivo della pena, in favore di più marcati fini di riparazione del torto subito (e di rieducazione del reo)⁷⁵ mediante la chiara assunzione di responsabilità e la comprensione sia del disvalore del comportamento assunto, sia del complesso dei bisogni e delle sofferenze riconducibili, *prima facie*, alla vittima della condotta criminosa⁷⁶.

Ciò, per il tramite dell'instaurazione di una relazione sociale tra "vittima e carnefice" volta a promuovere empatia, indulgenza e condivisione.

⁷² Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime*, cit. p. 1775.

⁷³ Così E. MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, in *Cass. pen.*, 2019, 4, pp. 1695-1697.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1695. Sul punto, v. anche M.A. FODDAL, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 04, pp. 1709-1713; G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 91.

⁷⁵ «Trattasi, dunque, di un paradigma di giustizia alternativo sia a quello c.d. classico, basato sul concetto retributivo della risposta sanzionatoria sia a quello c.d. moderno, fondato sulla funzione rieducativa della pena e sulla risocializzazione del condannato, ambedue modelli unicamente incentrati sulla persona del reo e sul suo rapporto con lo Stato». Così S. PAOLETTI, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in *Cass. pen.*, 2017, 04, p. 1733.

⁷⁶ Sul punto, in merito alla disciplina di matrice eurounitaria concernente gli strumenti di protezione della vittima di reato, v. C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, pp. 523-551; P. SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2017, 02, pp. 850-868; ID., *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2017, 03, pp. 1236-1258; E. COLOMBO, *Le novità del d.lg. n. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, 2016, 05, pp. 2214-2220; D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3415-3420; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 04, pp. 1789-1814; Per una disamina del complesso di tutele da apprestare in favore delle vittime di reati alla luce della giurisprudenza dei tribunali internazionali, v., *ex plurimis*: F. TRAPPELLA, *Dal genocidio al genocidio. Spunti per una riflessione sulla tutela della vittima secondo i tribunali penali internazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, 11, pp. 4211-4224.

Accanto ad una siffatta “relazione primaria”, si sviluppa, altresì, il coinvolgimento della comunità politica e sociale di riferimento, non certo, ovviamente, a fini di “giustizia sommaria”, bensì allo scopo di salvaguardare interessi collettivi, anch’essi sovente vilipesi da illeciti che, seppur in prima battuta capaci di pregiudicare beni giuridici riferibili ai singoli, ben possono essere contraddistinti da una carica offensiva di più ampio respiro, investendo valori propri dell’intera società civile.

Così tristemente accade, ad esempio, con riguardo al proliferare dei c.d. “discorsi dell’odio” (*hate speech*) – correlati, o meno, ad approcci revisionisti e/o in radice negazionisti⁷⁷ – ovvero dei “crimini d’odio”, condotte criminose comunque sorrette da intenti razzisti, xenofobi e/o discriminatori⁷⁸.

In siffatte occasioni, la latitudine dei comportamenti offensivi della dignità della persona, per ragioni di razza, sesso, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, suggerisce di modulare intensità e consistenza degli strumenti sia di prevenzione, sia di repressione, adeguati alle peculiarità apprezzate sia in astratto, in chiave di definizione di politiche criminali efficaci, sia in concreto, circa, in particolare, l’eventuale ricorso a rimedi propri del modello ideale di giustizia riparativa⁷⁹.

In verità, seppur a fronte di consimili episodi criminosi le “tecniche di mediazione” proprie della *restorative justice* conservino e, per certi versi, permettano di valorizzare i summenzionati fattori di risoluzione positiva della conflittualità individuale e sociale ingenerata a seguito dell’integrazione di “crimini dell’odio”, non debbono, però, essere dimenticati, né minimizzati, i potenziali, molteplici rischi ad esse correlati.

Al di là di eventuali frizioni legate a sistemi procedurali non ancora pienamente collaudati, sempre verosimile è il pericolo di offrire al reo l’occasione di reiterare, durante gli incontri di mediazione, la propria condotta criminosa mediante la propalazione di nuove offese, specie laddove l’atteggiamento assunto non sia riferibile, in vi esclusiva, al singolo individuo, bensì goda del supporto e/o del concorso di una “comunità di sostenitori”, di una vera e propria “organizzazione dell’odio”⁸⁰, fonte di ulteriore aggravio di pregiudizi già subiti dalla vittima⁸¹.

⁷⁷ Cfr. M. SPATTI, “Hate speech” e negazionismo tra restrizioni alla libertà d’espressione e abuso del diritto, in *Studi integr. europ.*, 2, 2014, pp. 341-358.

⁷⁸ Cfr., ex plurimis: L. GOISIS, Sulla riforma dei delitti contro l’uguaglianza, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 03, pp. 1519-1546; ID., Libertà d’espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell’uomo equipara la discriminazione in base all’orientamento sessuale alla discriminazione razziale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 01, pp. 418-441;

⁷⁹ Cfr., ex multis: M. WALTERS, C. HOYLE, *Healing Harms and Engendering Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime*, in P. Bean (ed.), *Hate Crime*, Londra, 2017, pp. 249-266; M. WALTERS, *Hate crime and restorative justice. Exploring causes, repairing harms*, Oxford, 2014; ID., *Restorative approaches to working with hate crime offenders*, in N. Chakraborti, G. Garland (eds), *Responding to hate crime: the case for connecting policy and research*, Bristol, 2014, pp. 243-258; AA.VV., *Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable Paradigms?*, Oxford, 2003.

⁸⁰ Cfr. B. MAZZOLAI, *Hate speech*, cit., pp. 590-592.

⁸¹ Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa*, cit., pp. 1699-1702.

Incerto si dimostra, quindi, il confine entro il quale circoscrivere il ricorso a strumenti di conciliazione, in particolar modo qualora si assista al dilagare di (più o meno) estemporanee e/o reiterate manifestazioni d'odio e di intolleranza.

Altrettanto problematico è, poi, stabilire quando le tecniche di mediazione sociale della giustizia riparativa possano più efficacemente conseguire gli obiettivi auspicati.

Se, difatti, il modello di giustizia riparativa tendenzialmente persegue il fine di operare prima del (ovvero in alternativa al) processo penale⁸², costituendo un valido strumento di deflazione procedurale, non è certo da escludere l'utilizzo delle medesime modalità di "incontro" tra "vittima e carnefice" anche in sede di esecuzione penale, ovviamente non solo in chiave riparativa, appunto, ma anche rieducativa e risocializzante.

Si attiva, in questa direzione, un percorso strutturato che ben può vedere partecipi e coinvolte anche le istituzioni culturali, a livello scolastico e/o universitario, agevolando una consapevole sensibilizzazione sui temi della diversità, della tolleranza e delle modalità positive di gestione dei conflitti ed implementando le occasioni di incontro e confronto⁸³.

Ciò, a maggior ragione laddove non siano (esclusivamente) coinvolte vittime "principali" ma si debba correre ai ripari al fine di sterilizzare ogni potenziale deriva settaria, discriminatoria, razzista e/o xenofoba a motivo della divulgazione di notizie false e/o tendenziose o di "fantasiose" ricostruzioni di tragici episodi storici⁸⁴.

Allorquando, cioè, anche a causa della scomparsa dei diretti protagonisti e dei testimoni oculari, si assista ad un, tanto progressivo quanto pericoloso, processo di annebbiamento collettivo della memoria⁸⁵, «*le rivisitazioni che minimizzano quanto accaduto si fanno sempre più audaci*»⁸⁶ specie laddove venga avvertito un senso di profondo smarrimento in seno alla società civile, sovente "distratta" ed incapace di rafforzare le iniziative dedicate "alla memoria ed al ricordo"⁸⁷ onde scongiurare i pericoli di

⁸² Per una disamina del tema della mediazione penale come alternativa al processo e luogo d'incontro tra reo e vittima, v. F. TRAPPELLA, F. BARDELLE, *Il protocollo Rodigino sulla messa alla prova per maggiorenni*, in *Cass. pen.*, 2015, 09, pp. 3345-3347.

⁸³ Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa*, cit., pp. 1706-1712.

⁸⁴ Per una disamina dei "casi giudiziari", balzati agli onori della cronaca nel corso degli ultimi 50 anni, concernenti l'incriminazione di manifestazioni antisemite tradottesi in opere letterarie i cui testi denotano, per usare un eufemismo, una scarsa onestà scientifica e, in alcuni passi, una chiara inclinazione al negazionismo, v. V. PISANTY, *I negazionismi*, cit., pp. 425-432.

⁸⁵ Contra A. MACCHIA, *Spunti*, cit., p. 23-24, secondo cui «*il numero ragguardevole di ebrei italiani vittime di quei fatti ha contribuito, non soltanto a tenere viva la memoria, ma a generare validi anticorpi contro qualsiasi tentativo di annichilimento di quei fatti*».

⁸⁶ Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa*, cit., p. 1686.

⁸⁷ «*Se da un lato, si è anche osservato, la "memoria" può essere assunta a base di un fondamento storico culturale di condivisione, e quindi quale valido collante identitario, è però altrettanto vero che lo stesso "oggetto" di rimembranza, può indurre elementi fortemente "divisivi", dando vita – in forme, purtroppo, storicamente verificate – a fenomeni di "revanscismo" e di antagonismi di tipo etnico culturale*». Così A. MACCHIA, *Spunti*, cit., p. 22-23. Invero, nel descrivere il rapporto intercorrente tra misure culturali e strumenti giuridici posti a salvaguardia del ricordo e del rispetto della Shoah, sottolinea E. FRONZA, *Diritto e memoria. Un dialogo difficile*, in *Novecento*, 2004, p. 47, che «*le due modalità di intersezione tra memoria e diritto sembrano configurare due attività mnemoniche differenti*

diffusione di convincimenti distorti e privi di riscontro, spesso basati «*su antipatie ancestrali nei confronti delle minoranze o di chi è percepito come debole o vulnerabile*»⁸⁸.

In tal contesto, di difficile composizione risulta essere il mosaico di interessi e valori coinvolti, in uno col fissare i confini entro i quali perimetrare la latitudine, assiologica ed applicativa, del “paradosso della tolleranza”⁸⁹ nell’ambito di uno Stato che «*vive di presupposti che esso di per sé non può garantire*»⁹⁰.

Difatti, seppur insista, ancor oggi, un indirizzo volto a precludere (o fortemente limitare e condizionare), in nome di una presunta assolutezza della libertà di manifestazione del pensiero, ogni tutela (penale)⁹¹ a fronte di tentativi di rievocazione di vicende criminose di particolare drammaticità, per loro natura idonee a provocare il turbamento emotivo (in verità, non solo) delle rispettive vittime (ma anche dei loro familiari e, più in generale, dell’intera comunità), la progressiva affermazione del valore della dignità umana in seno alle moderne democrazie allontana sempre più ideologie settarie e xenofobe dal comune patrimonio assiologico che tratteggia e contraddistingue collettività politiche evolute.

Ciò, non certo in nome di una non meglio precisata “morale democratica”⁹², in ossequio alla quale definire i «*crismi di un principio di genetica repulsione per talune ideologie (le c.d. “eresie democratiche”)*»⁹³, bensì in ragione della promozione ed «*identificazione dei diritti culturali come profilo essenziale dei diritti fondamentali dell’uomo e la conseguente possibilità di garantire il pluralismo ideologico-culturale attraverso gli strumenti e le tecniche proprie dei diritti fondamentali*»⁹⁴.

Per tale via, si persegue l’obiettivo di superare la strumentalizzata ed esacerbata interpretazione dei fondamenti di tradizioni (*rectius*: distorsioni) culturali che rinvencono terreno fertile all’interno di più o meno (numericamente) significative fasce della popolazione non abituate (per convincimenti, bisogni materiali e disperazione) a credere nella indefettibile moralità dei diritti umani e disposte a prestare fiducia ad ideologie settarie e/o xenofobe capaci di fare leva sullo scoramento e l’angoscia, contrapponendo ad essa ed ai deliri del fanatismo e dell’integralismo i valori della democrazia, della tolleranza e del multiculturalismo.

riguardanti i cittadini. Nel caso della “giornata della memoria” lo Stato si limita ad affermare che tale giorno è dedicato al ricordo, lanciando l’invito civile: “bisogna ricordare”. Nel caso di legislazioni volte a reprimere i comportamenti negazionisti lo Stato tutela una determinata ricostruzione mnemonica del passato, comunemente accettata, e l’imperativo traduce un messaggio differente: “bisogna ricordare in un determinato modo”».

⁸⁸ Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa*, cit., p. 1687.

⁸⁹ Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici* – 1. Platone totalitario, Roma, 1973, p. 360.

⁹⁰ Così E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita*, Bari, 2007, p. 53.

⁹¹ Per una disamina del contenzioso civile ingeneratosi in seguito agli episodi criminosi perpetrati a danno dei cittadini di razza ebraica durante la Seconda guerra mondiale ed in ordine alla rilevanza della verità “storica” in ambito processuale nel diritto internazionale, v. L. BILSKY, *Transnational Holocaust Litigation*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 2, 2012, pp. 349-375.

⁹² Cfr. P. WACHSMANN, *Liberté d’expression et négationnisme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 593.

