

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2023

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, 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 Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, 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*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

F. BASILE, <i>Un nuovo decreto c.d. salva-ILVA: prime osservazioni su “nuovo” e “vecchio” scudo penale</i>	5
A. AIMI, <i>La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite</i>	19
R. MUZZICA, <i>Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa</i> ..	35

CONTRIBUTI E OPINIONI

M. ROMANELLI, <i>L'insostenibile leggerezza della paura (della firma)</i>	55
F. ALMA, <i>Caso Cospito (Scuola allievi Carabinieri di Fossano): sollevata una questione di legittimità costituzionale dalla quale dipende la condanna all'ergastolo</i>	59
D. PULITANÒ, <i>Riparazione e lotta per il diritto</i>	65
L. MASERA, <i>Il d.l. Piantadosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione</i>	83
B. FRAGASSO, <i>Mancata impugnazione nel giudizio abbreviato e riduzione di un sesto della pena a seguito della riforma Cartabia: i Tribunali di Milano e di Vasto escludono la rimessione nei termini</i>	107
M. C. UBIALI, <i>Il rapporto del working group on bribery dell'OCSE sull'applicazione in Italia della Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali</i>	115
S. BERNARDI, <i>Omicidio colposo derivante da inquinamento ambientale: il problema dell'accertamento del nesso causale in condizioni di incertezza scientifica in una pronuncia assolutoria del Tribunale di Trento</i>	125
G.L. GATTA, <i>Procedibilità a querela e arresto in flagranza: considerazioni sul disegno di legge Nordio</i>	139
D. COLOMBO, <i>Divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656 c.9 c.p.p.): la Corte costituzionale ribadisce i limiti entro cui il legisaltore può prevedere preclusioni al meccanismo sospensivo</i>	147

UN NUOVO DECRETO C.D. SALVA-ILVA: PRIME OSSERVAZIONI SU “NUOVO” E “VECCHIO” SCUDO PENALE

di Fabio Basile

Con il d.l. 5 gennaio 2023, n. 2, sono state emanate “misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale”, al momento applicabili al solo polo siderurgico dell'ex-ILVA di Taranto. Si tratta, quindi, di un nuovo decreto c.d. salva ILVA, che tra l'altro contiene alcune interessanti (anche se poco chiare e tra loro poco coordinate) previsioni, che da una parte sembrano far rivivere vecchie ipotesi di esenzione da responsabilità penale e, dall'altra, introducono nuove ipotesi di una siffatta esenzione.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. 7 del d.l. n. 2/2023: il “nuovo scudo”. – 2.1. Una prima possibile interpretazione dell'art. 7 (contraddittoria e, quindi, inutile). – 2.2. Una seconda possibile interpretazione dell'art. 7 (utile, ma tortuosa). – 2.3. Una proposta di riformulazione dell'art. 7. – 3. L'art. 8 d.l. n. 2/2023. Nuovi problemi sollevati dal “vecchio scudo”. – 3.1. Il vecchio scudo previsto dall'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015. – 3.2. Confronto tra “vecchio” e “nuovo” scudo. – 3.3. I dubbi interpretativi sollevati dall'art. 8. – 3.4. Qual è la disciplina applicabile ai fatti commessi tra il 6 settembre 2019 e il 6 gennaio 2023? – 3.5. Una proposta di riformulazione dell'art. 8.

1. Introduzione.

Con il decreto-legge 5 gennaio 2023, n. 2, il Governo in carica ha emanato “Misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale”. Poiché in siffatta categoria di impianti rientra, al momento, solo il polo siderurgico ex-ILVA di Taranto, il decreto, almeno nell'immediato, mira a disciplinare alcuni profili della complessa e drammatica vicenda, legata a tale impianto, anche all'indomani del deposito (intervenuto il 29 novembre 2022, dopo ben diciotto mesi dalla lettura del dispositivo) delle motivazioni con cui la Corte d'Assise di Taranto ha chiuso in primo grado, con plurime condanne, il procedimento, denominato mediaticamente “Ambiente Svenduto” che vede imputati, principalmente, ex amministratori e dirigenti dell'ILVA e, ai fini della responsabilità da reato degli enti, l'ILVA e i soggetti giuridici che ad essa sono subentrati.

Ebbene, il decreto in parola al capo I contiene “disposizioni relative al settore siderurgico”, mentre al capo II detta “disposizioni in materia penale relative agli stabilimenti di interesse strategico nazionale”. In tale capo II – oltre a talune norme che modificano, da un lato, la disciplina della responsabilità da reato degli enti in ordine alle sanzioni interdittive e, dall'altro, la disciplina *in executivis* dei sequestri

– compaiono due articoli, gli artt. 7 e 8, che riguardano, più da vicino, il diritto penale sostanziale, alla cui analisi sono dedicate le seguenti brevi note.

L’obiettivo del presente scritto, peraltro, è molto modesto: esso intende fornire una primissima lettura degli artt. 7 e 8 d.l. 2/2023, per cercare di comprenderne contenuto e portata, e per provare a suggerire una riformulazione dei medesimi in sede di conversione in legge, che ne assicuri perlomeno un maggiore livello di chiarezza e razionalità. I pochi giorni finora passati dalla pubblicazione del decreto, per un verso, l’estrema complessità, anche sul piano giuridico, dell’*affaire* ILVA, per altro verso, impediscono, invece, di esprimere, in questo scritto, una meditata opinione in ordine all’opportunità, o meno, delle scelte compiute dal Governo con le disposizioni in commento.

2. L’art. 7 del d.l. n. 2/2023: il “nuovo scudo”.

L’art. 7 del decreto legge in parola dispone quanto segue:

“chiunque agisca al fine di dare esecuzione ad un provvedimento che autorizza la prosecuzione dell’attività di uno stabilimento industriale o parte di esso dichiarato di interesse strategico nazionale ai sensi dell’art. 1 del decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, non è punibile per i fatti che derivano dal rispetto delle prescrizioni dettate dal provvedimento dirette a tutelare i beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici, se ha agito in conformità alle medesime prescrizioni”.

Con questa norma il legislatore ha voluto introdurre una (nuova) esimente (un nuovo “scudo”, per dirla col linguaggio giornalistico¹), la cui portata – per come si evince dalla rubrica (*“Disposizioni in materia di responsabilità penale”*), e dalla locuzione impiegata nel testo (*“non è punibile...”*) – è limitata alla sola responsabilità penale, e non si estende, come invece prevede il “vecchio scudo” (sul quale v. *infra*, 3.1), anche alla responsabilità amministrativa. Impregiudicata rimane pure l’eventuale responsabilità da reato dell’ente, la cui affermazione o negazione dipenderà, da un lato, dalla (controversa) interpretazione dell’art. 8 d.lgs. 231/2001 e, dall’altro, dalla qualificazione che si vorrà dare a questa nuova esimente, come causa di non punibilità o in altro modo ancora².

Ad ogni modo due sono i presupposti, richiesti dalla norma, per beneficiare dell’esimente:

– deve trattarsi di uno stabilimento industriale (o parte di esso) dichiarato di interesse strategico nazionale ai sensi dell’art. 1 del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207

¹ V., tra gli altri, l’articolo pubblicato il 5 gennaio 2023 su *Il Fatto Quotidiano*, a firma di F. CASULA e C. DI FOGGIA.

² Sulla dubbia riconducibilità delle cause di non punibilità nell’ambito applicativo dell’art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, v., per tutti, M. PELISSERO, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato dell’ente*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Giappichelli, 2020, p. 159 ss.

convertito, con modificazioni, dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231; lo stabilimento dell'ex-ILVA, come detto, è, al momento, l'unico ad essere stato dichiarato tale;

– deve essere stato emanato un provvedimento che autorizzi la prosecuzione dell'attività di un siffatto stabilimento. In mancanza di qualsivoglia ulteriore delimitazione, riteniamo che il provvedimento autorizzatorio possa essere di qualsiasi tipo: legislativo, governativo, amministrativo o giudiziario. In particolare, il provvedimento autorizzatorio potrebbe essere anche uno di quelli, ora previsti dallo stesso d.l. n. 2/2023, con cui il giudice autorizza la prosecuzione dell'attività sotto un commissario giudiziario, ai sensi dei novellati art. 15 co. 1 lett. b.bis) d.lgs. 231/2001 (commissariamento in sostituzione della misura interdittiva applicata come sanzione principale), art. 45 co. 3 seconda parte d.lgs. 231/2001 (commissariamento in sostituzione della misura interdittiva applicata in fase cautelare), ovvero art. 104 bis co. 1 bis.1 disp. att. c.p.p. (commissariamento in vigenza di sequestro). Per quanto riguarda, invece, in particolare l'ex-ILVA, tale provvedimento va individuato nell'autorizzazione rilasciata dal Ministero dell'ambiente, in sede di riesame dell'A.I.A. (autorizzazione integrata ambientale), a proseguire l'attività produttiva, ai sensi dell'art. 1 comma 1 d.l. n. 207/2012, conv. con modd. dalla l. n. 231/2012.

Dal punto di vista soggettivo, dell'esimente può beneficiare “chiunque”, senza necessità di rivestire alcuna qualifica soggettiva particolare (amministratore, dirigente, capo-reparto, operaio, etc.), purché costui agisca con la specifica finalità (“*al fine di*”) di dare esecuzione al provvedimento che autorizza la prosecuzione dell'attività. Ovviamente, con tale finalità può concorrere anche altra finalità, ad es. quella di ottenere profitti o rispettare le scadenze contrattuali.

I profili chiari ed inequivoci della nuova esimente, tuttavia, finiscono già qua, perché gli ulteriori requisiti per la sua applicazione sono avvolti da una fitta nebbia di ambiguità.

2.1. Una prima possibile interpretazione dell'art. 7 (contraddittoria e, quindi, inutile).

Per nulla agevole risulta, infatti, individuare il preciso ambito di applicazione oggettivo della nuova esimente. Vero è che la medesima parrebbe riferibile a tutti i fatti penalmente rilevanti (“*non è punibile per i fatti*”), ma tali fatti devono comunque derivare “*dal rispetto delle prescrizioni dettate dal provvedimento dirette a tutelare i beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici*”: e che cosa significhi tale formula, è difficile dirlo.

Una prima, più immediata, lettura di essa fa emergere subito una contraddizione in termini: come è possibile, infatti, offendere beni giuridici, e quindi commettere fatti penalmente rilevanti, tramite una condotta che rispetta le prescrizioni dirette a tutelare i beni giuridici stessi? Questa contraddizione rischia di paralizzare l'applicazione della nuova esimente, destinandola all'inutilizzabilità.

Viene in mente una vicenda analoga già ben nota: quella relativa all'esimente da responsabilità penale, introdotta dal legislatore nel 2017 con l'art. 590 *sexies* c.p. a

favore dell'esercente la professione sanitaria per i fatti di omicidio o lesioni personali colposi: una esimente che fu presentata, dai parlamentari che l'avevano promossa, come una grande innovazione, e che fu inizialmente accolta dalla classe medica come la panacea a tutti i loro problemi di sovraesposizione al rischio di responsabilità penale, ma che di fatto non è riuscita a produrre finora alcun risultato utile, non essendo al momento nota alcuna sentenza (perlomeno di legittimità) che, in applicazione dell'art. 590 *sexies* c.p., abbia assolto qualche medico³.

Peraltro, anche dal punto di vista lessicale le due norme presentano una marcata affinità, giacché entrambe subordinano l'esonero dalla responsabilità al "rispetto" di prescrizioni (art. 7 d.l. n. 2/2023: "le prescrizioni dettate dal provvedimento") o di raccomandazioni (art. 590 *sexies* c.p.: "le raccomandazioni previste dalle linee guida"): e la crassa contraddizione di una condotta rispettosa di siffatte regole, e ciò nondimeno punibile, fu fin da subito rilevata dalla Cassazione, che nel suo primo intervento relativo all'art. 590 *sexies* c.p. (sentenza De Luca-Tarabori, n. 28187 del 2017), affermò, senza mezzi termini, che *"la lettura della nuova norma suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili (...). Si mostrano, in effetti, incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo"*⁴.

È ben vero che le Sezioni Unite hanno poi cercato di superare tale contraddizione e ricavare uno spazio applicativo al nuovo art. 590 *sexies* c.p., ma ciò è stato possibile solo al prezzo di introdurre nella norma – *ultra*, se non addirittura *contra litteram legis*, secondo molti commentatori – una distinzione *tra* la fase della individuazione delle raccomandazioni e la successiva fase della esecuzione delle stesse, concludendo che le raccomandazioni sono "rispettate" se sono state correttamente individuate, anche qualora dalle stesse l'agente si discosti (tra l'altro: solo per imperizia dovuta a colpa lieve) in fase di esecuzione (sentenza Mariotti, n. 8770 del 2018)⁵.

Un simile percorso interpretativo – che comunque, come detto, finora non ha prodotto alcuna assoluzione – pare, ad ogni modo, precluso in relazione alla nuova esimente, giacché il nostro art. 7 richiede esplicitamente che l'agente abbia non solo *rispettato* le prescrizioni (ne abbia, quindi, operato una "corretta individuazione", volendo mutuare la giurisprudenza della sentenza Mariotti), ma abbia anche "agito in conformità alle medesime prescrizioni": abbia, quindi, dato loro anche una "corretta esecuzione".

Resta, quindi, insuperata, per questa via, la contraddizione in termini sopra rilevata, e, quindi, il rischio di una pratica inutilizzabilità della nuova esimente.

³ Per una recente, efficace ma sintetica, descrizione di tale vicenda, v. P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, 2021, p. 145 ss.

⁴ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, sia consentito rinviare a F. BASILE, P.F. POLI, [La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2022, §§ 6 ss.

⁵ *Ibidem*.

2.2. Una seconda possibile interpretazione dell'art. 7 (utile, ma tortuosa).

Per sottrarre la nuova esimente a questo destino di inapplicabilità ed evitare che il legislatore abbia sprecato invano il suo fiato, è tuttavia possibile anche una differente lettura dell'art. 7.

Si potrebbe, infatti, applicare la nuova esimente in relazione a quei casi in cui l'agente abbia correttamente individuato ed eseguito le prescrizioni dettate dal provvedimento autorizzatorio, ma l'offesa al bene giuridico si sia nondimeno verificata in quanto tali prescrizioni si sono *di fatto* rivelate inadeguate a tutelare il bene giuridico: a quei casi, insomma, in cui il difetto (e, quindi, ... la colpa) *non* sta nella condotta dell'agente, *bensì* nelle prescrizioni che gli sono state dettate.

In applicazione dell'art. 7, l'agente avrebbe, quindi, l'obbligo di rispettare le prescrizioni dettate dal provvedimento autorizzatorio, ma sarebbe sollevato dall'onere di verificare se le medesime siano davvero (tuttora) adeguate, nel caso concreto, a tutelare il bene giuridico.

Per sostenere questa lettura, risulta utile ancora una volta il confronto tra il nostro art. 7 e l'art. 590 *sexies* c.p., per rilevarne però, adesso, una significativa differenza. La norma sulla non punibilità della colpa medica, infatti, si conclude con la formula "*sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*". Questa formula non compare, invece, nell'art. 7 e, quindi, in base al canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, potrebbe argomentarsi che la nuova esimente non richiede all'agente una verifica di adeguatezza, nel caso concreto, delle prescrizioni dettate dal provvedimento autorizzatorio: per andare esente da responsabilità, sarà sufficiente rispettare tali prescrizioni, senza dover verificare se esse siano davvero (tuttora) adeguate nel caso di specie.

Una eventuale inadeguatezza, in concreto, delle prescrizioni dettate dal provvedimento autorizzatorio potrebbe effettivamente emergere alla luce di più accurate acquisizioni scientifiche, di più ampie indagini epidemiologiche, di più analitiche rilevazioni statistiche, di più approfonditi accertamenti di laboratorio, etc., eventualmente effettuati in un momento successivo al rilascio del provvedimento autorizzatorio. Ebbene, in base all'art. 7 l'autore del fatto non sarebbe tenuto a compiere queste ulteriori (spesso complesse, lunghe e costose) verifiche, o comunque ad aggiornarsi in relazione agli esiti delle medesime, ma potrebbe confidare nell'adeguatezza delle prescrizioni dettate nel provvedimento autorizzatorio, e limitarsi a rispettare (solo) queste.

Si ipotizzi, ad es., che il provvedimento autorizzatorio prescriva di munire gli operai di specifici guanti protettivi in occasione del maneggio di determinate sostanze ustionanti: il datore di lavoro rispetta correttamente tale prescrizione, ma nondimeno un operaio si ustiona perché i guanti risultano di fatto inadeguati, almeno in certe condizioni. Ebbene, in applicazione dell'art. 7 il datore di lavoro dovrebbe essere esonerato da responsabilità, anche se più accurate (eventualmente più recenti) indagini avrebbero consentito (a lui o comunque all'agente-modello) di rendersi conto che in quelle condizioni i guanti prescritti non sarebbero valsi ad evitare l'ustione.

L'art. 7 così inteso costituirebbe, quindi, una clausola di esonero da responsabilità per colpa: più precisamente, una deroga rispetto alla definizione di colpa, contenuta all'art. 43 co. 1 alinea 3 c.p., e ai criteri generali per il suo accertamento elaborati dalla giurisprudenza consolidata.

Peraltro, se il nostro ragionamento è corretto, l'esimente dell'art. 7 non potrà mai estendersi anche a fatti derivanti dalla violazione di altre e ben diverse cautele, che riguardano aspetti e profili per nulla connessi a quelli coperti dalle prescrizioni dettate dal provvedimento autorizzatorio: si torni all'ipotesi dei guanti protettivi (correttamente indossati) e si immagini che l'operaio si infortuni ... inciampando in un cavo dell'elettricità. Ebbene, il rispetto della prescrizione dettata dal provvedimento autorizzatorio, certo non mette al riparo il datore di lavoro dal rimprovero di colpa per non aver tenuto sgombro il pavimento da ostacoli alla deambulazione.

Parimenti, l'art. 7 così inteso non coprirebbe nemmeno i fatti dolosi, vale a dire quelle ipotesi in cui l'agente è ben consapevole dell'inadeguatezza della prescrizione dettata dal provvedimento, e ciò nondimeno la rispetta, senza sostituirla o integrarla con ulteriori cautele: tornando al nostro esempio, il datore di lavoro sa bene che i guanti prescritti sono inadeguati, almeno in certe condizioni, ma ciò nondimeno li fa usare all'operaio (ad es., perché – ipotesi poco realistica – odia quell'operaio e vuole sbarazzarsene; oppure perché – ipotesi più realistica – non vuole spendere per altri guanti o non vuole attendere la fornitura di nuovi guanti).

Potrebbe, invece, risultare opportuno delimitare esplicitamente la nuova esimente alle sole ipotesi di colpa lieve, precisando che essa non è applicabile in caso di colpa grave, quindi in quei casi, in cui l'inadeguatezza della prescrizione balzi all'occhio⁶. Si pensi, ancora una volta, ai nostri guanti prescritti ma che, lasciati, senza essere indossati, nella vicinanza della sostanza ustionante, si sono praticamente fusi: era, pertanto, del tutto evidente che il loro uso, per quanto prescritto, non avrebbe protetto dalle ustioni.

2.3. Una proposta di riformulazione dell'art. 7.

Se davvero la lettura sopra suggerita ricostruisce correttamente l'*intentio legis* perseguita col d.l. n. 2/2023, tale *intentio* potrebbe essere ben più chiaramente espressa attraverso una riformulazione dell'art. 7 che, in fase di conversione del decreto legge, potrebbe essere riscritto nei seguenti termini:

Art. 7 - Clausola di esonero dalla responsabilità per colpa
A chi cagiona un fatto di reato, agendo al fine di dare esecuzione ad un provvedimento che autorizza la prosecuzione dell'attività di uno stabilimento industriale o parte di esso dichiarato di interesse strategico nazionale ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207

⁶ Per una ampia riflessione sulla colpa grave, e sul suo possibile utilizzo, *de lege ferenda*, quale limite alla responsabilità penale, v. P.F. POLI, *La colpa grave*, cit., in part. p. 414 ss.

convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, non può essere mosso alcun rimprovero di colpa per aver rispettato le prescrizioni dettate nel provvedimento stesso, se tali prescrizioni si sono rivelate in concreto inadeguate a prevenire tale fatto [aggiunta proposta: salvo che abbia agito con colpa grave].

3. L'art. 8 d.l. n. 2/2023. Nuovi problemi sollevati dal "vecchio scudo".

Connesso all'esimente introdotta con l'art. 7, e potenzialmente capace di influire sul suo ambito di applicazione, risulta anche il successivo art. 8 del decreto legge n. 2/2023, il quale contiene una "disposizione transitoria", così formulata:

"Fino alla data di perdita di efficacia del Piano Ambientale di cui all'articolo 2, comma 6, del decreto legge 5 gennaio 2015, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 4 marzo 2015, n. 20 [n.d.a.: cioè fino al 23 agosto 2023⁷], continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al medesimo articolo 2, comma 6, con esclusione del limite temporale [n.d.a.: 6 settembre 2019⁸] ivi indicato".

L'art. 8 richiama l'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015, il quale contempla il "vecchio scudo", riferito, a differenza (almeno in teoria) del "nuovo scudo", alle sole vicende dell'ex-ILVA. Prima di illustrare l'art. 8, conviene allora dedicare qualche breve cenno a questo "vecchio scudo".

3.1. Il vecchio scudo previsto dall'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015.

Nella formulazione risultante dai vari interventi legislativi succedutisi, l'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015 dispone quanto segue (la suddivisione in periodi sintattici è nostra, ed è qui operata per mera comodità di lettura):

[periodo primo] *L'osservanza delle disposizioni contenute nel Piano Ambientale di cui al D.P.C.M. 14 marzo 2014, come modificato e integrato con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 settembre 2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 229 del 30 settembre 2017, equivale all'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione, previsti dall'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, ai fini della valutazione delle condotte strettamente connesse all'attuazione dell'A.I.A.*

[periodo secondo] *Le condotte poste in essere in attuazione del Piano Ambientale di cui al periodo precedente, nel rispetto dei termini e delle modalità ivi stabiliti, non possono dare*

⁷ La data del 23 agosto 2023 è fissata dall'art. 2 co. 2 del DPCM 29 settembre 2017, che ha approvato le modifiche al Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 14 marzo 2014, rinviando a sua volta all'art. 6 del decreto-legge 30 dicembre 2016, n. 244, convertito con modificazioni dalla legge 27 febbraio 2017, n. 19.

⁸ Su tale data, v. subito *infra*, par. 3.1.

luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario, dell'affittuario o acquirente e dei soggetti da questi funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale.

[periodo terzo] *La disciplina di cui al periodo precedente si applica con riferimento alle condotte poste in essere fino al 6 settembre 2019.*

Lo “scudo” vero e proprio è, quindi, previsto nel secondo periodo, mentre il primo periodo pone una clausola di equivalenza tra osservanza del Piano Ambientale e adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione; il terzo periodo, infine, fissa un termine ultimo di vigenza alla “disciplina di cui al periodo precedente”, quindi al secondo periodo (quello che, per l'appunto, prevede lo scudo).

La disposizione sullo scudo – oggetto di una eccezione di illegittimità costituzionale⁹, i cui atti furono però restituiti dalla Corte costituzionale al giudice *a quo* perché nel frattempo il testo della disposizione censurata era cambiato¹⁰ – comporta l'esclusione della responsabilità, sia *penale* che *amministrativa* (entrambe esplicitamente menzionate dalla legge), per i soli illeciti ambientali, come induce a ritenere non solo il riferimento al “Piano Ambientale” e alla “materia ambientale”, ma ancor più la soppressione, operata con il d.l. n. 34/2019, del richiamo anche ad altre materie, e segnatamente alla “tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro”, che compariva, invece, nella versione originaria del 2015¹¹.

L'esimente è riservata solo per specifiche figure soggettive (il commissario straordinario, l'affittuario o acquirente, e i soggetti da questi funzionalmente delegati), e solo per le condotte da questi poste in essere “*in attuazione del Piano Ambientale, nel rispetto dei termini e delle modalità ivi stabilite*”. Tali condotte, infatti – prosegue la norma – “*costituiscono adempimento delle migliori regole preventive*”. La norma pone, quindi, come è stato efficacemente scritto, “una sorta di presunzione di diligenza” a favore di tali condotte¹², presunzione capace di resistere anche di fronte all'eventualità che nuove o comunque successive acquisizioni scientifiche suggeriscano regole preventive differenti (e più ... *migliori*).

Il richiamo alle regole preventive chiarisce, d'altra parte, che la protezione offerta da questa esimente riguarda la sola responsabilità (penale o amministrativa) per colpa. Anche il “vecchio scudo”, quindi, a pari del “nuovo”, sembrerebbe configurare, dal punto di vista sistematico, non già una causa di non punibilità o una scriminante speciale, ma una clausola di esonero da responsabilità per colpa: più

⁹ GIP Taranto, ord. 8 febbraio 2019, est. Ruberto, sulla quale v. il puntuale commento di S. ZIRULIA, [Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'salva-ILVA'](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 febbraio 2019.