⁹³ Cfr. D. PICCIONE, *L’antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della costituzione e diritto penale dell’emotività*, in *Giur. cost.*, 2017, 4, p. 1941.

⁹⁴ Così P. CARROZZA, *Nazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, p. 150.

Al cospetto della faziosità, espressione di inaccettabile intolleranza ed intransigenza, volta a conculcare orientamenti razzisti e, in questo modo, a pregiudicare e vilipendere, *in primis*, il principio di uguaglianza, non si tratta, quindi, di procedere ad un'operazione di "mero" bilanciamento fra beni giuridici fondamentali, quali la libertà d'espressione e la tutela della dignità individuale, collettiva e/o della reputazione di gruppi ben identificati.

In consimili occasioni, difatti, le espressioni offensive ostese travalicano palesemente i confini di liceità rilevabili in seno ad un ordinamento democratico; perciò, si dimostra necessario prendere atto dell'esistenza del fenomeno – connotato da intrinseco disvalore – e, di conseguenza, arginare l'impatto realmente distruttivo che può derivare dal "vilipendio alla memoria" per la società democratica, apprezzata nella sua interezza e complessità, a causa, in particolare, del potenziale effetto di "cassa di risonanza" prodotto dai messaggi d'odio, contraddistinti da sempre maggiore credito specie all'interno di fanatiche congreghe oltranziste, con il risultato di esacerbare il conflitto sociale che, facilmente, potrebbe scadere in atteggiamenti discriminatori e forse persino nella commissione di atti di violenza.

Pertanto, per porre rimedio a siffatte (ancorché solo) potenziali derive autoritarie, non è indispensabile attendere che l'*hate speech* sfoci, inevitabilmente, in un pericolo reale e imminente per la società democratica poiché, in realtà, irrimediabile è sempre e comunque il conflitto che intercorre tra "verità negate", offese gratuite propalate a cagione di impulsi settari e xenofobi e i valori posti a fondamento di una comunità davvero evoluta e che (ama e) suole definirsi civile⁹⁵.

⁹⁵ In tema v. A. VALLINI, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in *Studi sulla questione criminale*, 1/2020, pp. 33-64; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2016, pp. 999-1015. Per vero, ciò potrebbe ingenerare una certa preoccupazione in merito al pericolo di ingiustificato "attentato" alle libertà fondamentali mediante la costruzione di un diritto penale non più pienamente costituzionalmente orientato, «segno di forte debolezza delle odierne democrazie ma che è stato, tuttavia, temperato dall'opera dei giudici nazionali che attraverso la tecnica del bilanciamento hanno considerato rilevanti le circostanze concrete in modo da evitare l'anticipazione della soglia di punibilità alla mera condotta espressiva». Così F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, Vol. XXVI, 2017, n. 1-2, p. 59. Diversamente, è stato sottolineato, abbandonandosi alle suggestioni proprie di logiche securitarie ed anticipatorie, potrebbe addirittura (e, per certi versi, quasi paradossalmente) insorgere il pericolo di giungere a formulare accuse di razzismo, omofobia, sessismo e xenofobia nei confronti di «chi ad esempio ritenga discutibile e/o controproducente il largo ricorso alla criminalizzazione del discorso razzista, omofobo, sessista o xenofobo a cui oggi si assiste in Europa, o – di – chi dia ragioni per ritenere tali discorsi protetti dalle garanzie della libertà di parola». Così G. GOMETZ, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in *Stato, Ciese e pluralismo confessionale*, 2017, pp. 2-3. Del resto, in termini generali, vale sempre la riflessione secondo la quale "il modello del reato come offesa ad un bene giuridico esclude che la repressione penale possa arretrare oltre la soglia dell'esposizione a pericolo di un bene; il reato non potrà dunque esaurirsi in un comportamento sintomatico di una personalità pericolosa o di un qualsivoglia atteggiamento interiore, giacché né uno status soggettivo, né un atteggiamento della volontà potranno mai incidere sulla realtà, e quindi influire sull'integrità di un bene". Così E. DOLCINI, *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. Canestrari (a cura di), *Diritto penale alla svolta di fine millennio: atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*, 1998, p. 211. Secondo una differente prospettiva, poi, con specifico riguardo all'aggravante volta a sanzionare nel sistema codicistico italiano il negazionismo, sovente si assisterebbe alla violazione non del principio di offensività,

Contenere e colpire il “linguaggio dell’odio” non si traduce, in verità, nel disconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, ma garantisce la più intima consistenza di valori democratici faticosamente conquistati nel tempo, impedendo che prevarichi la “cultura razzista” insita, ad esempio, nelle opinioni “puramente” negazioniste⁹⁶.

Ciò, non perché le politiche criminali cedano alle spinte e contropunte dell’emotività⁹⁷, ma poiché apprestare idonee tecniche di difesa della memoria storica condivisa consente di impedire il proliferare di tristi rigurgiti antidemocratici anche per il tramite dell’affermazione del “linguaggio dell’odio”.

Per vero, in consimili episodi, al di là della mera repressione criminale, il ricorso alle tecniche di mediazione proprie della giustizia riparativa ben potrebbe se non, in molti casi, eliminare il fatto commesso, quantomeno contribuire a trasformarne gli effetti, le conseguenze ed il significato⁹⁸.

In una siffatta prospettiva, il ricorso alle metodiche proprie della giustizia riparativa assurge, quindi, a strumento ideale per consentire l’equo ristoro dell’offesa subita⁹⁹ ed il ripristino della “memoria violata”, in uno con l’attivazione di un percorso di sincera resipiscenza che presupponga piena consapevolezza del disvalore delle parole pronunciate o delle condotte tenute, ovviamente a patto che vi sia una reale volontà di accedere ad iniziative sorrette da marcati intenti rieducativi e risocializzanti.

Si tratta, cioè, di abbandonare la stringente logica afflittiva del contrappasso¹⁰⁰, in vista del perseguimento di finalità riconciliative¹⁰¹, in nome del binomio riparazione/rieducazione, ovvero di “rieducazione attraverso riparazione” (sia pure senza dimenticare che gli obiettivi della riparazione non si esauriscono nella rieducazione dell’autore del reato)¹⁰², mediante la valorizzazione di sanzioni alternative

bensi di precisione; per tale via, detta previsione incriminatrice è «destinata, simbolica com’è, alla non applicazione». Così G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 21.

⁹⁶ Manifestazioni discriminatorie, peraltro, capaci, come già evidenziato, non solo di incidere sull’assetto politico/sociale e/o sulla libera e pacifica convivenza tra i consociati, ma anche di rappresentare «la più totale negazione della personalità dell’uomo come valore in sé». Così E. FRONZA, *Osservazioni sull’attività di propaganda razzista*, in *Riv. Int. Dir. uomo*, 1997, p. 66.

⁹⁷ Parla di «formulazione emozionale dei precetti, ritenuti incapaci di garantire il nucleo duro di tipicità indispensabile per applicare la sanzione detentiva», G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., p. 1325.

⁹⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 02, pp. 641-669; M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, p. 142.

⁹⁹ Circa il tema della riparazione «come pena, senza pena, nella pena e con la pena», v. G.P. DEMURO, *L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1, pp. 437-472.

¹⁰⁰ Cfr. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 18.

¹⁰¹ Cfr. D. CARCANO, *Giustizia riparativa con uno sguardo alla nuova disciplina delle “condotte riparatorie”*, in *Cass. pen.*, 2018, 12, p. 4038.

¹⁰² Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, pp. 1690-1692.

alla classica privazione della libertà¹⁰³, consistenti, ad esempio, nel prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per scopi sociali o di pubblica utilità¹⁰⁴.

La prospettiva entro la quale ci si muove, quindi, diviene non solamente quella (per vero, riduttiva) di intendere il ricorso alla giustizia riparativa alla stregua di mero rimedio volto ad «*attenuare, affievolire ed, in talune ipotesi, finanche annullare completamente le conseguenze lesive discendenti dalla commissione del fatto di reato attraverso comportamenti variamente riconducibili ad una resipiscenza del reo*», bensì in termini di perseguimento di una funzione di tipo “conciliativo”, «*nella quale da una ricomposizione del conflitto sociale, “aperto” fra i consociati dalla stessa commissione dell’illecito penale, possa schiudersi successivamente un eventuale accordo fra i soggetti coinvolti dall’episodio criminoso sulla possibile restitutio in integrum delle espressioni praticabili di tutela dei beni offesi dalla commissione dell’illecito*»¹⁰⁵.

In verità, il raggiungimento di consimili obiettivi ben potrebbe soddisfare non solamente esigenze proprie di “protezione della collettività”, ma anche un’effettiva ed integrale restaurazione degli interessi privati offesi; dall’autentica volontà del carnefice di rimediare al male cagionato, la vittima di un crimine d’odio, difatti, potrebbe ritrarre il migliore appagamento del proprio anelito di giustizia sovente avvertito non solamente in ossequio ad una prospettiva individuale e/o egoistica, bensì anche in rappresentanza della minoranza di appartenenza, anch’essa vilipesa.

Ciò, perfino in vista dell’obiettivo di promuovere il perdono, i cui tratti caratteristici peculiari divengono «*la rinuncia alla ritorsione del male e l’interesse per un futuro non più segnato dal male in chi, pure, lo abbia commesso*»¹⁰⁶.

Diversamente, in assenza della volontà di porre rimedio al proprio comportamento colpevole, in uno ad una seria ed approfondita riflessione critica in ordine al crimine perpetrato ed alle sue conseguenze dannose¹⁰⁷, esaurite le differenti, alternative opzioni percorribili ed a fronte di un becero populismo pervaso da xenofobia, il diritto penale è costretto a dover intervenire per ripristinare i valori violati¹⁰⁸.

Ciò, in particolare, a fronte di condotte “decisamente” aggressive capaci di esporre a pericolo e concretamente pregiudicare relevantissimi interessi umani; mediante la commissione di “crimini d’odio”, sovente particolarmente efferati, è già stato in precedenza rilevato, intrisi di (deteriore) valenza simbolica, si arreca un *vulnus*

¹⁰³ Sul punto, per una disamina in chiave comparata, v. A. BERNARDI, *L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 01, pp. 51-95.

¹⁰⁴ «*Sceso in campo, il diritto penale non può reagire al discorso d’odio con sanzioni de-socializzanti, proprio quando il colpevole necessita di un contatto più ravvicinato con la dimensione socio-culturale da lui avversata: il lavoro di pubblica utilità indirizzato alle comunità rappresentative dei gruppi offesi dalle condotte discriminatorie, in uno con momenti educativi appositamente programmati durante la fase dell’esecuzione, pare essere soluzione appropriata*». Così e per un approfondimento, v. G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., p. 1355.

¹⁰⁵ Così E. MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 09, p. 3094.

¹⁰⁶ Così L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 3, p. 1137.

¹⁰⁷ Cfr. G. MASTROPASQUA, *I percorsi di giustizia riparativa nell’esecuzione della pena*, in *Giur. merito*, 2007, 03, 892-895.

¹⁰⁸ G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., pp. 1355-1356.

non solo in capo alla vittima principale, direttamente destinataria della condotta offensiva o violenta, ma si aggredisce, per tale via, l'intera comunità di appartenenza¹⁰⁹.

Costituendo, poi, espressione di diretto vilipendio alla dignità della persona, l'*hate crime* assurge a potenziale fattore di instabilità ed incertezza per l'integrità ed immanenza del principio di uguaglianza, cagionandone una mortificazione mediante l'affermazione di orientamenti intransigenti e xenofobi.

Così, pur cercando di apprestare ogni utile rimedio che, in chiave preventiva, possa permettere di estirpare o, al più, contenere "la radice del male", promuovendo processi di educazione ai valori fondanti una comunità civile, permanendo episodi di esacerbata intolleranza, la risposta sanzionatoria non può certo attendere¹¹⁰.

In consimili occasioni, il ricorso all'incriminazione e la conseguente applicazione della pena divengono non certo espressione del fallimento dei percorsi di affermazione della "cultura della legalità", che ben può essere invece radicata in seno alla maggioranza della comunità politica di riferimento, ma assurgono a strumento di difesa dei valori di civiltà faticosamente conquistati nel tempo a caro prezzo, apprezzati, però, non alla stregua di patrimonio assiologico definitivamente acquisito, bensì di principi ed ideali da curare e promuovere quotidianamente, al cospetto di ogni potenziale minaccia che ne possa compromettere la più intima consistenza.

Ben vengano, in questa direzione, previsioni incriminatrici (anche nella forma di "mere" circostanze aggravanti) che postulino, al contempo, anche in chiave simbolica, un chiaro disvalore delle condotte punite¹¹¹ in uno con adeguate (e pure severe) cornici edittali¹¹².

Ritornano in auge, per tale via, le tradizionali funzioni della pena: sanzionare, non certo per vendicare, bensì per "rendere giustizia", da un lato¹¹³; sterilizzare il

¹⁰⁹ «L'*hate crime* è capace di innescare un processo di vittimizzazione delle minoranze, tale per cui la vittima patisce effetti pregiudizievoli sia a livello psicologico che sociale. Lo stress psicologico da reato cui va incontro la vittima diretta del crimine d'odio – fermo restando il personale processo di vittimizzazione di ciascun individuo, fondato sulle proprie caratteristiche personali e sul contesto fattuale del reato – può condurre ad un processo di rivittimizzazione in quanto la vittima del reato, sentendosi più vulnerabile, potrebbe apparire maggiormente esposta ad analoghe condotte penalmente rilevanti». Così L. D'AMICO, *Le forme dell'odio. un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 3.

¹¹⁰ In tema v. G. ZICCARDI, *Il contrasto dell'odio online: possibili rimedi*, in *Lessico di etica pubblica*, 2018, pp. 37-48.

¹¹¹ Assurgendo, in consimili occasioni, il diritto penale «anche come strumento che tramite i precetti, piuttosto che con le sanzioni, può contribuire a veicolare un messaggio di forte disapprovazione [...] il disagio connesso all'opzione sanzionatorio-detentiva quale eventuale risposta penale in tema di libertà di espressione, induce a chiedersi se la dimensione simbolica possa assurgere anche al rango di "funzione primaria"». Così F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. Cost.*, 2013, p. 232.

¹¹² In senso critico, v. B.G. BELLO, *Riflessioni critiche sulla legislazione penale italiana contro il discorso d'odio nel sistema multilivello: la prospettiva del paradigma del social working of law*, in *Ragion pratica*, 2/2019, pp. 535-562.

¹¹³ Cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2016, pp. 96-108.

pericolo di reiterazione di condotte criminose simili rispetto a quella punita, dall'altro¹¹⁴.

¹¹⁴ Circa l'intento di fornire all'assunto "la pena è necessaria" se non una giustificazione, quanto meno una spiegazione, ricercando il paradigma esplicativo dell'ancestrale "bisogno di punire", v. C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena – pensieri scettici su modernità e archeologia del punire* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 2, pp. 447-520.

L'UTILIZZO CRIMINOGENO DELLA BLOCKCHAIN: GLI SMART CONTRACT

di Giovanni Paolo Accinni

SOMMARIO: 1. Gli *smart contract*: cenni introduttivi. – 2. Le caratteristiche criminogene degli *smart contract*. – 3. I c.d. “*criminal smart contract*”. – 4. Il sistema *blockchain* nella concreta (in)operatività del diritto penale. – 5. L’astratta (ir)responsabilità concorsuale dello sviluppatore dello *smart contract*. – 6. Profili di applicabilità degli artt. 615-*quater* e 615-*quinquies* c.p. – 7. Conclusioni: il progresso tecnologico tra auto responsabilizzazione e minaccia di pena.

1. Gli *smart contract*: cenni introduttivi

Nell’ultimo decennio il ruolo di internet e del cyberspazio è diventato prepotentemente pregnante nella vita quotidiana di ciascun individuo: la maggior parte degli scambi, dei servizi e delle funzionalità precedentemente condotta nel mondo “fisico” è ora svolta nel mondo virtuale. Una delle innovazioni più *in auge* è certamente rappresentata in questi ultimissimi anni dalla c.d. *blockchain* (letteralmente “catena di blocchi”)¹, che sta alla base del funzionamento delle c.d. criptovalute, ma che ha avuto poi sviluppi nei campi più diversi quali (ad esempio) la medicina. Con il generale

¹ La *blockchain* è un registro distribuito e decentralizzato (*Distributed Ledger Technology* o *DLT*), caratterizzato dalla trasparenza e dalla tendenziale immutabilità e irrepudiabilità, che sfrutta la crittografia asimmetrica per la protezione e l’autenticazione delle transazioni (attraverso chiavi pubbliche e private) che sono iscritte e conservate in blocchi collegati tra loro cronologicamente. Si tratta di un sistema decentralizzato in quanto non vede la partecipazione di alcuna autorità centrale che certifichi e garantisca la veridicità delle transazioni. Pertanto, mentre in un sistema centralizzato la fiducia dei partecipanti è riposta nell’ente centrale che lo gestisce o lo supervisiona, in un sistema decentralizzato e distribuito la fiducia è nell’infrastruttura in sé, composta da tutti i partecipanti della rete (i nodi, organizzati secondo l’architettura della rete *peer to peer* o *P2P47*), secondo il principio del consenso ed il meccanismo delle ricompense (*proof of work*). Una copia dell’intero *ledger* è inoltre conservata a cura di ogni singolo nodo della rete, ed è accessibile da ognuno di essi, rendendo la *blockchain* trasparente e verificabile. Si differenzia quindi dai comuni *database* centralizzati in quanto i dati non sono conservati in uno (o più) *server*, dove tra i partecipanti alla rete vi è un rapporto *client-server*, ma ogni nodo è in posizione paritaria l’uno con l’altro. Ciò comporta anche una maggiore sicurezza del sistema in quanto l’attacco ad un singolo nodo non comprometterà il funzionamento né l’integrità dei dati. Un’altra caratteristica della *blockchain* è la “*scarsità digitale*” che permette di far assumere valore economico e di scambio a ciò che viene registrato sui registri distribuiti. I comuni documenti informatici possono invero essere copiati e duplicati senza particolare difficoltà infinite volte rendendoli indistinguibili l’uno dall’altro; l’uso della crittografia rende invece ogni transazione unica e quindi non duplicabile, conferendo così “scarsità” e perciò valore a tutto quanto il che viene trascritto sulla *blockchain*.

sviluppo della c.d. *blockchain* si è assistito però anche al contestuale approfondimento delle possibili devianze criminogene di siffatta tecnologia. La *blockchain* consente infatti di concludere transazioni *online* senza che vi sia bisogno di intermediari e (soprattutto) offre transazioni istantanee ed anonime tra individui. Ai vantaggi si contrappone così l'incoraggiamento dello sviluppo criminogeno del settore², concretizzatosi nell'immissione di *ransomware*, nel riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite e nel commercio di beni illegali³.

Le più evolute versioni della *blockchain*, come quella gestita dalla *community* Ethereum, hanno nondimeno iniziato ad offrire ulteriori funzionalità virtuose rispetto a quelle del mero trasferimento di valuta virtuale. Ci si riferisce in specifico alla possibilità di implementare l'uso dei c.d. *smart contract*⁴: un sostantivo con cui si identificano contratti ad esecuzione automatica, ossia che agiscono in modo autonomo secondo le condizioni prestabilite dalle parti e poi tradotte in un codice informatico. In particolare, l'esecuzione del contratto comporta tipicamente un trasferimento di criptovaluta a fronte dell'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione. Una volta verificato ed iscritto nella *blockchain* esso diviene quindi sostanzialmente irreversibile, riducendo perciò il rischio di un possibile inadempimento da parte dei "sottoscrittori"⁵.

Un esempio di siffatta tecnologia è costituito dagli *smart contract* utilizzati dalle compagnie aeree per gestire i rimborsi in caso di ritardi dei voli. Il riferimento è al caso di un passeggero che acquisti il proprio biglietto tramite l'applicazione di una compagnia che utilizzi la *blockchain* di Ethereum e che abbia creato uno *smart contract* per la gestione dei rimborsi. Lo *smart contract* prevede segnatamente che, se l'aereo accumuli un certo ritardo, al passeggero venga riconosciuto un rimborso pari al 15% del prezzo corrisposto.

Ebbene, laddove in un sistema tradizionale la verifica del ritardo accumulato dall'aereo, della sussistenza delle condizioni per l'ottenimento del rimborso e la stessa esecuzione del pagamento richiederebbero (e richiedono) l'intervento di numerosi intermediari, necessitando di tempo e rimanendo subordinati alle valutazioni (ed alla buona fede) dei soggetti coinvolti nel processo, nel caso di utilizzo di uno *smart contract* ciò non è più necessario. Allorquando allo *smart contract* venga trasmesso il segnale automatico del ritardo accumulato dall'aereo, il contratto provvederà a verificare in modo autonomo se quest'ultimo superi (o meno) la soglia a cui viene subordinata l'erogazione del rimborso e provvederà poi (altrettanto autonomamente) al rimborso di quanto dovuto al passeggero.

² A. JUELS, A. KOSBA, E. SHI, *The ring of gyges: Using smart contracts for crime*, in *aries* 40, 2015, 54.

³ Si veda ad esempio il mercato sviluppatosi nel *dark web* denominato "via della seta" dove poteva ritrovarsi qualsiasi tipo di bene illegale. Cfr. sul punto: N. CHRISTIN, *Traveling the Silk Road: a measurement analysis of a large anonymous online marketplace*, in <https://www.andrew.cmu.edu/user/nicolasc/publications/TR-CMU-CyLab-12-018.pdf>.

⁴ Una delle criptovalute appositamente concepita per essere utilizzata per l'esecuzione degli *smart contracts* è *Ether*, implementata sulla piattaforma *Ethereum* ed attualmente la più utilizzata dopo il *Bitcoin*.

⁵ L. BRUNONI, O. BEAUDET-LABRECQUE, *Smart contracts and cybercrime: a game changer?*, in *Математические структуры и моделирование* 4, 44, 2017, pp. 136-140.

Manifesto come si tratti quindi di una tecnologia foriera di nuovi impatti sul sistema giuridico odierno. In un ambiente commerciale tradizionale l'esecuzione dell'accordo dipende infatti dalla buona fede delle parti e, in caso di inadempimento, può essere fatto rispettare solo rivolgendosi al potere giurisdizionale. Di contro, gli *smart contract* eseguono automaticamente la prestazione tradotta nel codice informatico, eliminando perciò (da un lato) la necessità di fidarsi della controparte e (dall'altro) di dipendere da quest'ultima o dalle Autorità statali, una volta che i termini del sinallagma siano stati concordati e caricati sulla *blockchain*⁶.

Eliminando il "problema" della buona fede contrattuale gli *smart contract* sono così destinati ad apportare sicuri benefici agli scambi commerciali. La crittografia e l'anonimità delle transazioni, tipiche del sistema *blockchain*, possono poi però essere utilizzate altresì per occultare il contenuto delle prestazioni dedotte negli *smart contract* e la stessa identità delle parti contraenti, esacerbando così il rischio che siffatti contratti possano essere utilizzati per la commissione di reati.

Per vero, l'analisi delle possibili implicazioni criminogene degli *smart contract* diviene tanto più interessante a considerarsi che (già oggi) gli stessi vengono utilizzati per scambiare ingenti quantità di valuta virtuale. Lo *smart contract* di valore più elevato ad oggi esistente sulla *blockchain* Ethereum ammonta (ad esempio) a circa 1.800 ETH⁷, ossia ad un controvalore (in valuta *fiat*) pari (addirittura) a 400 milioni di dollari⁸. Insomma, una tecnologia che, se non opportunamente presidiata, potrebbe consentire operazioni illecite di significativa rilevanza economica e di altrettanto sicuro allarme sociale.

2. Le caratteristiche criminogene degli *smart contract*.

In via di prima approssimazione vi è che gli *smart contract* sono dotati di caratteristiche che li rendono intrinsecamente molto "appetibili" per il mondo criminale. La prima è (come detto) senz'altro l'anonimato, che deriva dal fatto che gli *smart contract* vengono implementati nel sistema *blockchain*. Come noto nella *blockchain* la tracciabilità delle singole operazioni non giunge infatti sino al punto di consentire di risalire alla reale identità degli operatori. In ciascuna operazione ogni *user* è identificato da una chiave pubblica ed una privata. Allorquando si effettui l'operazione, la *blockchain* registra la chiave pubblica del suo autore, mentre la chiave privata (la *password*) non viene pubblicata, ma rimane nell'esclusiva disponibilità del titolare. Ciò fa sì che quanto risulterà visibile pubblicamente non sarà mai il reale nominativo dell'utente, ma un mero numero identificativo corrispondente alla chiave pubblica del soggetto. Nel caso in cui un utente della *blockchain* vi distribuisca (*deploy*) uno *smart contract*, la relativa

⁶ L. BRUNONI, O. BEAUDET-LABRECQUE, cit, pp. 136-140.

⁷ M. NDIAYE, P.K. KONATE, *Cryptocurrency Crime: Behaviors of Malicious Smart Contracts in Blockchain*, in 2021 International Symposium on Networks, Computers and Communications (ISNCC), IEEE, p. 2.

⁸ T. CHEN et al, *A generic online detection framework for smart contracts*, in *Proceedings of the 27th Network and Distributed System Security Symposium*, 2020.

distribuzione rimarrà perciò riconducibile alla sola chiave pubblica dell'utente, ma non sarà (appunto) possibile comprendere la reale identità fisica delle parti del contratto⁹.

La seconda caratteristica sta nel fatto che siffatti strumenti eliminano qualunque alea soggettiva intesa all'attuazione del contratto nel senso che la corretta esecuzione della prestazione è indipendente dalla buona fede delle parti ed avviene in via "automatica" al solo verificarsi delle condizioni prestabilite nello *smart contract*. È stato pertanto evidenziato che, sebbene siffatta caratteristica sia in grado di offrire molti benefici (si pensi al citato esempio dei rimborsi dei biglietti aerei), consente tuttavia di attribuire *"buona fede a due parti naturalmente in mala fede"*¹⁰. Detto più chiaramente: l'automatismo e l'irreversibilità che contraddistinguono il funzionamento degli *smart contract* riducono il comune (e significativo) rischio che le parti dell'accordo criminale recedano, si ritirino, o tradiscano la controparte nel corso dell'esecuzione del reato, rendendo così sicure tutte le transazioni di carattere illecito e attribuendo (appunto) *"buona fede a due parti [criminali, che si trovano] naturalmente in mala fede"*.