¹⁰ Corte cost., ordinanza 9 ottobre 2019.

¹¹ Resta, tuttavia, da chiedersi, da un lato, quale possa essere il criterio sulla scorta del quale operare la precisa distinzione tra illecito ambientale e altri illeciti e, dall'altro, quale sia la disciplina applicabile qualora l'illecito ambientale comporti conseguenze pregiudizievoli per altri beni, ad es. la salute o la vita degli operai o della collettività.

¹² S. ZIRULIA, [La \(perenne\) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro](#), in *questa Rivista.*, 18 novembre 2019, par.4.

precisamente, una deroga rispetto alla definizione di colpa, contenuta all'art. 43 co. 1 alinea 3 c.p., e ai criteri generali per il suo accertamento elaborati dalla giurisprudenza consolidata.

3.2. Confronto tra "vecchio" e "nuovo" scudo.

Un rapido confronto tra "vecchio scudo" (quello previsto dal secondo periodo dell'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015) e "nuovo scudo" (quello introdotto ora con l'art. 7 d.l. n. 2/2023) consente di evidenziare profondi elementi di differenziazione tra le due esimenti.

Quanto ai presupposti applicativi:

- il vecchio scudo richiede l'esistenza del Piano Ambientale specificamente riferito all'ex-ILVA (è, quindi, norma speciale applicabile solo alle vicende dello stabilimento ex-ILVA);
- il nuovo scudo, invece, richiede l'esistenza di un (qualsiasi) provvedimento autorizzatorio alla prosecuzione dell'attività di un (qualsiasi) impianto di interesse strategico nazionale (è, quindi, almeno in teoria, norma generale).

Quanto agli illeciti rispetto ai quali si offre protezione:

- il vecchio scudo "protegge" dai soli illeciti ambientali, ma sia in ambito penale che in ambito amministrativo;
- il nuovo scudo, invece, "protegge" da qualsivoglia illecito, ma solo in ambito penale.

Quanto ai soggetti "protetti":

- il vecchio scudo si applica solo ad alcuni soggetti;
- il nuovo scudo si applica a chiunque.

Quanto al termine di vigenza, a parte quanto si dirà *infra* 4, risulta evidente che:

- il vecchio scudo è legge temporanea, in quanto munito di un termine ultimo di vigenza;
- il nuovo scudo non ha alcun termine di vigenza.

I due scudi sembrano, invece, disvelare la più significativa affinità reciproca sul piano sistematico, attesa la possibilità di qualificare entrambi in termini di clausole di esonero da responsabilità per colpa.

3.3. I dubbi interpretativi sollevati dall'art. 8.

Dopo questi brevi cenni al vecchio scudo, e dopo averlo confrontato con il nuovo scudo, possiamo finalmente tornare al decreto legge n. 2/2023 e, in particolare, al suo art. 8, il quale, ad una prima lettura, solleva almeno tre dubbi interpretativi:

1) in primo luogo, la rubrica di questo articolo ("*disposizione transitoria*"), e la sua collocazione subito dopo la previsione del "nuovo scudo" di cui all'art. 7, potrebbero indurre a ritenere che esso comporti il differimento dell'entrata in vigore del "nuovo scudo", la cui vigenza, pertanto, sarebbe posticipata al 24 agosto 2023.

Non riteniamo, tuttavia, che tale dubbio sia fondato: a ben vedere, infatti, l'art. 8 si occupa soltanto della "disciplina transitoria" del vecchio scudo, senza nulla dire circa l'entrata in vigore del nuovo scudo. Del resto, anche il successivo art. 10 d.l. n. 2/2023 (rubricato "Entrata in vigore"), nel disporre che *"il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (...)"*, non introduce alcuna deroga in relazione al solo art. 7, deroga che, invece, avrebbe avuto bisogno di una previsione espressa ed univoca, dal momento che l'entrata in vigore differita di un solo articolo di un testo legislativo costituisce una (rara) eccezione.

Certo, una più chiara riformulazione dell'art. 8 in sede di conversione (v. *infra*, 3.5) potrebbe fugare definitivamente tale dubbio; già il testo attuale, tuttavia, sembra autorizzare l'opinione secondo cui fino al 23 agosto 2023 vecchio scudo e nuovo scudo *conviveranno*, sicché le due protezioni – che, come abbiamo visto, hanno contenuti differenti – si sommeranno;

2) il secondo dubbio sollevato dall'arzigogolata formulazione dell'art. 8 è il seguente: esso – richiamando, al plurale, "le disposizioni" dell'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015 – sembrerebbe riferirsi anche alla disposizione contenuta nel primo periodo dello stesso, relativa all'equivalenza tra osservanza del Piano Ambientale e adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione, apponendo così alla stessa un termine ultimo di vigenza, prima non previsto.

Tale conclusione, ineluttabilmente imposta dalla *littera legis*, risulta sicuramente contraria all'intenzione del legislatore che, al fine di favorire il *management* dell'ex-ILVA, col nuovo art. 8, ha voluto prolungare il termine di vigenza del vecchio scudo, e non certo limitare nel tempo la vigenza della clausola di equivalenza. L'unico modo per uscire da questa *impasse* pare, allora, una riformulazione, in sede di conversione, dell'art. 8 (v. *infra*, 3.5);

3) il terzo, e più rilevante dubbio sollevato dall'art. 8 riguarda la sua idoneità a produrre la reviviscenza del vecchio scudo anche per il periodo che va dal 6 settembre 2019 (termine ultimo di vigenza, posto dall'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015) al 6 gennaio 2023 (termine di entrata in vigore del d.l. n. 2/2023). La questione, per la sua rilevanza, verrà affrontata nel prossimo paragrafo.

3.4. Qual è la disciplina applicabile ai fatti commessi tra il 6 settembre 2019 e il 6 gennaio 2023?

La disposizione che prevede il vecchio scudo – ovverosia il secondo periodo dell'art. 2 co. 6 d.l. n. 1/2015 – è una "legge temporanea", essendo munita di un termine ultimo di vigenza: *"la disciplina di cui al periodo precedente si applica con riferimento alle condotte poste in essere fino al 6 settembre 2019"*, recita, infatti, il terzo periodo del citato art. 2 co. 6.

Un siffatto termine ultimo di vigenza, peraltro:

- non compariva nella versione originaria del d.l. n. 1/2015: l'art. 2 co. 6 all'epoca si componeva, infatti, dei soli primi due periodi;

- fu introdotto solo con il d.l. 9 giugno 2016, n. 98, e solo in relazione all'affittuario, all'acquirente e ai soggetti funzionalmente da questi delegati;
- successivamente prorogato con altri decreti legge, è stato alla fine esteso anche al commissario straordinario e fissato al 6 settembre 2019 con il d.l. 30 aprile 2019, n. 34.

La "disposizione transitoria" introdotta ora dall'art. 8 in commento riapre, tuttavia, la partita: oltre a statuire l'applicabilità del vecchio scudo per il futuro (dal 6 gennaio 2023 fino al 23 agosto 2023), potrebbe, infatti, richiamarlo in vita anche per i fatti commessi tra il 6 settembre 2019 e il 5 gennaio 2023.

Anzi, presumibilmente proprio tale è l'*intentio legis* perseguita dai compilatori del d.l. n. 2/2023, come si desume:

- dalla precisa scelta linguistica operata dall'art. 8, ai sensi del quale le disposizioni del vecchio scudo "*continuano* ad applicarsi" (con proiezione, quindi, anche nel passato), e non, semplicemente (con sguardo rivolto solo al futuro), "*tornano* ad applicarsi" o semplicemente "*si applicano*";
- dal precedente, fallito tentativo di prorogare il vecchio scudo: alla vigilia del termine di scadenza del vecchio scudo, fissato al 6 settembre 2019, infatti, il Governo allora in carica ne aveva previsto, con l'art. 14 co. 1 d.l. 3 settembre 2019, n. 101, un'ulteriore proroga, agganciandola alla scadenza del termine di attuazione del Piano Ambientale (quindi, fino al 23 agosto 2023), ma tale proroga fu stralciata in fase di conversione del decreto con l. 2 novembre 2019¹³ (in mezzo c'era stato l'avvicendamento, il 5 settembre 2019, della compagine governativa, tra primo e secondo Governo Conte). L'art. 8 del d.l. 2/2023 sembrerebbe, quindi, voler porre oggi rimedio a quel passo "falso".

Tale *intentio legis*, tuttavia, deve fare i conti con la disciplina generale dell'applicazione nel tempo della legge penale. L'art. 8 d.l. n. 2/2023, infatti, è indubbiamente *lex mitior* (giacché richiama in vita il vecchio scudo), ma è anche legge temporanea (in quanto munita di un termine), e allora occorrerebbe verificare se l'art. 2 co. 5 c.p. precluda:

- non solo, come è pacifico, l'applicazione retroattiva di una legge successiva più favorevole della legge temporanea previgente: ipotesi che qui non ci interessa;
- ma anche – e sul punto le opinioni in dottrina sono in parte discordi mentre la giurisprudenza non ha avuto modo di pronunciarsi in anni recenti¹⁴ – l'applicazione retroattiva di una legge successiva più favorevole, quando è questa stessa legge ad essere temporanea.

Occorre, tuttavia, rilevare che l'art. 2 co. 5 c.p. non esprime un principio di rango costituzionale, ma anzi deroga ad un siffatto principio, o verosia al principio

¹³ Potrebbe tutt'al più discutersi se lo scudo possa applicarsi ai fatti commessi tra il 6 settembre 2019 e il 2 novembre 2019 (nelle settimane, quindi, di vigenza del decreto legge, non convertito, che aveva prorogato il termine): sulla complessa questione dell'applicabilità dei decreti legge non convertiti, più favorevoli al reo, v. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, art. 1-84, Giuffrè, 2004, p. 73 ss.

¹⁴ Per i necessari riferimenti, v. C. PECORELLA, art. 2, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (fondato da), *Codice penale commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2021, p. 106.

di retroattività della legge più favorevole. Pertanto, ben potrebbe il legislatore ordinario stabilire, con apposita previsione, l'applicazione retroattiva di una legge temporanea più favorevole al reo¹⁵, oppure richiamare in vita, con legge essa stessa temporanea, una precedente legge temporanea più favorevole, come fa ora l'art. 8, sicché riteniamo che il vecchio scudo potrà essere applicato anche ai fatti commessi tra il 6 settembre 2019 e il 5 gennaio 2023. A tale risultato, tuttavia, il legislatore del d.l. n. 2/2023 sarebbe potuto approdare in modo molto più lineare attraverso, ancora una volta, una diversa formulazione dell'art. 8 (v. *infra* 3.5).

Ai fatti commessi in detto arco temporale (ed anche in precedenza, ovviamente), sarà, peraltro, applicabile anche il nuovo scudo: ad un'applicazione retroattiva dell'art. 7 d.l. n. 2/2023, infatti, non pare sussistere alcun ostacolo, trattandosi non solo (e indubbiamente) di *lex mitior*, ma anche di legge non eccezionale (laddove per legge eccezionale si intenda, sulla scorta di consolidata dottrina, una legge emanata per fronteggiare situazioni oggettive di carattere straordinario). La convivenza di vecchio e nuovo scudo, indubbia per i fatti commessi dopo il 6 gennaio 2023, si proietta, pertanto, anche nel passato.

3.5. Una proposta di riformulazione dell'art. 8.

I dubbi sollevati dall'attuale formulazione dell'art. 8, sopra evidenziati:

- 1) esso ingenera il dubbio (sia pur superabile in via interpretativa: *supra*, 3.3) di differire la data di entrata in vigore del "nuovo scudo" di cui all'art. 7,
 - 2) esso parrebbe apporre un termine (in passato non previsto: *supra*, 3.3) anche alla disposizione di cui al primo periodo dell'art. 2 co. 6, relativo all'equivalenza tra osservanza del Piano Ambientale e adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione,
 - 3) esso ingenera il dubbio (sia pur anch'esso superabile in via interpretativa: *supra*, 3.4) circa la sua efficacia retroattiva ai fatti commessi tra il 6 settembre 2019 e il 6 gennaio 2023,
- potrebbero essere superati mediante una sua completa riformulazione, in sede di conversione in legge, nei seguenti termini:

Art. 8 (Modifiche all'art. 2 co. 6 d.l. 1/2015)

L'ultimo periodo dell'art. 2 comma 6 del d.l. 1/2015, convertito con modificazioni dalla legge 4 marzo 2015, n. 20, è sostituito dal seguente testo: "La disciplina di cui al periodo precedente si applica con riferimento alle condotte poste in essere fino alla data di perdita di efficacia del Piano Ambientale di cui al primo periodo".

¹⁵ In tal senso v. M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 72, che richiama un risalente precedente conforme: Cass. 5 maggio 1954, in *Giust. Pen.* 1955, II, c. 230.

Vedremo, nelle prossime settimane, se il dibattito parlamentare condurrà alla conversione in legge del d.l. n. 2/2023 e, in particolare degli artt. 7 e 8 di cui ci siamo occupati in queste note, e se, in tal caso, il Parlamento opterà per una formulazione più lineare degli stessi.

LA NOZIONE DI DOLO SPECIFICO DI PROFITTO AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

di Alberto Aimi

La ricostruzione della nozione di dolo specifico di profitto nei delitti di furto è oggetto di un contrasto giurisprudenziale dalla durata almeno ventennale che, dapprima latente, è divenuto negli ultimi anni sempre più manifesto, sino a richiedere l'intervento pacificatore delle Sezioni Unite. Nelle more della pronuncia, il presente contributo prende criticamente in esame i vari indirizzi interpretativi invalsi nella giurisprudenza di legittimità, suggerendo infine un'inedita soluzione ad un problema classico della dogmatica dei delitti contro il patrimonio.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto e il procedimento nei gradi di merito. – 3. Il panorama giurisprudenziale. – 4. Nel merito della questione controversa: osservazioni preliminari. – 5. L'orientamento tradizionale ed espansivo: critica. – 6. Gli indirizzi restrittivi: apprezzamento e rilievi critici. – 7. Una modesta proposta: il dolo di profitto come volontà di trarre dal bene sottratto il suo tipico valore d'uso, o il suo valore intrinseco.

1. Premessa.

In data 18 novembre 2022, la quinta sezione della Corte di cassazione ha [rimesso alle Sezioni Unite](#) il seguente quesito:

“se il fine di profitto, in cui si concreta il dolo specifico del delitto di furto, debba essere inteso solo come finalità dell'agente di incrementare la sfera patrimoniale, sia pure in funzione del perseguimento di ulteriori fini conseguibili, ovvero se possa anche consistere nella volontà di trarre un'utilità non patrimoniale dal bene sottratto”.

La Suprema Corte sarà così finalmente chiamata a risolvere un contrasto interpretativo dalla durata quasi ventennale¹, la cui soluzione non potrà che riverberarsi sull'interpretazione di numerose altre fattispecie incriminatrici, diverse dai delitti di

¹ La prima sentenza che si è discostata dall'orientamento tradizionale, restringendo implicitamente la nozione di dolo specifico di profitto è, a quanto ci consta, Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 4975, Gobetti, in *DeJure*. In precedenza, una possibile restrizione della nozione di “dolo di profitto” era stata ventilata da Cass., sez. VI, 19 settembre 2001, n. 40351, Baldi, in *DeJure*, ove però si concludeva infine per l'assorbimento del delitto di furto in quello di danneggiamento. Ancora prima, un'isolatissima pronuncia aveva escluso l'integrazione del dolo specifico del delitto di furto in un caso in cui l'intento dell'autore, che aveva sottratto un estintore per scaricarlo verso alcuni amici nel corso della notte di Capodanno, era stato considerato «puramente scherzoso»: v. Cass, sez. II, 25 giugno 1991, n. 11027, Zancan.

furto (artt. 518-*bis*, 624, 624-*bis*, 626 c.p.), che parimenti richiedono che l'agente abbia agito al "fine di trarne profitto per sé o per altri"².

2. Il fatto e il procedimento nei gradi di merito.

Più in particolare, il procedimento scaturisce da un animato litigio pubblico tra l'imputato e la sua compagna, interrotto da un passante che, avvicinandosi per chiedere alla donna se avesse bisogno d'aiuto, scatena la reazione irata dell'imputato, la quale, a sua volta, induce la compagna a chiamare i Carabinieri.

A quel punto, l'imputato strappa di mano il telefono alla vittima e si allontana, per venire fermato dalle forze dell'ordine pochi momenti più tardi, a breve distanza dal luogo del fatto.

Condannato in primo e secondo grado per il delitto di furto con strappo (art. 624-*bis* c.p.), l'uomo ricorre per Cassazione, lamentando, tra l'altro, l'errata ricostruzione da parte dei giudici di merito della nozione di dolo specifico di profitto e, conseguentemente, l'insussistenza dell'elemento soggettivo del contestato delitto.

Ravvisando un contrasto giurisprudenziale sul punto, la quinta Sezione rimette dunque il ricorso alle Sezioni Unite.

3. Il panorama giurisprudenziale.

3.1. Com'è noto, i diversi indirizzi interpretativi in persistente contrasto in merito all'annosa questione della definizione della nozione di "profitto" che caratterizza il dolo specifico richiesto dai delitti di furto si possono raggruppare attorno a due poli interpretativi distinti: da un lato, le sentenze che sposano una tesi espansiva, e affermano che il perseguimento di qualsiasi interesse, anche non patrimoniale, sia sufficiente a realizzare l'elemento soggettivo dei delitti di furto; dall'altro, tutte le pronunce che cercano di temperarne la severità, talvolta esplicitamente caldeggiando un intendimento in senso più spiccatamente economico/patrimoniale del requisito di fattispecie in parola.

3.2. Secondo il primo orientamento, tradizionale e risalente³, «il fine di profitto [...] non ha necessario riferimento alla volontà di trarre un'utilità patrimoniale dal bene sottratto,

² Si osservi che la medesima questione si è posta, tra l'altro, in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) finalizzato a ottenere la consegna della carta di identità da parte della vittima (cfr. Cass., sez. V, 8 aprile 2015, n. 21759, B.L., in *DeJure*) e ricettazione (art. 648 c.p.) di farmaci anabolizzanti per uso personale (cfr. Cass., sez. II, 22 marzo 2016, n. 15680, Ceccarelli, in *DeJure*), ove però si è sempre accolta una nozione ampia di dolo di profitto.

³ In questo senso, già Cass., sez. II, 12 febbraio 1985, n. 4471, Bazzani; Cass., sez. II, 26 aprile 1983, n. 9983, Lo Nardo; Cass., sez. II, 6 marzo 1978, n. 9411, Sessa; Cass., sez. II, 13 gennaio 1976, n. 7263, Erbaggi. In dottrina, accolgono una nozione estesa di "profitto": F. ANTOLISEI, C.F. GROSSO (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 2016, 389-390; C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, Padova,

ma può anche consistere nel soddisfacimento di un bisogno psichico e rispondere quindi a una finalità di dispetto, ritorsione o vendetta» o, comunque, «in una qualsiasi utilità o vantaggio, anche di natura non patrimoniale»⁴.

In adesione a tale indirizzo interpretativo, sono stati ad es. ravvisati gli estremi del delitto di furto (art. 624 c.p.), di furto in abitazione (art. 624-bis co. 1 c.p.) o di furto con strappo (art. 624-bis co. 2 c.p.) in un caso in cui l'imputato aveva effettuato una brusca ripartenza, per sottrarsi alla furia della compagna che stava prendendo a calci la sua autovettura, impedendole di recuperare alcuni capi di vestiario da lei dimenticati all'interno dell'abitacolo, dei quali l'imputato si era comunque liberato poco dopo⁵; in due ipotesi in cui alla vittima era stato sottratto il telefono cellulare o la rubrica telefonica al fine di impedirle di effettuare una telefonata⁶; in un caso in cui l'imputato aveva strappato alla persona offesa una borsa al fine di ottenere da quest'ultima la restituzione di una somma di denaro a lui dovuta⁷; nel fatto di un imputato che aveva sottratto alla vittima una banconota da cinquanta euro, un telefono cellulare e le chiavi di casa al fine di verificare l'esistenza di una presunta relazione tra quest'ultima e un altro soggetto⁸; nella sottrazione e successiva distruzione di una macchina fotografica al fine di impedire alla persona offesa di continuare a scattare fotografie⁹; nonché, infine, in un caso in cui un soggetto dedito al traffico di stupefacenti, accortosi di essere sorvegliato, aveva sottratto e poi distrutto apparecchiature d'intercettazione visive fatte in precedenza installare nella sua abitazione dalla polizia giudiziaria¹⁰.

A rinnovato sostegno dell'orientamento in parola, sono stati articolati due diversi ordini di argomenti.

In primo luogo, si è affermato che un'eventuale limitazione della nozione di "profitto" alla sola «aspettativa di un vantaggio patrimoniale» sarebbe «non conciliabile [...] con l'ampia portata letterale della disposizione»¹¹.

In secondo luogo, si è rilevato che «la limitazione della punibilità delle condotte di volontaria sottrazione ed impossessamento di cose mobili altrui alle sole ipotesi di sottrazione dettata da finalità economiche» determinerebbe una restrizione eccessiva della tutela penale in quattro diverse costellazioni di casi: a) «la sottrazione di bene per

2010, 148-149; nonché la quasi totalità della dottrina antecedente agli Settanta del secolo scorso (con l'eccezione di G. LEONE, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 425-427): v., sul punto, l'accurata ricostruzione di G. PECORELLA, voce *Furto comune*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 348-350.

⁴ Da ultimo, in questo senso: Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, in *DeJure*; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, in *DeJure*; Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, in *DeJure*; Cass., sez. V, 16 gennaio 2019, n. 11225, Dolce, in *DeJure*; Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40631, Sesta, in *DeJure*; Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, in *DeJure*; Cass., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 19882, Aglietta, in *DeJure*;

⁵ Cass., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 19882, Aglietta, cit.

⁶ Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40631, Sesta, cit.; Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, cit.

⁷ Cass., sez. V, 16 gennaio 2019, n. 11225, Dolce, cit.

⁸ Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, cit.

⁹ Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

¹⁰ Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, cit.

¹¹ Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, cit.; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

poi successivamente distruggerlo», ove il riconoscimento dell'insussistenza del dolo di profitto porterebbe inevitabilmente all'assoluzione dell'imputato, posto che «il danneggiamento conseguente all'*amotio* della *res*» sarebbe da considerarsi «fatto non punibile»; b) «il furto nell'interesse della vittima (sottrazione per impedire che il bene sia carpito o distrutto da terzi; sottrazione di cose allo scialacquatore per impedirgli di dissiparle; sottrazione di alcool all'alcolizzato)», ove l'eventuale non punibilità dell'agente potrebbe essere riconosciuta soltanto in sede di valutazione dell'antigiuridicità della condotta; c) «il furto determinato da motivazioni emulative o affettive»; d) «la sottrazione di beni non commerciabili»¹².

3.3. All'interno del secondo polo interpretativo, si possono poi ulteriormente distinguere tre diversi sottoinsiemi di sentenze, tutte accomunate dalla presa di distanza – implicita o esplicita – dall'indirizzo espansivo poc'anzi cursoriamente ricostruito, che rappresentano quasi diverse tappe di un percorso, nel corso del quale le criticità della tesi tradizionale vengono evidenziate in maniera sempre più stringente.

3.3.1. Procedendo in ordine cronologico, si riscontra innanzitutto un primo gruppo di sentenze, meno recenti, in cui il tentativo di stemperare la rigidità dell'orientamento tradizionale non giunge fino alla denuncia espressa della definizione maggioritaria ed espansiva di "dolo di profitto".

Rappresentative di questo primo filone sono, in primo luogo, le sentenze Gobetti¹³ e Nutu¹⁴; la cui impostazione "informale" viene successivamente ripresa dalla Suprema corte nel caso Saraniti¹⁵.

In tali pronunce, i giudici di legittimità non negano che «il profitto possa consistere in una qualsiasi utilità o vantaggio, anche di natura non patrimoniale, essendo sufficiente che il soggetto attivo abbia operato per il soddisfacimento di un qualsiasi interesse, anche psichico»¹⁶ o che «il fine di profitto non debba necessariamente essere una finalità di beneficio patrimoniale od economico»¹⁷; si concede, tuttavia, che il dolo specifico richiesto per la configurazione dell'elemento soggettivo del delitto di furto non sussiste quando la ragione della sottrazione «non possa essere ricondotta allo scopo di "sfruttare" in qualsiasi maniera il bene»¹⁸ ovvero «a percepire dalla cosa asportata un immediato e diretto profitto»¹⁹, o, ancora, in assenza di «un significativo periodo di

¹² Così, Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, cit.; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

¹³ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit.

¹⁴ Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, in *DeJure*.

¹⁵ Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, in *DeJure*.

¹⁶ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit. In termini analoghi: Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, cit.

¹⁷ Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, cit.

¹⁸ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit.