Un terzo (e non meno rilevante) aspetto "problematico" degli *smart contract* discende poi dalla minimizzazione del rapporto tra le parti durante l'esecuzione dell'accordo. La descritta natura "automatica" dello *smart contract* fa infatti sì che per monitorare l'esecuzione (ad esempio) di una prestazione illecita, non sia più necessario alcun contatto od incontro tra mandante ed esecutore, giacché siffatta verifica verrà svolta in maniera autonoma dallo stesso *smart contract*. La dottrina ha perciò sottolineato come una siffatta situazione renda pressoché impossibile identificare *"i mandanti dei reati che, dopo aver ideato il reato ed averlo trasformato in un codice per smart contract, possono restare completamente anonimi e slegarsi dal contratto stesso"*¹¹.

Il quarto profilo di indagine risiede nuovamente nel fatto che gli *smart contract* consentono (e consentiranno ancor più in futuro) di utilizzare anche fonti esterne, di carattere aperto, come *input* di verifica dell'avvenuta esecuzione dell'accordo, quali ad esempio bollettini meteo, listini ufficiali di prezzi di azioni, articoli di stampa etc. Si è invero già chiarito come anche siffatte funzionalità finiscano (e finiranno) non solo per ridurre ulteriormente l'esigenza di interazione tra mandante ed esecutore materiale del reato, ma per allargare il raggio di azione degli *smart contract* dal mondo virtuale a quello fisico e reale, potendo così agevolare e rendere più sicura la commissione di gravi reati su commissione quali (ad esempio) omicidi, crimini di terrorismo, lesioni, incendi dolosi etc. (vedi *infra*)¹².

⁹ L. SHLOMI, N. STAKHANOVA, and A. MATYUKHINA, *Exploring Ethereum's blockchain anonymity using smart contract code attribution* in *15th International Conference on Network and Service Management (CNSM)*, IEEE, 2019. Le autrici hanno chiarito come sia possibile ricondurre lo *smart contract* alle chiavi pubbliche dei relativi autori. Ad ogni modo, non è possibile risolvere il problema della riconducibilità della chiave pubblica visibile sulla *blockchain* al soggetto fisico effettivo titolare.

¹⁰ A. JUELS, A. KOSBA, E. SHI, *The ring of gyges: Using smart contracts for crime*, cit., p. 54

¹¹ *Ult. Op. cit.*

¹² *Ult. Op. cit.*

3. I c.d. “criminal smart contract”.

La dottrina per ora formatasi¹³ ha individuato due tipologie di *smart contract* che potrebbero essere “sfruttate” dalla criminalità. I c.d. *criminal smart contract* ed i *vulnerable smart contract*. Mentre i primi vengono definiti come “*smart contract che facilitano la commissione di reati tramite criptovalute nei sistemi distribuiti*”¹⁴, con il termine *vulnerable smart contract* la dottrina indica invece quei contratti che, contenendo errori (“bugs”) nel proprio codice di esecuzione, possono venire utilmente “attaccati” da terzi aggressori con l’intento di modificarne il contenuto e/o di rubare l’oggetto della transazione (*recte*: della quantità di criptovaluta idonea al saldo dell’operazione dedotta in contratto). Si tratterà qui dunque della sola prima categoria di *smart contract* (i c.d. *criminal smart contracts*), poiché le due tipologie di contratti presentano caratteristiche criminogene molto diverse e (soprattutto) il concetto di *bug* insito nei *vulnerable smart contract* imporrebbe disamine distinte e specifiche per ciascun singolo contratto¹⁵.

Bene allora chiarire che la dottrina si è ad oggi focalizzata su due tipiche e distinte categorie di *criminal smart contract*:

- i *criminal smart contract* strutturati per ottenere la rivelazione di informazioni segrete o di chiavi private (ad es. le chiavi di accesso ad un *wallet* contenente valuta virtuale);
- e i *criminal smart contract* cosiddetti “*calling card crimes*” (“crimini con biglietto da visita”) che si caratterizzano per la circostanza che la loro esecuzione abbia effetto nella realtà fisica e non in quella propriamente digitale¹⁶.

Muovendo dalla prima categoria, tra i principali *criminal smart contract* finalizzati al furto di informazioni sono stati (intanto) individuati quelli adibiti alla rivelazione di informazioni sottoposte a segreto. In specifico, lo *smart contract* viene in questo caso programmato in modo tale che, una volta corrisposto il prezzo in criptovaluta, il contratto stesso renda automaticamente decriptata (e quindi visibile) l’informazione riservata dedotta in contratto per un determinato periodo di tempo. Si tratta cioè di accordi che sono idonei a dar vita a dei veri e propri mercati di informazioni riservate riguardanti (ad esempio) segreti governativi o industriali¹⁷.

Una seconda tipologia di *criminal smart contract* rientrante nella medesima categoria prevede poi che, all’effettuazione di un modesto pagamento, venga decriptata solo una parte delle informazioni riservate. Laddove le stesse risultino “interessanti” per

¹³ Per ora gli studi sono relativi all’ideazione e al funzionamento di tali contratti *smart* da un punto di vista tecnico.

¹⁴ M. NDIAYE, P.K. KONATE, *Cryptocurrency Crime: Behaviors of Malicious Smart Contracts in Blockchain*, cit.

¹⁵ Per una definizione e trattazione (dal punto di vista tecnico) dei *vulnerable smart contract* si rimanda a: M. NDIAYE, P.K. KONATE, *Cryptocurrency Crime: Behaviors of Malicious Smart Contracts in Blockchain*, cit.

¹⁶ M. NDIAYE, P.K. KONATE, *Cryptocurrency Crime: Behaviors of Malicious Smart Contracts in Blockchain*, cit.; A. JUELS, A. KOSBA, E. SHI, *The ring of gyges: Using smart contracts for crime*, cit., p. 54.

¹⁷ *Ult. Op. cit.*

l'utente, una volta corrisposto il saldo, il contratto decifrerà la restante parte delle informazioni. Di contro, laddove quanto esibito non susciti interesse, le informazioni saranno nuovamente criptate ed al contraente verrà rimborsato il contributo iniziale. Questo tipo di *criminal smart contract* permette pertanto l'efficace rivelazione di informazioni riservate, consentendo ai detentori di monetizzarne l'integrale *disclosure* nella più completa anonimità e semplicità¹⁸.

Ulteriore esempio di *criminal smart contract* della tipologia in esame è quella dei c.d. "*key compromise criminal smart contract*": una tipologia di contratti finalizzata al furto di chiavi informatiche e che prevede il trasferimento automatico di criptovaluta al soggetto che comunichi allo *smart contract* la chiave privata corretta¹⁹. Si tratta (in buona sostanza) di un contratto che sollecita e commissiona il furto di chiavi private di accesso. In specifico, una volta concluso l'accordo, il criminale informatico tenterà di decifrare la chiave privata di accesso e, una volta individuata, la comunicherà allo *smart contract*. Quest'ultimo provvederà poi automaticamente a verificare se la chiave comunicata consenta effettivamente l'accesso al sistema protetto e (in caso positivo) a corrispondere il compenso in criptovaluta al pirata informatico.

La seconda (ed ancor più allarmante) categoria di *criminal smart contract* è senz'altro costituita dai c.d. *calling card crimes* (o crimini dal biglietto da visita). Come già anticipato, i sistemi atti ad incorporare gli *smart contract* – come ad esempio la *blockchain* di Ethereum – consentono (e consentiranno ancor più in futuro) la verifica di avveramento delle condizioni contrattuali in ragione di fattori esterni (ad es: bollettini meteo, listini ufficiali di prezzi di azioni, articoli di stampa). I *calling card crimes* sono appunto i *criminal smart contract* che utilizzano siffatta tecnologia e che possono perciò agevolare la commissione di gravi reati che si manifestano nel mondo fisico quali (ad esempio) gli omicidi su commissione.

L'esempio tipico è rappresentato in dottrina come "*Caso del Senator X*". Lo *smart contract* "*Contratto*" prende come *input* da un esecutore del contratto "*P*" un impegno "*vcc*" che specifica in anticipo i dettagli (giorno, ora e luogo) dell'assassinio del senatore. Per reclamare la ricompensa, l'esecutore *P* disattiva ("*decommit*") l'impegno "*vcc*" dopo aver effettuato l'assassinio e per verificare quanto affermato da *P*, il "*Contratto*" cerca in automatico un *feed* di dati pubblici autenticati sulle notizie che confermino l'assassinio del Senatore *X* con i dettagli corrispondenti all'impegno "*vcc*" stabilito in contratto (ad es. articoli di stampa che confermino l'avvenuto assassinio, necrologi). Una volta verificato che l'assassinio del Senatore *X* sia effettivamente avvenuto con i dettagli corrispondenti all'impegno "*vcc*", il contratto pagherà quindi in automatico all'esecutore "*P*" la ricompensa pattuita in criptovaluta²⁰.

Manifesto come i *calling card crimes*, a cui si affianca il graduale maggiore sviluppo di *smart contract* alimentabili tramite *feeds* provenienti dal mondo esterno, possano così costituire una struttura generalizzata per il compimento di un'ampia varietà di gravi reati su commissione. Per vero, nelle possibili applicazioni di questo tipo

¹⁸ *Ult Op. cit.*

¹⁹ *Ult. Op. cit.*

²⁰ A. JUELS, A. KOSBA, E. SHI, *The ring of gyges: Using smart contracts for crime*, cit., p. 54.

di *criminal smart contract* rientrano (con agio) i rapimenti, i sabotaggi, gli attacchi informatici o terroristici, reati di lesioni, incendi, epidemia: praticamente tutto quanto possa essere verificato e contenuto in un *data feed* esterno (ad esempio notizie di stampa) può (e potrà) essere designato come obiettivo di un *calling card crimes*.

Il chiaro allarme sociale suscitato da siffatte considerazioni risulta poi accresciuto a considerarsi altresì che, dopo aver perfezionato il contratto, nessuna interazione sarà necessaria tra il mandante e l'esecutore materiale dell'illecito, poiché sarà (appunto) lo *smart contract* a verificare, sulla base dei *feed* esterni, l'effettiva esecuzione dell'illecito ed a corrispondere il compenso pattuito.

Si osservi peraltro che la tecnologia sottesa al funzionamento di siffatti contratti è ancora in fase embrionale. La realizzazione di un sistema "*calling cards crimes*" realmente funzionale, versatile e adattabile alle varie transazioni che possano essere effettuate dipende infatti da una serie di problematiche tecniche che non constano essere state ancora pienamente risolte. Quanto resta da perfezionare è in specifico la c.d. tecnologia degli "oracoli", ossia un sistema capace di decriptare con precisione i *feeds* esterni che confermino l'avvenuta corretta esecuzione dell'azione criminale da parte del suo autore materiale e dunque corrispondergli, in modo automatico, l'importo dedotto nello *smart contract*²¹.

È intuitivo dunque che le descritte potenzialità criminogene suggeriscano da subito la necessità dello sviluppo di una riflessione intesa a comprendere quali rimedi siano ipotizzabili in chiave preventiva e repressiva del fenomeno e, segnatamente, se e quale ruolo possa essere oggi giocato dal diritto penale "tradizionale" nella gestione di siffatti fenomeni tecnologici.

4. Il sistema *blockchain* nella concreta (in)operatività del diritto penale.

Qualunque possibile valutazione in merito al ruolo che possa giocare il diritto penale nel reprimere condotte illecite attuabili tramite *smart contract* non può prescindere dal dato dall'anonimato (*recte*: pseudoanonimato) che contraddistingue siffatto genere di transazioni. Come si è rappresentato, le parti di uno *smart contract* non sono nominativamente identificabili, poiché quanto solo visibile sulla *blockchain* sono le relative chiavi pubbliche di accesso al sistema. Il che comporta un'evidente difficoltà nell'individuare gli autori delle condotte illecite che vengano realizzate tramite *smart contract*. È invero di immediata evidenza che, nel caso in cui il commesso reato non riverberi i propri effetti nel mondo fisico (come ad esempio potrebbe verificarsi nel caso dei c.d. *calling card crimes*) sarà estremamente complicato (*recte*: pressoché impossibile) individuare non solo il mandante, ma anche l'esecutore materiale della condotta illecita; tanto più a considerarsi che la tecnologia in parola minimizza la necessità di comunicazioni ed interazioni tra le parti nel corso dell'esecuzione dell'accordo criminoso.

²¹ L. BRUNONI, O. BEAUDET-LABRECQUE, *Smart contracts and cybercrime: a game changer?*, cit., p. 136-140.

In ottica preventiva (e repressiva) questo porta a domandarsi se sia (o meno) possibile individuare responsabilità penali in capo a soggetti che non partecipino direttamente alla commissione del fatto tipico di reato attuato mediante l'utilizzo di *criminal smart contract*, ma che ne agevolino comunque la commissione (i) o perché gestiscono la *blockchain* su cui viene distribuito ed eseguito il contratto con oggetto illecito (ii) o perché abbiano materialmente sviluppato il *software* (i.e. lo *smart contract*) concretamente utilizzato per commettere il reato.

In assenza di alcuna previsione legislativa è intanto possibile domandarsi se sul soggetto gestore della *blockchain* sussista (o meno) una facoltà (possibilità) di controllo dei contenuti diffusi nel sistema distribuito e se la sua posizione (e conseguente modello di responsabilità) possa essere quindi in qualche modo assimilabile a quella dell'*Internet Service Provider* (di seguito anche solo ISP).

In astratto potrebbe anzi sostenersi un "parallelismo" tra la posizione dei gestori delle infrastrutture decentralizzate e quella degli ISP, in quanto entrambe le attività consistono nel mettere a disposizione di un certo numero di utenti servizi consistenti nella registrazione e nella trasmissione di dati informatici. Medesime parrebbero perciò le esigenze connesse all'individuazione di un destinatario dei doveri di collaborazione con l'Autorità per impedire la commissione di reati o attenuarne le conseguenze lesive, soprattutto nel caso in cui siano rinvenibili all'interno del sistema *blockchain* (così come avviene per gli ISP) soggetti in posizione apicale o con possibilità di esercitare un qualche controllo sulla piattaforma.

Bene allora chiarire subito che le *blockchain* non sono tutte di identica natura, ma si possono distinguere in *unpermissioned blockchain* (o *blockchain* pubbliche) e *permissioned blockchain* (o *blockchain* private). In specifico, la *unpermissioned blockchain* (o "pubbliche") sono sistemi aperti e privi di alcuna entità gerarchicamente sovraordinata. La loro struttura è completamente decentralizzata e non hanno alcuna restrizione di accesso. Nessun utente ha dei privilegi sugli altri e nessuno può controllare le informazioni che vengano memorizzate su di essa, modificarle od eliminarle.

Siffatte caratteristiche fanno perciò sì che non sia neppure astrattamente possibile pensare di replicare il modello di responsabilità previsto per gli ISP quando si abbia riguardo alle *unpermissioned blockchain*. Come pure noto, la possibile responsabilità degli ISP è infatti incentrata sulla presenza di un soggetto giuridico in posizione apicale rispetto agli altri, verso cui siano quindi esigibili determinati comportamenti volti a prevenire la diffusione e/o comunque eliminare eventuali contenuti illeciti che siano stati caricati sulla piattaforma.

Parzialmente diversa parrebbe invece essere l'ipotesi con riguardo alle *permissioned blockchain*. Siffatta tipologia di *blockchain* non è invero accessibile indiscriminatamente a tutti, ma prevede che uno o più soggetti definiscano i criteri di accesso e quali ruoli ciascun utente possa ricoprire all'interno della rete. Di più, in questa tipologia di struttura i dati, al momento dell'inserimento, sono sottoposti alla verifica di un gruppo ristretto di autori preventivamente autorizzati che mantiene pertanto una signoria sul funzionamento della rete.

Siffatte caratteristiche rendono perciò astrattamente ipotizzabile che alle *permissioned blockchain* possa venire applicata la disciplina dettata per gli ISP dalla

Direttiva n. 2000/31/CE (“Direttiva sul commercio elettronico”), poi recepita in Italia con il D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 70. In specifico la predetta normativa pone (come noto) un generale limite alla Responsabilità degli ISP per gli illeciti commessi dai propri utenti (c.d. scudo di responsabilità o *safe harbour*²²) che trova un solo limite nel fatto che l’ISP venga comunque a conoscenza della natura illecita del contenuto “caricato” sulla propria piattaforma e non si attivi prontamente per la relativa rimozione.

La dottrina e la giurisprudenza assolutamente maggioritarie (con un’unica sola eccezione²³) sono giunte alla comune conclusione che la responsabilità dell’ISP per omessa rimozione di un contenuto di carattere illecito abbia rilievo soltanto civile, non potendosi invece configurare, in capo all’ISP, alcun profilo di responsabilità di carattere penale. L’articolo 17 del D.Lgs. 9 aprile 2003 prevede invero testualmente che l’ISP “non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”, sicché difetta qualunque posizione di garanzia sulla quale ancorare un’eventuale ipotesi di responsabilità penale *ex art. 40 cpv c.p.*²⁴. Il che vale (a *fortiori*) anche rispetto al gestore di una *permissioned blockchain*, per il quale manca addirittura qualsivoglia normativa di riferimento che consenta anche solo di ipotizzare la possibilità di sussistenza di una posizione di garanzia e dunque di configurare, a suo carico, una responsabilità penale di carattere omissivo improprio.

Al di là dell’aspetto strettamente giuridico mette poi (in ogni caso) conto considerare che la *blockchain* è un sistema che si fonda sull’immutabilità ed inalterabilità dei blocchi che la compongono. Anche laddove il legislatore intendesse effettivamente

²² L. PICOTTI, *Obblighi di tutela penale degli Internet Service Providers e sviluppi della giurisprudenza europea* in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale-Cybercrime*, Milano, 2019, p. 81-96.

²³ Cfr. sul punto Cass. pen., sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, in *Foro.it*.

²⁴ La dottrina in merito è ampia, *ex multis*: G. P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell’hosting provider “attivo”*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, maggio-agosto, 2017; [A. BACCIN, Responsabilità penale dell’internet service provider e concorso degli algoritmi negli illeciti online: il caso Force v. Facebook](#), in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 5 ss.; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell’Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 600.; G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l’uso degli spazi che lo gestiscono?* in *Giur. mer.*, 2004, p. 2523 ss.; G. FORNASARI, *Il ruolo dell’esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, cit., p. 423 ss.; [A. INGRASSIA, Il ruolo dell’ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine?](#) in *Dir. pen. cont.*, 8 novembre 2012; [A. INGRASSIA, La sentenza della Cassazione sul caso Google](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2014 (nota a sentenza); A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, p. 1261 ss.; [R. E. MAURI, Applicabile l’art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della cassazione, di problematica compatibilità con il divieto di analogia](#), in *Dir. Pen. cont.*, 28 febbraio 2019 (nota a sentenza); PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo...*, cit.; D. PETRINI, *Il direttore della testata telematica, tra horror vacui e prospettive di riforma; sperando che nulla cambi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, p. 1611 ss.; R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robot-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2, p. 451 ss.; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.; L. PICOTTI, *Fondamenti e limiti della responsabilità penale dei Service Providers in Internet*, in *Pen. Proc.*, 1999.; L. PICOTTI, *Obblighi di tutela penale degli Internet Service Providers e sviluppi della giurisprudenza europea*, cit.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inform.*, 1998, 4-5, p. 745 ss.; [S. TURCHETTI, L’art. 57 c.p. non è applicabile al direttore del periodico online](#), in *Dir. Pen. cont.*, 17 novembre 2010 (nota a sentenza); V. NARDI, *I discorsi d’odio nell’era digitale: quale ruolo per l’Internet Service Provider?*, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2019.

introdurre un obbligo giuridico di eliminare dalla *blockchain* (ad esempio) lo *smart contract* dal contenuto illecito, siffatto obbligo sarebbe pertanto inattuabile *ex se* ed inesigibile, poiché l'eliminazione del "blocco" contenente il *criminal smart contract* determinerebbe (semplicemente) l'invalidazione stessa dell'intera struttura.

5. L'astratta (ir)responsabilità concorsuale dello sviluppatore dello *smart contract*.

Esclusa dunque l'ipotetica responsabilità penale del gestore della *blockchain* (sia essa *permissioned* o *unpermissioned*) residua la possibilità di interrogarsi in merito ad una (pure ipotetica) responsabilità concorsuale dello sviluppatore del *criminal smart contract* rispetto al reato fine che gli autori materiali abbiano commesso per il tramite del suo utilizzo.

In specifico, l'operatività per il tramite di *smart contract* può avvenire secondo due modalità distinte tra di loro. Le parti possono concludere da sé uno specifico accordo in linguaggio computazionale (*smart contract* proprio), oppure possono concordare sul contenuto di uno *smart contract* già sviluppato e registrato in *blockchain* ad opera di un terzo (c.d. *smart contract* improprio o di terza parte). Sarebbe allora ipotizzabile un concorso del terzo sviluppatore del *criminal smart contract* rispetto al reato commesso da due parti diverse (mandante ed esecutore materiale) tramite il suo utilizzo?

Per rispondere al quesito si può affermare che, mentre sorgono minori problemi relativamente alla configurazione del contributo causale fornito dall'autore dello *smart contract* alla commissione del fatto tipico, ben maggiori perplessità suscita la possibile attribuzione, in capo a quest'ultimo, del dolo tipico del concorso di persone nel reato²⁵. Noto infatti che, per potersi configurare una responsabilità concorsuale, si richiede (da un lato) che il concorrente fornisca un contributo causale alla commissione del fatto di reato, dall'altro che questi agisca (appunto) con dolo: la particolare struttura del fatto nel concorso di persone comporta che l'oggetto del dolo abbracci sia il fatto principale realizzato dall'autore materiale, sia il contributo causale recato dalla condotta atipica alla commissione di quel fatto²⁶.

La tematica del concorso si interseca così con quella della natura *dual use* dei *software* che contraddistingue quei programmi che possono essere utilizzati sia per scopi leciti che illeciti. Detto più chiaramente: laddove lo *smart contract* venga progettato secondo uno schema di per sé neutro (ad es. io configuro uno *smart contract* affinché, al verificarsi di determinate condizioni non preimpostate, venga eseguito un pagamento), risulterà difficile (*recte*: impossibile) provare la consapevolezza e la volontà dello sviluppatore non solo rispetto al fatto principale, ma anche al contributo causale recato dalla condotta atipica (sviluppo di un *software dual use*) alla commissione dello specifico

²⁵ Le parti possono concordare sul contenuto di un contratto già registrato in *blockchain* ad opera di un terzo (*smart contract* improprio o di terza parte), ovvero concludere da sé un accordo in linguaggio computazionale (*smart contract* proprio).

²⁶ Per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2017, pp. 493 ss.

fatto di reato. Ragionando diversamente si finirebbe per ammettere (ad esempio) la responsabilità concorsuale del venditore di un coltello rispetto all'assassinio operato per il tramite del suo utilizzo, ossia ciò che (evidentemente) non può essere.

Residua però il dubbio se, a condizioni più precise, il giudice possa pervenire a diverse conclusioni. In specifico, nei limiti in cui il *criminal smart contract* non nasca come prodotto *dual use*, ma finalizzato esclusivamente alla commissione di uno specifico e determinato reato, si potrebbe astrattamente argomentare che lo sviluppatore si sia rappresentato ed abbia voluto la commissione di quello stesso crimine e sia così possibile il riconoscimento di un dolo concorsuale rispetto a siffatto reato fine.

Si pensi al caso di uno sviluppatore che configuri un *criminal smart contract* della tipologia *calling card crimes* secondo cui, comprovato l'evento morte per assassinio del "Senatore X" mediante *feed* esterni prestabiliti (ad es. notizie di stampa), il contratto paghi autonomamente la ricompensa all'esecutore "P" che abbia disattivato l'impegno "vcc" dopo aver commesso l'assassinio. In questo caso parrebbe astrattamente argomentabile il dolo tipico del concorso di persone in capo allo stesso sviluppatore del contratto, che potrebbe perciò essere chiamato a rispondere di concorso in omicidio in uno con il mandante (che abbia pagato il corrispettivo per il delitto) e con il suo esecutore (che abbia commesso materialmente l'omicidio ed abbia ricevuto il pagamento).

Nondimeno, al di là dei casi limite, occorre considerare che gli *smart contract* si connotano (per loro natura) per nascere pressoché sempre come prodotti *dual use* e come resti pertanto estremamente complicato determinarne la finalizzazione univoca alla commissione di uno specifico reato piuttosto che a regolare leciti rapporti giuridici tra le parti. Chiaro insomma come anche la "strada" del concorso dello sviluppatore del *software* nel reato preso di mira dai relativi utilizzatori (anche nel caso di *criminal smart contract*) si palesi senz'altro complicata ed assai difficile da essere percorsa.

6. Profili di applicabilità degli artt. 615-*quater* c.p. e 615-*quinqüies* c.p.

Resta allora che nel quadro normativo attualmente vigente vi sono alcune disposizioni che, in un'ottica anticipatoria della tutela penale, puniscono azioni consistenti nel procurarsi o diffondere programmi intrinsecamente pericolosi. Tra queste si possono menzionare le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 615-*quater* c.p. e 615-*quinqüies* c.p.²⁷.

²⁷ In argomento v. A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale-Cybercrime*, cit., p. 692 ss. Si segnala che le norme sono state oggetto di una recente modifica legislativa (avvenuta tramite l'art. 19, comma 1, lett. c), l. 23 dicembre 2021, n. 238) che ha inciso sulla rubrica sulle condotte e sulla cornice edittale dell'art. 615 *quater* c.p. Le modifiche sono entrate in vigore dal 1° febbraio 2022 ed è rilevante sottolineare il consistente ampliamento delle condotte sanzionate sia dal testo della disposizione di cui all'art. 615 *quater* c.p., sia da quello di cui all'art. 615 *quinqüies* c.p. Per un commento si veda Corte Suprema di Cassazione (Ufficio del Massimario), *Relazione su novità normativa: la legge 23 dicembre 2021 n.238, disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – Legge Europea 2019-2020*, 21 marzo 2022, p. 6-

L'art. 615-quater c.p. punisce in specifico chi *“al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, detiene, produce, riproduce, diffonde, importa, comunica, consegna, mette in altro modo a disposizione di altri o installa apparati, strumenti, parti di apparati o di strumenti²⁸, codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, è punito con la reclusione sino a due anni²⁹ e con la multa sino a 5.164 euro.”*.