¹⁹ Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, cit.

detenzione» della cosa sottratta «rispetto al quale possa essere valutato il conseguimento di un'utilità autonomamente apprezzabile»²⁰.

Sulla scorta di queste promesse, viene esclusa la possibilità di ricondurre alla fattispecie di furto la condotta di un fotografo che, allo scopo di tutelare la propria attività commerciale e le sue pertinenze, spostava alcuni cartelli posti davanti all'ingresso da un altro commerciante e li ricoverava in bella vista nel proprio negozio²¹; la sottrazione di un telefono cellulare motivata dalla volontà di dissuadere la vittima dal corteggiare la fidanzata dell'imputato²²; nonché la sottrazione di un lucchetto da parte di uno studente, finalizzata a compiere un gesto vandalico²³.

Il distanziamento dalla tesi tradizionale è evidente, per lo meno per quanto concerne le concrete ricadute applicative, ma nessuna particolare motivazione viene addotta per giustificare tale brusco mutamento di rotta.

3.3.2. Dodici anni dopo la sentenza Gobetti, il contrasto diviene manifesto.

Più precisamente, le prime sentenze che si pongono in aperta dissonanza con l'orientamento tradizionale vengono pronunciate nei procedimenti Lettina ed El Sheshtawi, in cui si afferma esplicitamente che, nel furto, «il fine di profitto, che integra il dolo specifico del reato, va interpretato in senso restrittivo, e cioè come possibilità di fare uso della cosa sottratta in qualsiasi modo apprezzabile sotto il profilo dell'utilità intesa in senso economico/patrimoniale»²⁴.

Nel primo caso, l'imputato, affetto da un vizio parziale di mente, alla vista della sua ex fidanzata che passeggia in compagnia di un altro uomo, aggredisce l'accompagnatore e strappa la borsa dalle mani di lei; viene tuttavia annullata la condanna per furto, perché – come riconosciuto dagli stessi giudici di merito – lo scippo era stato compiuto non a fine di trarre dalla cosa sottratta un'utilità patrimoniale, bensì per fare un dispetto alla vittima e/o rimanere, a qualsiasi costo, in contatto con lei²⁵.

Nel secondo caso, viene esclusa la sussistenza del delitto di furto ipotizzato a carico di un sindacalista che, al fine di consentire ai suoi colleghi di fuoriuscire dal luogo di lavoro per compiere atti di protesta, asporta due fusibili dalla scatola di derivazione della saracinesca di un magazzino²⁶.

Secondo i giudici dei casi Lettina ed El Sheshtawi, sarebbero essenzialmente due gli argomenti in grado di sorreggere la ricostruzione "in senso economicistico" del dolo specifico del furto.

²⁰ Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, cit.

²¹ Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, Gobetti, n. 4975, cit.

²² Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, Nutu, cit.

²³ Cass., sez. V, 6 marzo 2018, n. 28549, Saraniti, cit.

²⁴ Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, in *DeJure*; Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, in *DeJure*. Sposano una nozione di natura strettamente economico/patrimoniale di profitto, nella dottrina più recente: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2019, 70 ss.; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2013, 111-115; G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 352.

²⁵ Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, cit.

²⁶ Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, cit.

In primo luogo, si nota come «la collocazione del furto nel titolo XIII del codice penale dedicato ai delitti contro il patrimonio, [...] sarebbe tradita da un’esegesi diretta ad estendere l’ambito applicativo della fattispecie a condotte che non sono dirette a perseguire una finalità dotata di un’immediata incidenza di natura economica»²⁷; in seconda battuta, si osserva come «un’eccessiva espansione della nozione di profitto, estesa fino a raggiungere qualsiasi utilità soggettivamente ritenuta apprezzabile [...] può comportare, in definitiva, l’annullamento della previsione normativa, che implica la necessità del dolo specifico»²⁸.

3.3.3. Dopo le sentenze Lettina ed El Sheshtawi, un ulteriore attacco all’orientamento tradizionale viene sferrato dalle sentenze **Stawicka** ed **E.A.**, in cui si afferma che il dolo specifico del delitto di furto dovrebbe identificarsi «nella finalità del soggetto agente di conseguire un incremento della propria sfera patrimoniale eventualmente anche per la capacità strumentale del bene di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale, che si profila come fine ulteriore dell’azione»²⁹.

A rigore, sembrerebbe un arretramento rispetto alla tesi accolta in Lettina ed El Sheshtawi, ove i “bisogni spirituali” non vengono presi in considerazione nemmeno quali scopi ulteriori che possono animare l’autore dell’azione furtiva; tuttavia, a ben vedere, i risultati qualificatori concretamente raggiunti dai giudici di Stawicka ed E.A. mostrano come il dolo specifico di profitto venga anche qui inteso in senso strettamente “economicistico”.

La sussistenza del dolo specifico di profitto viene infatti esclusa sia a fronte della sottrazione di una settantina di cani di razza beagle da parte di un gruppo di animalisti, mossi dall’intento di liberarli dallo stabulario in cui erano rinchiusi³⁰; sia nella “classica” ipotesi di sottrazione di un telefono cellulare e di un paio di occhiali, non appena la vittima aveva dichiarato di voler chiamare le forze dell’ordine³¹.

Nelle sentenze in esame, le critiche all’orientamento tradizionale espresse nelle sentenze Lettina ed El Sheshtawi vengono riprese e ulteriormente sviluppate.

Si sostiene così che «l’onnicomprendensiva nozione di profitto oggetto del dolo specifico del delitto di furto, che abbraccia indistintamente sia il vantaggio economico, sia l’utilità, materiale o spirituale, sia il piacere o soddisfazione che l’agente si procuri, direttamente o indirettamente, attraverso l’azione criminosa, tradisce la funzione selettiva e garantistica della tipicità penale, [...] pervenendo, in definitiva, ad un’*interpretatio abrogans* del detto elemento essenziale, degradato ad un profitto *in re ipsa*,

²⁷ Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, cit.; lo stesso argomento in Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, cit.

²⁸ Così Cass., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, Lettina, cit.; nello stesso senso Cass., sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, El Sheshtawi, cit.

²⁹ Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, in *DeJure*; Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., in *DeJure*. In dottrina, un’impostazione molto simile in F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2021, 42-43.

³⁰ Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit.

³¹ Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

coincidente con il movente dell'azione [...] che sempre esiste, non potendo concepirsi che un uomo agisca se non sospinto da un motivo»³².

Inoltre, l'allargamento della nozione di "profitto" finirebbe per svilire la *ratio* dell'incriminazione del furto, che si basa non soltanto «sulla base oggettivistica dell'offesa patrimoniale arrecata alla vittima, ma anche su quella, ad impronta soggettivistica, del profitto dell'agente», dimostrando così come il legislatore abbia non soltanto inteso «evitare l'impoverimento altrui, ma anche [...] scoraggiare l'arricchimento, o, comunque, l'avvantaggiarsi, dell'agente derivante dalla ruberia»³³.

Da un punto di vista sistematico, infine, si osserva che, intesa nei termini tradizionali, «la nozione di profitto si scolora in quella di "vantaggio"», mentre invece la volontà del legislatore sarebbe quella di tenere le due nozioni ben distinte, come dimostrerebbe, tra l'altro, l'impiego di entrambe le espressioni ("per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri") nella definizione del dolo specifico del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.³⁴

4. Nel merito della questione controversa: osservazioni preliminari.

4.1. In attesa di conoscere quale sarà il responso delle Sezioni unite, si possono trarre fin d'ora alcune "note minime" in merito alla questione interpretativa in esame.

4.2. In primo luogo, non ci paiono decisivi, ai fini della soluzione del quesito, gli argomenti di natura letterale, relativi alla ricostruzione del significato del vocabolo "profitto", peraltro evocati a sostegno delle proprie tesi sia dai fautori dell'orientamento "rigorista" tradizionale, sia da coloro i quali accedono ad un'esegesi più garantista e restrittiva.

Occorre ammettere, infatti, che il termine "profitto", seppur spesso utilizzato in ambito economico per indicare l'eccedenza del totale dei ricavi sul totale dei costi, ha certamente un'estensione ben più ampia, come dimostrano numerose espressioni di uso comune ("impegnarsi senza profitto", "mettere a profitto le proprie letture", e simili), e non si pone di certo di traverso alla tesi per cui in tale nozione rientrerebbero anche utilità spirituali che l'agente si procura attraverso l'azione criminosa³⁵.

Tuttavia, com'è noto, se è vero che la possibilità di ricondurre un certo quadro di vita nell'alveo dei possibili significati letterali di una disposizione penale costituisce certamente una condizione necessaria per applicarla, non vale anche l'inverso; non è

³² Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit. Negli stessi termini, Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

³³ Così Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit.

³⁴ Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

³⁵ A conferma della natura non decisiva degli argomenti che muovono dalla ricostruzione del significato letterale del termine "profitto", si osservi che la stessa dottrina che propugna un'interpretazione del dolo di profitto in senso strettamente economicistico ritiene che, in altri delitti, di tale requisito debba essere data un'interpretazione più lata: v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 37. *Contra*, invece, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 42.

vero, cioè, che per il solo fatto che una determinata opzione esegetica non si ponga in evidente contrasto con il significato letterale di una disposizione, non vi possano essere altre ragioni – di ordine sistematico, teleologico, ecc. – che comunque inducono a rigettarla.

4.3. In secondo luogo, nemmeno ci pare decisivo il dato rappresentato dalla collocazione dei delitti di furto nell’ambito dei delitti contro il patrimonio, evocato più volte dalle sentenze che hanno inteso aderire all’orientamento minoritario a sostegno di un’interpretazione in senso “economicistico” del concetto di dolo di profitto³⁶.

A ben vedere, infatti, riconoscere la sussistenza del dolo specifico anche quando l’autore dell’azione furtiva sia mosso dall’intento di soddisfare bisogni spirituali o, comunque, non patrimoniali in senso stretto, non implica affatto che il patrimonio della vittima non abbia comunque subito una lesione; pertanto, la coerenza interna del minisistema disegnato dal Titolo XIII del Codice penale parrebbe comunque salvaguardata, anche in caso di accoglimento dell’orientamento tradizionale.

Peraltro, anche nell’ambito dei delitti contro il patrimonio si ritrovano fattispecie incriminatrici ove il dolo specifico non ha un contenuto strettamente patrimoniale (si pensi alla rapina impropria, nell’ipotesi dell’esercizio di violenza o minaccia ai fini di procurarsi l’impunità) o nelle quali il dolo specifico è addirittura assente.

Senza contare che, anche a fronte della sottrazione di beni privi di valore economico motivate da finalità emulative, affettive o di simile natura continuerebbe pur sempre a operare la valvola di sfogo rappresentata dall’interpretazione conforme al principio costituzionale di offensività; di talché, i fatti non lesivi del bene giuridico tutelato sarebbero comunque espunti dall’area del penalmente rilevante, già sul piano dell’elemento oggettivo³⁷.

5. L’orientamento tradizionale ed espansivo: critica.

5.1. Fatte queste premesse, e concentrandoci per il momento sull’orientamento espansivo, si osserva innanzitutto che, al di là del richiamo – come abbiamo visto, non decisivo – al significato letterale del termine “profitto”, l’altro argomento che sorregge l’interpretazione tradizionale si risolve nella denuncia dei presunti vuoti di tutela che residuerebbero in caso di accoglimento di una nozione “ristretta” del dolo specifico nei delitti di furto.

Di per sé, si tratta di un argomento privo di pregio.

³⁶ L’argomento imperniato sulla natura dell’interesse tutelato è frequente anche in dottrina: v., ad es., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 70-71.

³⁷ Ritengono, invece, che «se l’agente si impossessa di cose insuscettive di scambio [...] viene meno quella prospettiva di abusivo profitto economico, che costituisce lo scopo tipico cui per l’appunto tende l’azione furtiva»: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 71. Ravvisano un legame tra interesse tutelato e ricostruzione dell’elemento soggettivo del delitto in parola anche E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 111-112 e G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 352.

È ovvio, infatti, che qualsiasi interpretazione restrittiva reca – per l'appunto – l'effetto di restringere l'ambito del penalmente rilevante, lasciando così sfornite di tutela penalistica alcune costellazioni di casi che, altrimenti, vi rientrerebbero. Ma tale risultato è del tutto fisiologico nell'ambito del diritto penale, la cui natura frammentaria e sussidiaria è ancora più evidente nei delitti contro il patrimonio, ove il legislatore rinuncia a formulare fattispecie incriminatrici a forma libera³⁸.

Più che la mera indicazione di veri o presunti vuoti di tutela, allora, ciò che conta, a nostro avviso, è valutare *i)* se non vi siano altri argomenti di ordine letterale – diversi dalla ricostruzione dell'estensione del termine “profitto” – o di natura sistematica che ostano all'accoglimento di una nozione omnicomprensiva di “dolo di profitto”, tale da consentire la punizione per furto delle costellazioni “problematiche” individuate dalla giurisprudenza maggioritaria; *ii)* se tali costellazioni siano effettivamente sfornite di tutela penale in caso di accoglimento di una nozione restrittiva di dolo di profitto e/o se tali costellazioni siano davvero meritevoli di essere portate all'attenzione del complicato (e costoso) meccanismo della giustizia penale.

5.2. Quanto al primo aspetto, si osservi che almeno due argomenti – efficacemente sintetizzati nelle sentenze Lettina, El Sheshtawi, Stawicka ed E.A. – militano decisamente in favore dell'accoglimento della tesi più restrittiva.

In primo luogo, l'estensione del concetto di “profitto”, fino a ricomprendervi anche la finalità di recare dispetto alla persona offesa, il furto motivato da ragioni di gelosia o, ancora, dalla volontà di distruggere la cosa sottratta, finisce per obliterare la capacità selettiva di un requisito di fattispecie, confondendolo con il movente dell'azione, sempre presente in ogni delitto doloso. Se, infatti, il perseguimento di un qualsiasi bisogno o utilità, anche spirituale, è sufficiente a realizzare il dolo di profitto richiesto dai delitti di furto, è evidente come sia di fatto impossibile individuare anche una sola ipotesi di sottrazione che non sia commessa ai fini di trarre un profitto per sé o per altri; con ciò, la lettera della legge viene, in buona sostanza, abrogata per via interpretativa³⁹.

In secondo luogo, si osservi che l'interpretazione estensiva e tradizionale del concetto di “profitto”, finisce per trasfigurarla in qualsiasi utilità che l'agente si propone di conseguire con l'azione furtiva. Sul piano sistematico, tuttavia, tale risultato esegetico mal si concilia con l'impiego da parte del legislatore del diverso e più generico termine “vantaggio” per descrivere il dolo specifico richiesto da altre fattispecie incriminatrici

³⁸ Osservazione “classica”: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 13; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 10-11; F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, 94-95. Per uno sguardo più approfondito al tema della descrizione della condotta tipica nei delitti contro il patrimonio e sulla presumibile ragione per il ricorso a tali tecniche di incriminazione, v., per tutti: F. SGUBBI, *Uno studio*, cit., 76-98.

³⁹ In questo senso, in dottrina: F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960, 52-53, nota 78; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 70-71; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 42; E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 112-113; G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 350-351; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 221; F. SGUBBI, *Uno studio*, cit., 160.

(artt. 490, 491, 494, 617-ter, 617-sexies c.p.), la cui maggior estensione rispetto alla nozione di “profitto” è dimostrata dal fatto che, talvolta, lo stesso legislatore specifica come il vantaggio debba essere soltanto “economico” (art. 601-bis co. 3 c.p.) oppure “derivante da un contratto di assicurazione” (art. 642 c.p.); né, infine, tale interpretazione sembra conciliarsi con l’esplicita distinzione tra “profitti” e “vantaggi” contenuta nell’art. 416-bis co.3 c.p.⁴⁰

5.3. Per quanto concerne, poi, l’assunto dei fautori dell’orientamento espansivo, secondo cui, in caso di accoglimento di una nozione ristretta di dolo di profitto, rimarrebbero sforniti di tutela i furti seguiti da danneggiamento, i furti commessi nell’interesse del proprietario, i furti emulativi e affettivi e furti di beni non commerciabili, si noti innanzitutto che, come correttamente rilevato dalla sentenza E.A., in molte (se non tutte) le ipotesi decise in applicazione dell’indirizzo tradizionale, il fatto – se anche fosse stato considerato lecito nell’ottica del Titolo XIII – avrebbe comunque potuto essere considerato penalmente rilevante se osservato da altre prospettive; vale a dire, quale fatto lesivo della libertà di autodeterminazione della vittima⁴¹.

Così ad es., nulla avrebbe impedito di ravvisare il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) nel caso in cui un soggetto, strappando il telefono cellulare dalla mano della vittima, le impedisce di effettuare una telefonata (caso Caltabiano⁴²), o nel caso in cui l’autore, sottraendo e distruggendo una macchina fotografica, impedisce alla persona offesa di realizzare delle fotografie (caso Cirmena⁴³).

Data, peraltro, la nozione estremamente estesa di violenza accolta nella nostra giurisprudenza⁴⁴, occorre osservare che il delitto di cui all’art. 610 c.p. potrebbe configurarsi ben al di là delle ipotesi in cui l’autore abbia esercitato una violenza reale cd. propria (come nel caso di un furto con strappo); ma anche a fronte di una qualsiasi sottrazione che abbia prodotto un effetto restrittivo/impeditivo della libertà di autodeterminazione della persona offesa.

Con ciò, la questione degli eventuali vuoti di tutela penale si rivela già, anche prima di entrare nel merito delle varie costellazioni “problematiche” individuate dai sostenitori dell’indirizzo tradizionale, più apparente che reale.

5.3.1. Per quanto riguarda, poi, la particolare ipotesi della sottrazione immediatamente seguita da danneggiamento, si osservi in aggiunta come sia ben poco convincente l’argomento, addotto dai fautori dell’indirizzo tradizionale, per cui al riconoscimento dell’insussistenza del dolo di profitto conseguirebbe necessariamente la non punibilità

⁴⁰ Per l’argomento *ex* art. 416-bis co. 3 c.p. v. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 72; E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 112.

⁴¹ La stessa obiezione in Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.A., cit.

⁴² Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, cit.

⁴³ Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

⁴⁴ Sul punto, v. F. VIGANÒ, *Art. 610*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, III, 1886 ss.

dell'agente per il delitto di danneggiamento, dato che il secondo sarebbe assorbito nel primo.

È pacifico, infatti, che di concorso apparente di norme si possa parlare fin tanto che le norme incriminatrici che convergono su un medesimo fatto siano tutte applicabili⁴⁵; se, invece, il reato "assorbente" risulta insussistente, perché viene a mancare uno dei suoi elementi costitutivi, nulla osta alla condanna per il reato che, in caso contrario, sarebbe assorbito.

Così, ad es., se un giovane ambientalista, a fini dimostrativi, sottrae e poi distrugge un bene di interesse artistico esposto alla pubblica fede, lo stesso potrebbe essere comunque punito per il delitto di cui all'art. 635 co. 2 n. 1 c.p., qualora si disconoscesse la sussistenza del dolo specifico di profitto.

Se, invece, il successivo danneggiamento non dovesse risultare penalmente rilevante nemmeno ai sensi del novellato art. 635 c.p., verrebbe naturale chiedersi perché trattare diversamente chi danneggia cose altrui senza averle prima sottratte, che sarebbe tenuto soltanto al risarcimento dei danni in sede civile (si immagini un modello delusa dal lavoro del ritrattista, che per dispetto gli danneggia le tele), e chi invece sottrae, e poi immediatamente distrugge, un bene altrui, che sarebbe considerato penalmente responsabile anche in sede penale *ex art. 624 c.p.* (si pensi ancora al caso Cirmena, ove un soggetto, al fine di impedire lo scatto di fotografie da parte della persona offesa, si impossessa dell'apparecchio fotografico e immediatamente lo distrugge).

In fondo, si tratta di illeciti sostanzialmente analoghi, se osservati dal punto di vista dell'offesa al patrimonio.

5.3.2. Altrettante perplessità investono, inoltre, l'argomento per cui una delimitazione della nozione del dolo di profitto comporterebbe una radicale non punibilità delle sottrazioni di beni non commerciabili.

In primo luogo, la nozione di bene non commerciabile non è ulteriormente specificata e, pertanto, non si comprende se si sia inteso con ciò fare riferimento a beni in sé leciti, il cui commercio è vietato (per es. opere d'arte comprese nel patrimonio indisponibile dello Stato), ovvero a beni "intrinsecamente illeciti" (come, ad es., sostanze stupefacenti, parti del corpo, ecc.).

Inoltre, è evidente che anche di un bene "non commerciabile" un eventuale reo può impossessarsi a scopo di trarne profitto anche in senso strettamente economico/patrimoniale, dato che, com'è noto, anche beni illeciti o di cui è comunque vietata l'alienazione sono spesso proficuamente detenuti o ceduti, anche a titolo oneroso (es.: furto di un'antica tela rinascimentale per rivenderla sul mercato nero dell'arte), e, dunque, la costellazione non sembra porre alcun problema specifico.

Piuttosto, la questione della rilevanza penale della sottrazione di "beni non commerciabili" ci pare abbia a che fare più con il diverso tema – sul quale è del tutto superfluo esprimersi in questa sede – della definizione di cosa mobile ai sensi degli artt.

⁴⁵ Nessuna controversia sul punto; v., per tutti, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, 611.

624 ss. c.p., che con quello relativo alla ricostruzione del concetto di dolo specifico di profitto⁴⁶.

5.3.3. Per quanto più specificamente riguarda, infine, la costellazione dei furti commessi nell'interesse del proprietario, non si comprende innanzitutto quali esigenze di tutela penale sarebbero irrimediabilmente frustrate in caso di mancata punizione di chi sottrae un bene alla vittima per evitare che il bene sia carpito o distrutto da terzi, per evitare che la stessa vittima scialacqui il suo patrimonio o che l'alcolizzato sprofondi ancor di più nell'etilismo; oltretutto del tutto fantasiose, tali costellazioni sembrano francamente sciolte da stringenti necessità punitive, ed anzi talvolta letteralmente considerate dal codice civile quali fatti leciti, dai quali sorge addirittura un obbligo di rimborso delle spese in favore del "buon samaritano" (art. 2031 c.c.).

A ben vedere, poi, nei casi in esame il disconoscimento del dolo specifico sembra imporsi a prescindere dalla nozione di "profitto" accolta; basti osservare, infatti, che i delitti di furto esplicitano chiaramente come il profitto agognato dall'autore debba essere voluto "per sé o per altri", e cioè, evidentemente, in favore di soggetti diversi dalla vittima del reato⁴⁷.

5.3.4. A tutto concedere, dunque, l'unica costellazione in cui si potrebbe tutt'al più ravvisare un bisogno di tutela finisce per essere rappresentata dai "furti emulativi o affettivi", in cui all'autore non è possibile rimproverare di aver costretto la vittima a fare, omettere o tollerare qualcosa, nemmeno sfruttando l'ampia definizione di violenza abbracciata dalla giurisprudenza.

V'è da chiedersi, però, se tali "vuoti di tutela" non debbano essere semplicemente accettati, considerati gli argomenti letterali e sistematici che si pongono comunque di traverso all'accoglimento di una nozione estensiva di profitto, più sopra succintamente compendiate (§ 5.2), e tenuto presente che alla vittima di una spoliazione non violenta l'ordinamento riserva comunque ampia tutela sul piano civilistico.

6. Gli indirizzi restrittivi: apprezzamento e rilievi critici.

6.1. Quanto agli orientamenti alternativi rispetto a quello tradizionale, ci pare che pieno apprezzamento meritino non soltanto gli sforzi argomentativi volti a stigmatizzare le criticità della tesi espansiva, ma anche le conclusioni raggiunte con riferimento alle concrete fattispecie in giudizio.

6.2. Tuttavia, occorre osservare, in primo luogo, come non convinca appieno la definizione di "dolo specifico di profitto" accolta nelle sentenze Lettina ed El Sheshtawi,

⁴⁶ Per una ricostruzione delle varie posizioni sul punto, sia consentito rinviare a S. LALOMIA, *Art. 624*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, III, 2236 ss.

⁴⁷ In questo senso, in dottrina: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 72; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 43; G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 353.

ove si afferma che il dolo specifico di profitto sussiste soltanto quando l'autore abbia avuto di mira la «possibilità di fare uso della cosa sottratta in qualsiasi modo apprezzabile sotto il profilo dell'utilità intesa in senso economico/patrimoniale».

Ci pare, infatti, che tali sentenze stendano un ordito decisamente troppo corto, per la semplice ragione per cui, in diversi casi in cui nessuno dubiterebbe della sussistenza di un furto, soltanto con evidenti forzature si potrebbe sostenere che l'autore ha inteso trarre dalla cosa sottratta "un'utilità in senso economico/patrimoniale"⁴⁸.

Si immagini il caso di un fedele particolarmente devoto che, trovando insopportabile che una reliquia sia esposta in un museo, decida di sottrarla e tenerla presso di sé per adorarla. In un caso siffatto, ove la condanna dell'ipotetico autore per furto non scandalizzerebbe, è a nostro avviso difficilmente sostenibile che il reo abbia inteso trarre dal libro un'utilità valutabile in senso economico; il fedele intende infatti soddisfare un proprio bisogno di natura eminentemente spirituale, rispetto al quale il valore economico della cosa è per lui del tutto irrilevante.