Oggetto di sanzione sono cioè le condotte di chi *“mette in altro modo a disposizione”* di terzi (*“si procura” “diffonde” “comunica”* ovvero *“consegna”*) software³⁰ idonei a consentire l'accesso ad un sistema informatico protetto da misure di sicurezza³¹.

La dottrina ha dunque chiarito che la natura *“aperta”* della disposizione (ben rappresentata dalla locuzione *“altri mezzi idonei all'accesso”*) permetta di ricondurre nell'alveo dell'art. 615-quater c.p. tutti i comportamenti che consistano nel procurarsi o nel mettere a disposizione *“le tecniche atte ad introdursi abusivamente in un sistema informatico altrui”*³². In altri termini, la fattispecie ha ad oggetto condotte *“prodromiche e preparatorie alla commissione di un reato informatico (ad es. accesso abusivo ad un sistema informatico o frode informatica)”* che *“si colorano in termini di intrinseca pericolosità per il bene giuridico [...] qualora abbiano ad oggetto un programma informatico che può essere oggettivamente impiegato per commettere un fatto penalmente rilevante”*³³. In altri termini, non esiste una definizione che individui *a priori* quali programmi informatici debbano ritenersi intrinsecamente illeciti. Si dovrà invece fare riferimento ai fini perseguiti dall'utente o dal programmatore, ovvero all'attitudine del programma ad agevolare la commissione di accessi illeciti all'altrui sistema informatico.

Stanti tali caratteristiche parrebbe potersi trattare di una fattispecie funzionale al perseguimento degli sviluppatori (almeno) di alcune determinate tipologie di *criminal smart contract*. Si pensi, ad esempio, ai richiamati *criminal smart contract* strutturati per ottenere la rivelazione di informazioni segrete o di chiavi private e, in specifico, a quelli programmati in modo tale che, una volta corrisposto il prezzo in criptovaluta, il contratto stesso renda automaticamente decriptata (e quindi visibile) l'informazione riservata dedotta in contratto per un determinato periodo di tempo. Analogo riferimento può essere poi operato a quei *criminal smart contract* per cui, all'effettuazione di un

9; C. CRESCIOLI, C. GRECO, B. PANATTONI, M. PITTIRUTI, R. M. VADALÀ, *Cybercrime: rassegna delle novità (Gennaio-Febbraio 2022)*, in *Sist. Pen.*, 13 maggio 2022.

²⁸ I termini *“si procura, detiene, produce, riproduce, diffonde, importa, comunica, consegna, mette in altro modo a disposizione di altri o installa apparati, strumenti, parti di apparati o di strumenti,”* sono stati sostituiti alle parole *“si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna”* dall'art. 19, comma 1, lett. a), l. 23 dicembre 2021, n. 238.

²⁹ Le parole *“sino a due anni”* sono state sostituite a quelle *“sino ad un anno”* dall'art. 19, comma 1, lett. a), l. n. 238, cit.

³⁰ La norma fa generico riferimento ad *“apparati, strumenti, codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico”*.

³¹ A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale – Cybercrime*, cit., p. 692 ss. p. 693.

³² *Ult. Op. cit.*, p. 694.

³³ *Ult. Op. cit.*, p. 695.

modesto pagamento, venga decriptata solo una parte delle informazioni riservate e, laddove queste risultino “rilevanti”, segua il decriptaggio delle informazioni mancanti.

Maggiori problematicità comporta invece la possibilità di inquadramento all’interno della stessa descritta fattispecie di altri tipi di *criminal smart contract*, quali, ad esempio, il “*key compromise criminal smart contract*”. In questo caso lo *smart contract* viene infatti utilizzato esclusivamente per consentire un pagamento anonimo al soggetto che materialmente si occupi di reperire in modo abusivo la chiave privata, ma non viene direttamente utilizzato per accedere a contenitori di dati informatici protetti da misure di sicurezza. Medesimo ragionamento potrebbe peraltro essere fatto (*a fortiori*) per i c.d. “*calling card crimes*”, in quanto siffatti *criminal smart contract* possono venire utilizzati per commettere reati aventi effetto sul mondo esterno, fisico, e non per accedere abusivamente a sistemi informatici altrui.

Ciò posto, passando all’esame della fattispecie di cui all’art. 615-*quinquies* c.p.³⁴, vi è che la disposizione punisce “*chiunque, allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico o telematico, le informazioni, i dati o i programmi in esso contenuti o ad esso pertinenti ovvero di favorire l’interruzione, totale o parziale, o l’alterazione del suo funzionamento, abusivamente si procura, detiene³⁵, produce, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o, comunque, mette in altro modo a disposizione di altri o installa³⁶ apparecchiature, dispositivi o programmi informatici, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.*”.

Anche in questo caso, si puniscono quindi condotte “preparatorie” alla commissione dei reati di danneggiamento e/o (comunque) all’alterazione di sistemi ovvero di informazioni informatiche. Non è richiesto neppure che i programmi oggetto materiale della norma siano principalmente adattati o ideati per commettere il reato informatico, tanto che si è osservato come “*anche chi consegna un programma informatico di per sé lecito [...] verrebbe ad essere punito qualora agisse al fine di commettere un danneggiamento di dati o di sistemi informatici [...]*”³⁷.

Sebbene sia stato evidenziato come, per tale via, il Legislatore abbia tipizzato una condotta priva di offensività oggettiva³⁸, resta che l’ampiezza della fattispecie la renda a propria volta fungibile a reprimere la diffusione di *criminal smart contract*. Chiaro infatti che gli *smart contract* destinati a decriptare abusivamente informazioni riservate possano sicuramente venire ricompresi in quelli finalizzati all’alterazione di sistemi informatici o (comunque) all’alterazione/danneggiamento del funzionamento del database contenente le informazioni che si intendano trafugare.

³⁴ Articolo (anch’esso) modificato nella rubrica e nella condotta incriminata dall’art. 19, comma 2, l. 23 dicembre 2021, n. 238. Le modifiche sono entrate in vigore dal 1° febbraio 2022. Relativamente alle modifiche che hanno in via principale ampliato le condotte punibili, si rinvia alla nota 27.

³⁵ Le parole “*abusivamente si procura, detiene,*” sono state sostituite alle parole “*si procura*” dall’art. 19, comma 2, lett. a), l. n. 238, cit.

³⁶ Le parole “*abusivamente si procura, detiene,*” sono state sostituite a quelle “*mette a disposizione di altri*” dall’art. 19, comma 2, lett. a), l. n. 238, cit.

³⁷ *Ult. Op. cit.*, p.703.

³⁸ I. SALVADORI, *Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale. L’incriminazione dei “dual-use software”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p.764.

In conclusione, entrambe le fattispecie incriminatrici esaminate parrebbero astrattamente applicabili allo sviluppatore di *criminal smart contract*. Per vero, poiché le stesse puniscono anche la mera signoria sul *software* criminale (è punito chi produce, ma anche chi “*si procura*” il software), potrebbe ricadere nel fuoco della norma anche un soggetto terzo distinto dallo sviluppatore quale (appunto) colui che si procuri il *software* comprendente il *criminal smart contract* per poi utilizzarlo sulla *blockchain*.

Vero, tuttavia, che l'applicazione pratica di tali fattispecie resta (in ogni caso) problematica, in quanto è raro che un *software* venga concepito esclusivamente per commettere un reato o che si accerti l'effettiva finalità dello sviluppatore. Come pure si è rappresentato, spesso ci si trova infatti davanti a *software* multifunzione (o *dual use*) utilizzabili indistintamente per fini leciti ed illeciti; con la conseguenza che per giungersi ad una corretta incriminazione occorrerebbe preliminarmente stabilire se la funzione del *software* in rilievo sia prevalentemente lecita od illecita: ciò che risulta evidentemente foriero di gravi complicità³⁹.

7. Conclusioni: il progresso tecnologico tra auto responsabilizzazione e minaccia di pena.

Conclusivamente si può rappresentare che la tecnologia *blockchain*, in continua espansione, accresce la difficoltà di stabilire regole “fisse” relativamente al suo funzionamento ed eventuali responsabilità. Il Legislatore, per i settori in via di sviluppo (*in primis* il settore internet e gli ISP), ha sino ad ora optato perciò per concedere agli operatori la possibilità di autodisciplinarsi, limitandosi a dettare solo principi a cui conformarsi per permettere così un rapido sviluppo di tecnologia nell'ottica di migliorare le condizioni di vita di tutti⁴⁰.

In ragione delle tematiche che si sono diffusamente riportate nelle pagine precedenti, pare nondimeno assai opportuno avviare una più compiuta riflessione sulle possibili implicazioni criminali della *blockchain*, senza cioè limitare lo spettro di indagine a quelle (già note) relative ai reati di riciclaggio. Come si è rappresentato, applicare le regole proprie del diritto penale tradizionale configurando (ad esempio) una responsabilità omissiva autonoma in capo al gestore del sistema *blockchain* (ideando posizioni di garanzia “generalì”⁴¹), oppure configurando una responsabilità concorsuale dello sviluppatore del *criminal smart contract*, significherebbe giocare d'azzardo con il diritto penale.

³⁹ Vanno quindi individuati i connotati tipici che permettano di selezionare con sufficiente determinatezza e precisione i programmi informatici che si caratterizzano per la loro intrinseca pericolosità e perché possono assurgere ad oggetto materiale di un reato – I. SALVADORI, *Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale*, cit., p. 753.

⁴⁰ M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 227–321.

⁴¹ Possibilità che, inoltre, la dottrina esclude. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 248.

Allo stesso modo, le stesse disposizioni anticipatorie della tutela penale di cui agli artt. 615-*quater* e 615-*quinquies* c.p., nonostante la loro più ampia fungibilità, risultano in concreto difficilmente applicabili a scongiurare il fenomeno della diffusione di *criminal smart contract*, in ragione (appunto) della natura *dual use* di siffatti *software* e della difficoltà di individuarne la maggiore o minore “finalità criminosa” del singolo programma considerato.

Pare allora necessario prendere atto che, ad oggi, il diritto penale tradizionale ed i relativi schemi di imputazione non siano “attrezzati” a governare un fenomeno informatico in continua e rapida evoluzione. Per vero, il dibattito degli studiosi di *smart contract* si è solo di recente concentrato sulla possibilità di neutralizzare la proliferazione di *criminal smart contract* utilizzando la medesima tecnologia “*smart*”, ossia attraverso lo studio di *software* in grado di individuare i contratti con finalità criminali⁴². Dal punto di vista dei presidi giuridici, parrebbe invece opportuno che il legislatore operasse nei confronti degli sviluppatori (e/o delle piattaforme di sviluppo) di *smart contract* nel senso di agevolare la responsabilizzazione del settore, introducendo cioè principi giuridici a cui conformarsi al fine di minimizzare il rischio di degenerazione criminogena della tecnologia *blockchain*⁴³. E questo è certamente compito del diritto amministrativo attraverso gli strumenti del “comando” e del “controllo” che gli sono propri.

⁴² Y. WANG et al, *Randomness invalidates criminal smart contracts*, in *Information Sciences* 477, 2019, p. 291-301; L. ZHANG et al., *A game-theoretic method based on Q-learning to invalidate criminal smart contracts*, in *Information Sciences* 498, 2019, p.144-153.

⁴³ Questo sembra essere l’approccio optato dal legislatore europeo in materia di responsabilità degli ISP: con il *Digital Service Act*, proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE. Il regolamento mira a introdurre regole più stringenti alle piattaforme richiedendo maggiori obblighi di trasparenza e controllo.

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE QUALI PRESUPPOSTI PER UN'EFFETTIVA TUTELA DEL PRINCIPIO DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA

Nota alla sentenza

*Corte di giustizia UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19,
Procedimenti penali a carico di WB e altri*

di Antonella Falcone

Abstract. Con una pronuncia del 16 novembre 2021, la Corte di giustizia, nel pronunciarsi sulla normativa polacca in materia di distacco dei giudici, ha fissato per la prima volta il principio secondo cui l'indipendenza e l'imparzialità del giudice chiamato ad accertare la responsabilità penale sono necessarie affinché la presunzione di innocenza sia effettivamente garantita. La sentenza ribadisce, inoltre, la precarietà dello Stato di diritto in Polonia, in cui il potere giudiziario rischia costantemente manipolazioni da parte del potere politico.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. I precedenti giurisprudenziali. – 3. Lo stretto legame tra indipendenza, imparzialità e presunzione di innocenza. 4. L'estensione della Direttiva 2016/343 al procedimento cautelare e il giudizio sull'apparenza del reato. – 5. Conclusioni.

1. Il caso.

Con la sentenza depositata lo scorso 16 novembre 2021 la Grande Sezione della Corte di giustizia, nel pronunciarsi sulla normativa polacca in materia di distacco dei giudici, ha colto l'occasione per occuparsi di alcuni aspetti inerenti alla presunzione di innocenza di cui alla Direttiva 2016/343. Di particolare rilievo è l'aver fissato il principio secondo cui l'indipendenza e l'imparzialità del giudice chiamato ad accertare la responsabilità penale sono necessarie affinché la presunzione di innocenza sia effettivamente garantita.

Il caso al vaglio della Corte dell'UE trae origine dai dubbi che il Tribunale di Varsavia, giudice del rinvio, nutre sulla conformità della composizione dei collegi giudicanti chiamati ad accertare la responsabilità penale con l'articolo 19, paragrafo 1, TUE secondo comma, in combinato disposto con l'art. 2 TUE e sulla questione se le norme sull'ordinamento giudiziario polacco violino la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafi 1 e 2, letto alla luce del *considerando* n. 22 della Direttiva 2016/343.

La normativa polacca, infatti, consente al Ministro della Giustizia «sulla base di criteri che non sono pubblici, da un lato, di trasferire un giudice presso un organo giurisdizionale penale di grado superiore per un periodo di tempo determinato o indeterminato e, dall'altro lato, in qualsiasi momento e con decisione priva di motivazione, di revocare il distacco, indipendentemente dalla durata determinata o indeterminata di quest'ultimo»¹.

Il Tribunale di Varsavia teme che in un sistema così strutturato i giudici si sentano in dovere di rispondere alle aspettative del Ministro della Giustizia circa il modo di giudicare in futuro. Il distacco potrebbe difatti costituire un surrogato di promozione presso un organo giurisdizionale di grado superiore per il caso in cui il giudice ordinario si conformi alle indicazioni del Ministro o, al contrario, una sorta di “sanzione” nell'ipotesi in cui il trasferimento presso un Tribunale di grado inferiore consegua all'emissione di una o più decisioni che non incontrano l'approvazione politica.

Ciò che desta ancora più preoccupazione per il giudice polacco è che in Polonia il Ministro della Giustizia ricopre la posizione di Procuratore generale, finendo per disporre in tal modo di un potere non solo sui giudici distaccati ma anche sui Procuratori ordinari nell'ambito di un determinato procedimento penale. Peraltro, gli stessi giudici trasferiti potrebbero contestualmente assumere il ruolo di sostituti del delegato alla disciplina degli organi giurisdizionali ordinari, anch'essi nominati dal Ministro della Giustizia, facendo così sorgere, a detta dell'Avvocato generale, «dubbi legittimi nei singoli in merito all'impermeabilità degli altri membri dei collegi giudicanti di cui trattasi nei confronti di elementi esterni»².

Il Tribunale del rinvio chiede, inoltre, ai giudici dell'UE se l'indipendenza e la presunzione di innocenza siano disattese per il fatto che le impugnazioni avverso le emanande sentenze nei procedimenti principali dinanzi alla Corte suprema possano essere assegnate a un giudice nominato su proposta dal Consiglio Nazionale della Magistratura polacca, organo i cui componenti sono eletti da una Camera del Parlamento. Altre due questioni pregiudiziali vengono invero sollevate. Con la terza il Tribunale polacco si interroga «sugli effetti giuridici delle sentenze adottate da un collegio giudicante costituito da uno o più giudici distaccati dal Ministro della Giustizia e, in caso di impugnazione, sugli effetti giuridici di una decisione della Corte suprema adottata con la partecipazione di un giudice nominato su proposta del Consiglio Nazionale stesso»³. La quarta questione, infine, è strettamente collegata alla precedente e verte sulle conseguenze che la decisione del giudice che si pronuncia in senso favorevole o sfavorevole all'imputato può avere sulla risoluzione del terzo dubbio interpretativo.

¹ Corte giust UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, Procedimenti penali a carico di WB e altri, punti 17 e 95. Cfr. *Ustawa Prawo o ustroju sądów powszechnych* (legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari), del 27 luglio 2001, nella versione applicabile alle controversie principali (Dz. U. del 2019, posizione 52).

² IB., punto 71.

³ IB., punti 2-3.

I giudici di Lussemburgo dichiarano ricevibile solo il primo dei quesiti pregiudiziali, ritenendo gli altri quattro puramente ipotetici, in quanto presuppongono una futura ed imprevedibile impugnazione avverso le emanande sentenze nei procedimenti principali. Essi evidenziano altresì che il Tribunale del rinvio ha omissso di precisare l'eventuale pertinenza delle risposte ai quesiti rigettati ai fini delle decisioni che esso deve adottare nei procedimenti principali⁴.

Con riguardo alla questione accolta, il Governo polacco intervenuto nella causa sottolinea che «il collegamento con il diritto dell'Unione stabilito dal giudice del rinvio e che risulterebbe, ad avviso del medesimo, dall'esame dei procedimenti penali stessi» e dalla necessità di assicurare i diritti della difesa di ciascun imputato, soprattutto in forza della Direttiva 2016/343, «non sarebbe sufficientemente reale da far ritenere che, per dirimere le controversie di cui detto giudice è investito, sia necessario rispondere alla prima questione pregiudiziale formulata»⁵.

Ebbene, la Corte di giustizia disattende tale osservazione e, in via preliminare, rileva che i giudici polacchi sono parte di un sistema volto ad assicurare efficaci rimedi giurisdizionali nei «settori disciplinati dal diritto dell'Unione» ai sensi del citato articolo 19 TUE, a patto che gli stessi soddisfino le garanzie di indipendenza e imparzialità.

Queste ultime, alla luce di una valutazione complessiva di tutti gli elementi prospettati dal Tribunale del rinvio, risultano fortemente compromesse. Per la Grande sezione, il fatto che la legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari preveda il consenso da parte dei giudici destinatari del trasferimento costituisce solo apparentemente una garanzia a loro favore. La possibilità di contrastare gli effetti pregiudizievoli che potrebbero derivare da un eventuale dissenso al trasferimento richiederebbe infatti un sindacato di natura giurisdizionale sulla decisione sfavorevole del Ministro, circostanza esclusa dalla normativa polacca, la quale finisce per non accordare alcun rimedio impugnatorio alla persona trasferita, privandola al contempo del diritto di difesa.

Ne consegue che un contesto di tal tipo mette seriamente a rischio la presunzione di innocenza la quale, ai sensi del *considerando* n. 22 e dell'art. 6 della Direttiva 2016, presuppone un giudice indipendente nel valutare la colpevolezza.

Pertanto, conclude la Corte, la previsione di cui all'art. 19 TUE, letta alla luce dell'articolo 2 TUE che concretizza il valore dello Stato di diritto, e l'art. 6 della Direttiva 2016/343, in combinato con il *considerando* n. 22, ostano all'introduzione di una normativa che non rende noti *ex ante* e sindacabili *ex post* i criteri che governano il distacco degli organi giurisdizionali ordinari nei singoli procedimenti penali e le motivazioni in caso di revoca di tale distacco.

⁴ IB., punti 95-96.

⁵ IB., punto 46.

2. I precedenti giurisprudenziali.

L'indipendenza, l'imparzialità e la presunzione di innocenza non sono temi certamente nuovi alla Corte di giustizia⁶.

Con riguardo alla presunzione di innocenza, ad esempio, i giudici di Lussemburgo l'hanno inclusa nell'ambito dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento eurounitario⁷.

Quanto all'indipendenza e all'imparzialità, la sentenza in rassegna si inserisce nel solco di una nutrita giurisprudenza in materia che, peraltro, ha più volte denunciato le condizioni precarie dello Stato di diritto in Polonia⁸.

Nella decisione sul caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Corte aveva chiarito che gli Stati membri sono certamente liberi di organizzare i sistemi giudiziari nazionali in piena autonomia, ma devono avere cura di assicurare il rispetto del principio di separazione dei poteri e l'indipendenza del potere giudiziario⁹. La stessa Corte UE in passato ha riconosciuto nel principio di indipendenza delle autorità giudiziarie un valore fondante dell'Unione necessario per garantire una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE) e il rispetto del diritto fondamentale a un giudice indipendente e imparziale di cui all'articolo 47 della Carta di Nizza e per assicurare

⁶ Per un'analisi della tutela dello Stato di diritto come valore fondativo dell'Unione europea e della progressiva costruzione di un quadro comune dei principi di indipendenza e imparzialità della magistratura nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sistema penale*, pp. 1-51, reperibile online https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1639342956_deamicis-2021a-stato-di-diritto-garanzie-indipendenza-magistratura-cooperazione-giudiziaria-unione-europea.pdf. Sul punto cfr. A. RUGGERI, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in *www.eublog.eu*, 21 luglio 2021, p. 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in *www.giustiziainsieme.it*, 28 maggio 2021, p. 1 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, E. CHERUBINI, F. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari, 2017, pp. 605-613.

⁷ Corte giust. UE, 8 luglio 1999, C-235/92, *Montecatini S.p.A.*

⁸ Corte giust. UE, 19 novembre 2019, cause riunite C 585/18, C 624/18 e C 625/18, *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), ECLI:EU:C:2019:982; Corte giust. UE, 8 aprile 2020, causa C-791/19, *Commissione/Polonia* (Regime disciplinare dei giudici), ECLI:EU:C:2020:277. Si veda, inoltre, l'ultimo Rapporto sullo Stato di diritto in Europa per il 2020, consultabile su https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2020-rule-law-report_it. Cfr. N. CANESTRINI e I. IANNELLI, *Mandato di arresto europeo: verifica del principio di proporzionalità da parte dello Stato richiesto e individualizzazione del rischio di lesione del diritto fondamentale ad un processo equo*, in *Giurisprudenza penale*, pp. 4 ss., per una disamina della mancanza di indipendenza del potere giudiziario polacco e delle reazioni dell'Unione Europea, reperibile online https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/05/canestrini_gp_2022_5.pdf. Sul punto si legga anche M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 2019, n. 2, pp. 272-283.

⁹ Corte giust. UE, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117. Per un commento alla sentenza, si legga L. BACHMAIER WINTER, *Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: evaluation and action*, in *ERA Forum* n. 20, 2019, pp. 113-127, reperibile online <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00551-3>.

l'operatività del meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)¹⁰. Ancora, i giudici di Lussemburgo hanno riferito la nozione di indipendenza alla terzietà dell'organo giudicante intesa sia quale capacità di resistere a pressioni provenienti da terzi, sia quale imparzialità ed equidistanza dalle parti della controversia¹¹.

Con una pronuncia di poco precedente a quella in commento la Grande sezione aveva constatato che i trasferimenti di un giudice senza il suo effettivo consenso a un altro organo giurisdizionale o da una sezione all'altra di uno stesso organo contrastano con i principi di inamovibilità e di indipendenza dei giudici, rappresentando un mezzo per esercitare un controllo indiretto sul contenuto delle decisioni giudiziarie e per incidere sulla portata delle attribuzioni dei magistrati interessati, sulla trattazione dei casi loro affidati e persino sulla loro vita e carriera¹².

Alla luce di queste osservazioni, la pronuncia qui considerata si segnala per aver individuato una stretta consequenzialità logica tra imparzialità, indipendenza e presunzione di innocenza capace di incidere profondamente sul modo in cui il processo penale viene condotto e, in special modo, sui poteri decisori dei giudici nel singolo procedimento.

3. Lo stretto legame tra indipendenza, imparzialità e presunzione di innocenza.

Una prima lettura del provvedimento suscita anzitutto qualche breve riflessione sul tema della interazione dinamica tra autorità giudiziarie e organi di indirizzo politico, la quale nel settore della giustizia penale rappresenta un punto nevralgico per garantire l'effettività del principio di separazione dei poteri in ogni Stato che voglia definirsi autenticamente democratico. In questo senso l'indipendenza assicura l'equilibrio tra i poteri statuali.

In particolare, essa si configura come una garanzia della giurisdizione a tutela dell'uguaglianza dei consociati dinanzi alla legge. Inoltre, essa mira a scongiurare un'indebita ingerenza che potrebbe provenire da provvedimenti amministrativi e

¹⁰ Corte giust. UE, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*, ECLI:EU:C:2018:117 e Corte giust. UE, 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hassen*, ECLI:EU:C:2020:53.

¹¹ Cfr. Corte giust. UE, febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*, ECLI:EU:C:2017:126. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha ritenuto necessario sottolineare che «in una società democratica sia i tribunali che le autorità investigative devono rimanere liberi da pressioni politiche». A proposito di imparzialità, essa ne ha riferito la portata su due prospettive, quella del «foro interiore del magistrato», presunto imparziale fino a prova contraria, e quella della fiducia che gli organi giurisdizionali devono suscitare nella collettività e nell'accusato per assicurare una giustizia altrettanto imparziale. Cfr. Corte edu, 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83. Questi risultati ben possono essere estesi anche allo scenario giuridico dell'UE in forza del rinvio operato dalla Carta di Nizza alla CEDU.

Il giudice non deve essere solo soggettivamente imparziale, ma deve apparire anche oggettivamente tale, sì da suscitare fiducia nella collettività. In tal senso si legga, O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, in *ED*, Annali, p. 249.