6.3. Molto più convincente ci pare, invece, la tesi, sostenuta nelle sentenze Stawicka ed E.A., secondo cui il dolo specifico di profitto sussiste soltanto quando l'autore «abbia agito per conseguire un ampliamento del proprio patrimonio, quale fine diretto e immediato dell'azione, sia pure con l'intento di ottenere per tale via il soddisfacimento di un bisogno ulteriore anche solo di ordine spirituale».

A nostro avviso, però, anche questa tesi, pur rappresentando un deciso passo in avanti in direzione di una maggior tassatività della nozione di "dolo specifico di profitto", non si sottrae a qualche rilievo critico.

Si tratta, infatti, di una definizione agevolmente manipolabile, che potrebbe portare al riconoscimento del dolo di profitto addirittura nei casi decisi nelle stesse sentenze ove tale nozione è stata accolta⁴⁹.

⁴⁸ Nello stesso senso, in dottrina, C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti*, cit., 148; F. MANTOVANI, op. loc. cit. *Contra*, si è ritenuto che anche in caso sottrazioni motivate dalla finalità di trarre «soddisfazione estetica» o commesse a «scopo umanitario» «il fine intrinseco dell'azione furtiva [...] rimane invece pur sempre quello di sottrarsi ai costi che il mercato impone per acquisire i beni strumentali» (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 71-72). Ma si tratta di una mera petizione di principio: può ben darsi, ad es., che il reo abbia sottratto il bene semplicemente perché il suo acquisto era vietato dalla legge, o perché il proprietario si rifiutava di cederlo anche a fronte di ingenti offerte di denaro, che il ladro era prontissimo ad esborsare, e via dicendo. Al fine di aggirare l'obiezione, si è anche sostenuto che «una dose di appagamento pecuniariamente valutabile» sarebbe pur sempre rintracciabile in caso del perseguimento di un bisogno non patrimoniale, dato che «l'uomo medio, per procurarsi quella medesima soddisfazione, deve essere disposto a rinunciare ad una corrispondente utilità in danaro» (G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 352). Facile replicare, tuttavia, che ciò che avrebbe fatto l'uomo medio è del tutto irrilevante, quando si tratta di valutare se uno specifico imputato fosse stato o meno animato dalla finalità di trarre profitto dalla cosa sottratta. Coerentemente, infine, vi è poi chi semplicemente ammette che il «feticista che ruba un indumento alla vittima per soddisfare un proprio bisogno erotico» non realizza il delitto di furto perché «non vi è un interesse economico sottostante» (E. MEZZETTI, *Reati*, cit., 114-115).

⁴⁹ Negano che la definizione di "profitto" accolta dal Mantovani, molto vicina a quella sposata nelle sentenze in esame, valga a delimitare il concetto rispetto alla nozione generalmente percepita anche F. ANTOLISEI, C.F. GROSSO (a cura di), *Manuale*, cit., 389, nota 24 e L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 221, nota 51.

Non risulta difficile, infatti, immaginare una motivazione che, pur partendo dalle stesse premesse, affermi, ad es., che gli attivisti che hanno sottratto decine di cani dallo stabulario (caso Stawicka⁵⁰) erano in realtà mossi dalla finalità di incrementare – sia pur soltanto temporaneamente – il proprio patrimonio, sottraendo e impossessandosi degli animali in questione, al fine di soddisfare i propri bisogni ulteriori, di natura politico-dimostrativa.

7. Una modesta proposta: il dolo di profitto come volontà di trarre dal bene sottratto il suo tipico valore d'uso, o il suo valore intrinseco.

7.1. Ci pare, insomma, che l'aspetto centrale della questione rimessa alle Sezioni unite risieda nell'individuazione di una definizione di "dolo specifico di profitto" che, da un lato, contemperi le rigidità dell'orientamento tradizionale e, dall'altro, non restringa eccessivamente l'area della punibilità, risultando al contempo sufficientemente chiara, così da ridurre il rischio di una sorta di "eterno ritorno" alla concezione espansiva del dolo di profitto.

7.2. A riguardo, un possibile spunto – che sviluppa diverse intuizioni contenute nelle sentenze "ribelli", e alcuni suggerimenti provenienti dalla dottrina⁵¹, da sempre critica in merito all'eccessiva estensione delle nozioni di profitto – potrebbe essere quello di valorizzare non tanto la dicotomia tra bisogni di natura "economica" o bisogni di natura "spirituale", che da sempre anima il dibattito sul punto; quanto, piuttosto, l'intera locuzione impiegata dal legislatore ("al fine di trarne profitto per sé o per altri"), che ci sembra porre l'accento, più che sulla natura del profitto, *sul legame tra "profitto" – comunque lo si voglia definire – e bene sottratto*.

Scegliendo di punire soltanto chi sottrae una cosa mobile "al fine di trarne profitto", ci pare infatti che il legislatore abbia inteso punire soltanto le sottrazioni volte a trarre dal bene l'utilità – sia essa valutabile o meno in termini economici – *propria del bene stesso e a quest'ultimo connaturata*; le sottrazioni, in altri termini, volte a sfruttare il bene *per il suo valore d'uso culturale o per il suo valore intrinseco*, ovvero le sottrazioni animate dallo scopo di *alienare il bene a terzi*, a titolo oneroso o gratuito.

7.3. Tralasciando l'esame delle ipotesi, per vero non controverse, ove il bene è stato carpito per trasferirlo a terzi, in cui la "volontà di estrarre valore dalla cosa" è sempre agevolmente rintracciabile, si osservi come, a nostro avviso, la definizione poc'anzi proposta rechi il pregio di indicare una soluzione ragionevole, e ragionevolmente

⁵⁰ Cass., sez. V, 1° luglio 2019, n. 40438, Stawicka, cit.

⁵¹ V., ad es., sia pur nell'ambito di concezioni del dolo di profitto diverse da quella qui perorata, le osservazioni in merito ai «rapporti tra il profitto e il fatto» in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 44; o relative al necessario riferimento del «profitto [...] alla cosa (ovvero al godimento di essa)» in G. PECORELLA, voce *Furto*, cit., 351.

prevedibile, in ciascuna delle costellazioni controverse che hanno portato alla pronuncia dell'ordinanza di remissione in commento.

Così, ad es., in applicazione della tesi poc'anzi delineata, non risponde per furto chi sottrae i vestiti appena acquistati dalla propria compagna nel corso di una litigata, non tanto perché questi non persegua una finalità di arricchimento, quanto perché la sottrazione non è volta *a trarre dai vestiti l'utilità che è loro propria* (indossarli, non impiegarli per fare un dispetto); non sussiste il dolo specifico di profitto in capo a chi leva il telefono alla vittima per scoprirne un presunto tradimento, perché l'agente non è mosso dall'intenzione *di trarre dal bene il suo tipico valore d'uso* (consentire la comunicazione tra persone distanti, e non indagare su asserite infedeltà); non sussiste l'elemento soggettivo del delitto di furto qualora uno studente indisciplinato sottragga un lucchetto e lo getti dalla finestra al fine di compiere un atto vandalico, *dato che la tipica funzione di un lucchetto non è certo quella di essere utilizzata come proiettile*; né è punibile il sindacalista che, al fine di consentire una dimostrazione da parte dei colleghi, sottragga alcuni fusibili, *poiché l'agente non è animato dalla volontà di sfruttare tali beni per l'uso ad essi connaturato* (proteggere un circuito dalle sovracorrenti); né, infine, si può dire che abbiano agito a fini di profitto attivisti che, a fini dimostrativi e per tutelare dei cani di razza beagle, li sottraggano e li liberino, considerato che costoro non paiono sicuramente mossi dalla volontà *di trarre utilità alcuna dagli animali stessi*.

Più in generale, poi, ci pare manchi in radice il dolo specifico richiesto dal delitto di furto in capo a chi sottrae un bene mobile per impedirne l'utilizzo, perché impedire l'utilizzo di un bene mobile è *l'esatto contrario del mirare al suo sfruttamento* (si pensi alle numerose ipotesi di sottrazione di un telefono cellulare per impedire alla vittima di fare una telefonata); né, per la stessa ragione, in capo a chi si appropria furtivamente di una cosa mobile al fine di distruggerla, salvo che la distruzione sia irrimediabilmente connaturata allo sfruttamento del bene stesso (come, ad es., in caso di furto di legna da ardere).

7.4. Si noti, infine, come la concezione qui proposta non osterebbe alla punizione per il delitto di furto di chi abbia sottratto una cosa mobile al fine di estrarne un'utilità che difficilmente può essere descritta in termini economico/patrimoniali, ma che pure è tipica del bene di cui l'autore si è appropriato; pertanto, questa tesi sembrerebbe sottrarsi alle obiezioni comunemente rivolte ai fautori di una nozione di profitto inteso in senso strettamente economico, già ricordate nel precedente paragrafo (§ 6.2).

Così, ad es., nulla vieterebbe, in accoglimento della tesi qui propugnata, di considerare realizzata a fini di profitto la sottrazione di un libro antico da parte del collezionista, nonostante il fatto che quest'ultimo, completamente disinteressato al suo valore di mercato, appaia più che altro mosso dal desiderio di bearsi della vastità della sua collezione e vantarsi del nuovo "acquisto" con altri collezionisti

IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA NEI PROGRAMMI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA

di Raffaele Muzzica

Il titolo IV del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, introduce per la prima volta nel sistema penale italiano una disciplina organica dei programmi di giustizia riparativa. Il contributo si propone di delineare il nuovo catalogo di doveri, funzioni e poteri dell'autorità giudiziaria penale nell'ambito di questo sotto-sistema, del tutto alternativo rispetto al tradizionale meccanismo processuale fondato sulle logiche coattive del binomio "accertamento processuale-sanzione", comparandolo altresì a quello del mediatore, innovativa figura professionale istituita dal d. lgs. 150/2022.

SOMMARIO: 1. Una prima disciplina organica della giustizia riparativa: principi e criteri direttivi ed influenze sovranazionali. – 2. Il decreto delegato e la versione «*process-based*» di giustizia riparativa. – 3. Il ruolo del mediatore: «*pacificare senza decidere*». – 4. Il ruolo del giudice: «*decidere senza necessariamente pacificare*». – 4.1. Il dovere di informazione. – 4.2. Il potere di selezione dei casi «*mediabili*» ed il «*gradiente riparativo*». – 4.3. Il potere-dovere di valutazione del programma riparativo. – 5. Conclusioni.

1. Una prima disciplina organica della giustizia riparativa: principi e criteri direttivi ed influenze sovranazionali.

Tra le numerose deleghe contenute nella legge 27 settembre 2021 n. 134 (cd. riforma Cartabia) l'art. 1 co. 18 delegava l'Esecutivo ad introdurre un sistema organico di giustizia riparativa¹.

Tra gli obiettivi del legislatore delegante vi era non solo quello di concretizzare in modo operativo una profonda elaborazione teorica di matrice internazionale² ma ormai invalsa anche nei confini nazionali³, ma altresì quello di realizzare i pressanti

¹ Sui principi della legge delega in tema di giustizia riparativa cfr. A. PRESUTTI, [Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale](#), in questa Rivista, 20 luglio 2022.

² J. Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1999, 25, 1; J. Dignan, *Understanding Victims and Restorative Justice*, Maidenhead, 2005; H. Strang-J. Braithwaite, *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Aldershot, 2000; D.W. Van Ness-K. Heetderks Strong, *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*, Waltham, 2015.

³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi, G.A. Lodigiani, Bologna 2015, 116; C. PERINI, *L'alternativa al carcere al tempo della crisi: inveroamento o deriva di sistema?*, in *Europe in crisis*:

obiettivi di decarcerizzazione e deflazione processuale⁴, strettamente connessi agli impegni assunti con il PNRR.

In tale prospettiva, la riforma Cartabia dettava criteri direttivi implicanti la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti dal legislatore.

Come è evidente, la logica del legislatore delegante si connotava per un approccio radicalmente mutato rispetto al passato, chiaramente olistico e – vera novità per l'ordinamento italiano – slegato dal tradizionale criterio formale della fattispecie astratta.

Nell'ordito normativo della legge delega, inoltre, l'autorità giudiziaria assumeva un importante ruolo proattivo di iniziativa del procedimento riparativo e di valutazione dello stesso in termini – ancora una volta, innovativi ancorché generici – di “utilità”.