¹² Corte giust. UE, 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W. Ž. e des affaires publiques de la Cour suprême – nomination*, ECLI:EU:C:2021:798.

legislativi o da gruppi di pressione e di interessi politici o economici capaci di ledere la libertà di coscienza e di interpretazione della legge delle autorità giudiziarie¹³.

Oltre all'indipendenza organica esterna (o istituzionale) dai poteri di indirizzo politico va considerata pure quella interna, la quale guarda alle intrusioni sul processo decisionale dei magistrati da parte dei membri dell'Ufficio di appartenenza o di un rappresentante dell'organo di Governo giudiziario, evenienza, questa, tutt'affatto che remota in Polonia.

Il profilo di maggiore risalto, tuttavia, è rappresentato dall'indipendenza c.d. funzionale interna, espressione con la quale si allude al momento di applicazione delle norme penali da parte del giudice al singolo caso senza che questi riceva ordini, suggerimenti o pressioni, dirette o indirette o subisca distacchi e trasferimenti immotivati suscettibili di alterare il sereno esercizio delle funzioni decisorie e lo spirito di imparzialità dello stesso.

Ebbene, nel caso al vaglio della Corte UE, si profila il rischio, anche solo in astratto, che tutti questi aspetti della indipendenza subiscano una compromissione.

Infine, vi è da considerare che l'indipendenza del sistema giudiziario è anche una garanzia individuale; considerazione, questa, avallata dalle più importanti fonti di diritto internazionale e sovranazionale, quali l'art. 6 par. 1 Cedu, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 47 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea.

A ben vedere, proprio tale accezione è valorizzata dalla Grande sezione nel compiere il passaggio dal piano della legge sull'organizzazione dell'ordinamento giudiziario a quello dei valori che informano il processo penale: ciò al fine di tutelare un principio di civiltà dal valore giuridico, e prima ancora politico, quale è quello rappresentato dalla presunzione di innocenza.

D'altro canto, quest'ultima riassume tutte le garanzie che veicolano un accertamento penale equo, quali il «diritto alla difesa, il contraddittorio, l'inviolabilità della libertà personale, la riserva di giurisdizione e l'imparzialità del giudice»¹⁴.

Come è noto, la presunzione di innocenza è da sempre al centro di scontri ideologici proprio in merito a «scelte di valore fondamentali»¹⁵ per la democraticità dello

¹³ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano 1984, p. 45 ss.

¹⁴ G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Torino, p. 5. L'autore richiama altresì la posizione di Carrara, il quale riferiva alla presunzione di innocenza tutte le condizioni di legittimità del procedimento e del diritto processuale penale. Cfr. F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato 1881, p. 18.

¹⁵ L'espressione si deve a G. ILLUMINATI, *id.*, p. 12 ss. In passato, l'acceso confronto attorno al principio ha riguardato in particolar modo la dottrina italiana, più esattamente la scuola classica, da un lato, e quella tecnico giuridica, dall'altra. Tra i giuristi della scuola classica si annoverano G. CARMIGNANI secondo cui «spesso avviene che gli uomini si astengano dal delinquere, anziché commettan delitti», in *Elementi del diritto criminali*, vol. I, Malta, 1848, p. 249 e L. LUCCHINI per il quale la presunzione di innocenza si estrinseca nella regola del *in dubio pro reo*, in *Elementi di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, vol. XVII, 1803, p. 318 s. Al contrario, per R. GAROFALO, la presunzione di innocenza fino alla sentenza definitiva è «una assurda e vuota frase e molte volte il giudizio è anticipato e la condanna pronunziata dal tribunale della pubblica opinione», *La detenzione preventiva*, in *Scuola pos.*, vol. II, 1892, p. 199. A favore è E. FERRI per il quale nella presunzione di innocenza si ravvisa «un fondo di verità», quantomeno con riguardo ai non recidivi e fino alla condanna di

Stato. Nel tempo ci si è in particolar modo sforzati di individuare i contorni di tale principio nel tentativo di affrancarlo da una originaria scarsa determinatezza della sua definizione, la quale ha prestato il fianco a strumentalizzazioni e interpretazioni poco garantiste. Oggi se ne individua pacificamente un duplice significato, come regola di trattamento e regola di giudizio. Se con la prima espressione si fa generalmente riferimento alla condizione dell'imputato e alla sua libertà personale, con la seconda si è soliti indicare l'acquisizione del materiale probatorio e la sua valutazione.

A livello sovranazionale, la stessa Direttiva 2016/343 invocata dal giudice del rinvio polacco sviluppa il principio *de quo* lungo tre principali direttrici, rispettivamente concernenti il divieto di presentare in pubblico l'indagato o l'imputato come colpevole (artt. 4-5); l'onere della prova (art. 6); e il diritto al silenzio e alla non autoincriminazione (art. 7).

Guardando più da vicino all'*onus probandi*, l'art. 6 precisa che la prova della colpevolezza di indagati e imputati incombe sulla pubblica accusa e che qualsiasi dubbio in merito dovrebbe valere in favore del soggetto sottoposto all'accertamento penale. Ora, tale previsione va letta in combinato con il *considerando* n. 22 che fa salvi i poteri di accertamento esercitati dal giudice e la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o dell'imputato, soprattutto, e a maggior ragione, nel caso di presunzioni di fatto o di diritto o quando circostanze specifiche e legittime giustifichino un'inversione dell'onere probatorio.

4. L'estensione della Direttiva 2016/343 al procedimento cautelare e il giudizio sull'apparenza del reato.

Un profilo non meno significativo da analizzare nella decisione in parola attiene all'ambito applicativo della sentenza in esame, in quanto l'effettività della presunzione di innocenza, rispetto alla quale la Corte postula l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, è riferita alla fase dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, mancando ogni riferimento esplicito ad altre fasi procedurali precedenti nelle quali accade sovente che un mero sospetto nei confronti di indagati e indiziati ceda il passo a fuorvianti pregiudizi.

È facile osservare che il giudice del rinvio ha delimitato il quesito interpretativo relativo alla mancanza di indipendenza e imparzialità dei collegi giudicanti con riguardo alla sola fase dell'accertamento della colpevolezza.

Occorre, tuttavia, constatare che il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Varsavia verte essenzialmente sull'interpretazione delle previsioni di cui all'art. 6. paragrafi 1 e 2, e al *considerando* 22 della Direttiva 2016/343, le quali si rivolgono indifferentemente ad indagati ed imputati. Per di più, la disciplina europea oggetto di

primo grado, in *Discorso alla Camera* (22 maggio 1912), in *Commento al codice*, vol. III, p. 353. L'attacco più decisivo al principio si riconduce a V. MANZINI che si esprime in termini di principio «paradossale e contraddittorio» poiché per tale autore le norme penali sono rivolte alla repressione dei delitti e la procedura penale è un sistema di difesa sociale, in *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p. 53 s.

analisi si applica espressamente a qualsiasi persona fisica indagata o imputata in procedimenti penali e a tutte le fasi del procedimento penale, dal momento in cui è sospettata o accusata di aver commesso un reato e fino alla sentenza conclusiva che statuisce sulla sua colpevolezza (Articolo 2).

È il caso di segnalare che la Corte di giustizia con una decisione del 2019 ha escluso l'estensione della presunzione di innocenza – almeno per quanto attiene ai profili inerenti all'onore probatorio – al procedimento cautelare, giungendo ad affermare che «l'articolo 6 della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e gli articoli 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non sono applicabili a una normativa nazionale che subordina la rimessione in libertà di una persona sottoposta a custodia cautelare alla prova, da parte di tale persona, di nuove circostanze che giustifichino tale rimessione in libertà»¹⁶.

In quell'occasione i giudici hanno giustificato la soluzione a cui sono pervenuti rilevando in via preliminare che la Direttiva persegue un'armonizzazione minima. In secondo ordine, hanno ritenuto che il riferimento alla prova della «colpevolezza», *ex art.* 6, dovesse «essere inteso nel senso che tale disposizione è volta a disciplinare la ripartizione dell'onere della prova solo in sede di adozione di decisioni giudiziarie sulla colpevolezza»; laddove, invece, la decisione sul mantenimento della custodia cautelare non può essere qualificata come tale e accordando, quindi, piena autonomia alle legislazioni nazionali, libere di legittimare un'inversione dell'onere probatorio in materia cautelare¹⁷.

La *ratio* di tale percorso argomentativo sembrerebbe potersi ravvisare, da un lato, nella necessità di salvaguardare i singoli sistemi nazionali nel settore delle cautele e, dall'altro, nella premessa secondo la quale la Direttiva europea «si risolve in un'esortazione a non cadere in imprudenti affermazioni della colpevolezza prima della condanna, proponendo così un tema essenzialmente di educazione linguistica», rispetto al quale il «solo modo per ottemperarvi è di non assumere la colpevolezza come oggetto di prova nei provvedimenti che la precedono»¹⁸.

Sennonchè, per quanto la decisione di sottoporre una persona a una restrizione della libertà personale non rappresenti di per sé una pronuncia in senso stretto sulla colpevolezza, essa si fonda comunque sulla dimostrazione dell'esistenza del *fumus* che il destinatario della misura cautelare abbia commesso il reato. Questa valutazione

¹⁶ Corte di giust. UE, 28 novembre 2019, C-653/19, PPU, ECLI:EU:C:2019:1024.

¹⁷ Si legga la nota a sentenza di G. ANGIOLINI, *La Corte di giustizia esclude l'estensione della presunzione di innocenza al procedimento cautelare*, in *Sistema penale online*, in www.sistemapenale.it. Anche la Corte costituzionale italiana ha ritenuto la presunzione di non colpevolezza *ex art.* 27 Cost. un parametro estraneo all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, in quanto ambito del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena. Cfr. Corte cost. ordd. n. 339 e 450 del 1995; sentt. n. 342 del 1983, n. 15 del 1982.

¹⁸ P. FERRUA, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in *Il penalista*, reperibile online al <https://ilpenalista.it/articoli/focus/la-direttiva-europea-sulla-presunzione-di-innocenza-e-i-provvedimenti-cautelari>.

presuppone certamente un giudizio che, come sottolineato in dottrina, ha ad oggetto più che «la colpevolezza, la probabile colpevolezza, fermo restando lo *standard* probatorio rappresentato dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio»¹⁹ la quale richiede, a sua volta, l'imparzialità e l'indipendenza dell'autorità giurisdizionale deputata al vaglio della legalità della misura, così come richiesto dall'art. 5 della Cedu.

5. Conclusioni.

Tale sintetico *excursus* ci consente di concludere con alcune brevi considerazioni.

La decisione in rassegna rappresenta senz'altro un ulteriore tassello nel percorso giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo a tutela dei principi e dei diritti fondamentali su cui si fonda l'UE. I giudici europei hanno consacrato l'indipendenza e l'imparzialità quali presupposti indefettibili di ogni sistema di giustizia penale per le implicazioni che esse hanno non solo sullo Stato di diritto ma soprattutto sulla neutralità metodologica dei giudici penali e sulla presunzione di innocenza. Quest'ultima, a sua volta, presiede al rispetto delle garanzie partecipative, dei diritti di difesa e della libertà di indagati ed imputati.

Ciò che emerge con tutta evidenza dal caso in oggetto è l'idoneità della disciplina riguardante la promozione e i trasferimenti dei magistrati – ma potremmo annoverare anche le norme relative a mandati, mobilità, reclutamento, formazione e retribuzioni e quelle che riconoscono loro libertà di espressione, di opinione, di associazione e di riunione – ad incentivare oppure arginare il fenomeno delle manipolazioni politiche del potere giudiziario. Al contempo, una normativa come quella polacca ha ricadute sul processo penale e, nella fattispecie, sul modo in cui gli organi giurisdizionali esercitano le proprie funzioni decisorie.

A tal proposito, il rischio incombente in Polonia, in cui è in atto un progressivo smantellamento delle garanzie dei giudici già dal 2015, è che la magistratura penale diventi sempre di più parte della *governance* nazionale e uno strumento nelle mani della politica per controllare fenomeni criminosi, orientare costumi e comportamenti sociali e influire sulla opinione pubblica. Un rischio che deve essere scongiurato.

Dal canto suo, la presunzione di innocenza, lungi dall'essere ormai considerata una «stravaganza» emersa «dai principi della Rivoluzione francese»²⁰ o un ostacolo all'azione della giustizia, continua ad assumere una funzione orientativa, soprattutto, in un momento storico in cui la criminalità pone significativi problemi di ordine pubblico europeo e di repressione dei reati tanto su scala nazionale quanto su quella transnazionale. E ciò al fine di indirizzare l'intervento degli organi politici in materia penale, per dirigere l'operato della magistratura chiamata ad accertare la responsabilità

¹⁹ P. FERRUA, *Id.* Per l'autore, «se si ritiene che qualcosa possa dirsi “provato” anche quando sussistano ragionevoli dubbi, si entra gradualmente, ma inevitabilmente, nella zona delle ipotesi, delle illazioni e dei sospetti».

²⁰ Così si pronunciava la Relazione al progetto preliminare del c.p.p. del 1930, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. VIII, p. 22.

penale e ad incidere su libertà e diritti fondamentali e, soprattutto, per regolare il difficile rapporto tra potere politico e giudiziario.