Con la riforma Cartabia, inoltre, il legislatore nazionale ha colto l'occasione per implementare alcune tendenze espresse dalla normativa europea in tema di giustizia riparativa.

Mentre, infatti, la Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 conteneva previsioni, poco concrete e ancor meno vincolanti, in cui genericamente veniva disposto che gli Stati membri promuovessero «la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati» ritenuti «idonei», la Direttiva 2012/29/UE⁵, oltre ad individuare la mediazione come possibile forma alternativa alla pena (in ogni caso applicabile soltanto allorquando essa corrisponda all'interesse della vittima, come stabilito dall'art. 12, comma 1, lett. a) della Direttiva), estendeva altresì il proprio ambito applicativo anche ad altre forme di giustizia riparativa cui far ricorso nell'interesse della vittima, fra cui ad esempio i dialoghi estesi ai gruppi parentali e i circoli commisurativi⁶.

Tali strumenti – postulati dalla Direttiva come pre-dati negli Stati membri, piuttosto che come frutto della legislazione europea – vengono menzionati nell'articolato normativo al fine di imporre agli Stati membri particolari garanzie e cautele nei confronti delle vittime: gli stessi, per risultare conformi alla Direttiva, devono essere adoperati per salvaguardare gli interessi della vittima, per consentire la riparazione del pregiudizio subito e la prevenzione di ulteriori danni, subordinando il

crime, criminal justice, and the way forward. Essays in honour of Nestor Courakis, a cura di C.D. Spinellis, N. Theodorakis, E. Billis, G. Papadimitrakopoulos, Atene 2017, II, 1857 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017.

⁴ R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1169 ss.

⁵ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 14 novembre 2012, L. 315/57.

⁶ Cfr. considerando n. 46 della direttiva 2012/29/UE.

ricorso a tali differenti percorsi al riconoscimento da parte dell'autore del reato dei fatti essenziali del caso.

Più che ampliare il possibile novero dei programmi di giustizia riparativa, la Direttiva UE 2012/29⁷ introduce per la prima volta nel dibattito scientifico italiano una tematica tipica dei sistemi maggiormente avvezzi al fenomeno della Giustizia riparativa, ovvero la tutela della vittima "all'interno" del procedimento riparativo⁸, con uno statuto di prerogative e diritti, non a caso, molto simili a quelli previsti nel procedimento penale.

Sul punto il legislatore delegante, in piena attuazione del dettato eurounitario, stabiliva tra i principi e criteri direttivi le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento, inclusi la completa, tempestiva ed effettiva informazione della vittima del reato e dell'autore del reato circa i servizi di giustizia riparativa disponibili; il diritto all'assistenza linguistica delle persone alloglotte; la rispondenza dei programmi di giustizia riparativa all'interesse della vittima del reato, dell'autore del reato e della comunità; la ritrattabilità del consenso in ogni momento; la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel corso del programma di giustizia riparativa, salvo che vi fosse il consenso delle parti o che la divulgazione fosse indispensabile per evitare la commissione di imminenti o gravi reati e salvo che le dichiarazioni integrassero di per sé reato, nonché la loro inutilizzabilità nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena.

I principi e criteri direttivi della riforma, infine, strutturavano una "osmosi non biunivoca" tra procedimento penale e procedimento riparativo, come si evince dalla lettera e) del comma, in cui si stabiliva che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa potesse essere valutato dal giudice nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena; l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento, al contrario, espressamente non poteva produrre effetti negativi a carico della vittima del reato o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva.

Dal punto di vista operativo, la legge delega – oltre a prevedere criteri direttivi in tema di formazione dei mediatori – si occupava altresì di individuare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa, prevedendo che gli stessi fossero erogati da "strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero della giustizia", almeno una in ciascun distretto di Corte d'appello e che, per lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, le stesse potessero avvalersi delle competenze di mediatori esperti accreditati presso il Ministero della giustizia.

⁷ G. Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *AP online*, 2015, 2, 9.

⁸ Come riconosciuto da M. Kilching – 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.*, 11, 2015, 4200 ss., la tutela della vittima rappresentava l'unica base giuridica in ragione della quale l'Unione Europea poteva emanare norme relative alla giustizia riparativa, fino al 2012 ritenuta appannaggio esclusivo della sovranità degli Stati membri, facultizzati ma non obbligati dal diritto dell'Unione ad introdurre istituti riparativi all'interno dei propri sistemi giuridici.

2. Il decreto delegato e la visione “process-based” di giustizia riparativa.

Il titolo IV del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150⁹, in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, introduce per la prima volta nel sistema penale italiano una disciplina organica dei programmi di giustizia riparativa¹⁰.

Il *corpus* normativo, seguendo una prassi tradizionalmente invalsa soprattutto in caso di trasposizioni di normative eurounitarie e/o internazionali, esordisce con un elenco di definizioni di carattere generale, prima tra tutte quella di giustizia riparativa.

Questa viene definita come “ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell’offesa ed altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l’aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore” (art. 42 co. 1 lett. a), d. lgs. n. 150/2022).

Nella tradizionale diatriba tra la visione della giustizia riparativa come processo (*process-based view*)¹¹ e quella come risultato (*outcome-based view*)¹², il legislatore delegato mostra nettamente preferenza per la prima, sebbene non declinata in termini di alternative rispetto al sistema penale ma più propriamente in termini di complementarità con quest’ultimo¹³.

Ed infatti, appare opportuno sottolineare come la definizione adoperata dal decreto legislativo ricalchi quella utilizzata in numerosi documenti internazionali aventi ad oggetto il concetto di giustizia riparativa, in primo luogo quello contenuto nella Risoluzione n. 12/2002 del Consiglio economico e sociale dell’ONU, recante i *Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* che, all’art. 2, definisce il processo riparativo quale “any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.”

⁹ Per un’analisi complessiva dell’intero articolato normativo, cfr. la relazione illustrativa dell’Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, rel. 2/2023, 5 gennaio 2023.

¹⁰ Deve comunque rilevarsi che l’art. 5-*novies*, introdotto, in sede referente, dalla legge 30 dicembre 2022 n. 199, di conversione, con modifiche, del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, ha aggiunto all’art. 92 d. lgs. n. 150 del 2022 il nuovo comma 2-*bis* che differisce di sei mesi l’entrata in vigore, di fatto, del sistema di giustizia riparativa delineato dalla riforma, al fine di consentire l’allestimento dei centri per la giustizia riparativa e l’adeguata formazione dei mediatori.

¹¹ T. MARSHALL, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4/4, 1996, 37; P. MC COLD, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Replay to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 3 (4), 2000, 393 ss.

¹² L. WALGRAVE, *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 95.

¹³ M. BORTOLATO, [La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo](#), in *Questione giustizia online*, 10 ottobre 2022; V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 102 ss.

Il concetto di giustizia riparativa come processo, dominante nella dottrina italiana¹⁴ e maggiormente diffuso nella prassi, individua l'essenza della giustizia riparativa non tanto nel fine, bensì nel mezzo attraverso il quale il singolo obiettivo concreto viene, di volta in volta, ottenuto.

La prevalenza dell'elemento procedurale rispetto al suo esito è evidente altresì nella lettura della definizione fornita di "esito riparativo" (art. 40 co. 1 lett. e), d. lgs. n. 150/2022, in cui il legislatore, oltre a sottolineare l'idoneità dell'esito alla riparazione del danno e la sua provenienza dal programma riparativo, si premura di evidenziare la sua richiesta capacità di "rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti".

Ne consegue, come è stato acutamente sottolineato, che il programma di giustizia riparativa in tanto è tale in quanto le vittime, gli autori dei reati e la comunità di riferimento costituiscano simultaneamente sia oggetto che soggetto attivo della riparazione, collaborando alla procedura al fine di riparare ed "essere riparati"¹⁵.

La scelta della riforma Cartabia per una versione *process-based* della giustizia riparativa si evince altresì nella descrizione dei programmi riparativi (art. 53, d. lgs. n. 150/2022), a partire dalla mediazione¹⁶ – anche con cd. vittima aspecifica, ovvero di un reato diverso da quello per cui si procede¹⁷ – per poi giungere al dialogo riparativo e, ad ulteriore conferma dell'approccio olistico e casistico della riforma, a qualsiasi "altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa".

I programmi riparativi menzionati nel decreto ricalcano istituti ben noti alla letteratura europea e internazionale – i cui principi, a mo' di norma interposta, vengono richiamati dal legislatore delegato al comma 1 dell'art. 53 – quali la *Victim-Offender Mediation*, il *family group conferencing*, il *circle*¹⁸.

Queste tre forme di giustizia riparativa rappresentano, in un'ideale progressione, un percorso di tendenziale ampliamento del novero dei soggetti coinvolti nella gestione del conflitto sotteso al reato e, ancorché non privi di una tensione verso un esito

¹⁴ Nella dottrina italiana cfr. C. MAZZUCCATO, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi – G.A. Lodigiani, Bologna, 2015, 119 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; PRESUTTI A., *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *Sistemapenale.it*, 14 novembre 2022.

¹⁵ J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, 6.; G. BAZEMORE – M. UMBREIT, *Balanced and Restorative Justice: Program Summary: Balanced and Restorative Justice Project*, Washington, D.C., U.S., 1994.

¹⁶ Per un'ampia panoramica, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, voce *Mediazione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 547 ss.; P. MARTUCCI, voce *Mediazione penale*, in *Enc. Giur.*, Agg., 2005, XIX, 1 ss.

¹⁷ Tradizionalmente considerata invece dalla dottrina come un "*quasi-restorative process*", tipico di una visione reocentrica, cfr. M. BOUCHARD – F. FIORENTIN, [Sulla giustizia riparativa](#), in *Questione Giustizia*, 23 novembre 2021, 17.

¹⁸ Nella dottrina italiana, tale forma di giustizia riparativa è stata espressamente tradotta con il termine di "dialogo riparativo", mutuato altresì dal legislatore delegato; cfr. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 238.

riparativo, sono idealmente collocabili nell'alveo della nozione della giustizia riparativa come processo.

Tale dato si evince con nettezza nel contenuto dell'art. 45, d. lgs. n. 150/2022, che include tra i partecipanti ai programmi di giustizia riparativa, oltre alla vittima del reato ed alla persona indicata come autore, le cosiddette vittime secondarie, ovvero i soggetti a vario titolo attinti dal reato, vuoi in virtù del legame affettivo con uno dei partecipanti primari, come i familiari o gli amici della vittima, vuoi i sostenitori del reo in qualche modo interessati dal reato. Sebbene tali membri talvolta contribuiscano all'eventuale esito riparativo, pare evidente che il loro ruolo assuma una maggiore pregnanza dal punto di vista partecipativo e procedimentale. Significativamente in tal senso, l'articolo citato contiene una formula di chiusura espressiva di un'elevata recettività dei programmi riparativi introdotti dal legislatore, aperti a "chiunque altro vi abbia interesse" (art. 45 co. 1 lett. d).

Ulteriore conferma della scelta per un modello *process-based* di giustizia riparativa è rappresentata dalla logica esclusivamente consensuale dei programmi di giustizia riparativa, come si evince dall'art. 48, d. lgs. n. 150/2022, secondo il quale "Il consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa è personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta. È sempre revocabile per fatti concludenti". Come è stato acutamente osservato, l'imprescindibile consenso delle parti – «una variabile su cui lo Stato non ha alcun controllo»¹⁹ – rappresenta una costante nella visione *process-based* della giustizia riparativa. Inoltre, il legislatore non si limita a postulare il consenso come fondamento del programma riparativo, ma lo circonda di garanzie formali e sostanziali (la confidenzialità delle dichiarazioni e dei contenuti dei programmi riparativi *ex* art. 50, d. lgs. n. 150/2022, l'inutilizzabilità degli stessi in sede penale *ex* art. 51, d. lgs. n. 150/2022, la tutela del segreto del mediatore ed il suo mancato onere di denuncia, nonché le garanzie contro sequestri, perquisizioni e intercettazioni contenute nell'art. 52, d. lgs. n. 150/2022) che ne assicurano l'effettività.

Nella visione *outcome – based*, invece, l'attenzione sull'esito spinge verso una versione massimalista della giustizia riparativa, potenzialmente idonea ad includere tutte le azioni finalizzate ad ottenere una riparazione, ancorché parziale e, se del caso, addirittura imposta. L'elemento della coattività rappresenta il tratto caratteristico dell'approccio massimalista alla giustizia riparativa e costituisce il riflesso del più ampio dibattito circa il carattere autosufficiente dell'ideale riparativo rispetto al meccanismo penale, ovvero alla necessità di una interrelazione tra i due sistemi di controllo²⁰.

Come è stato sottolineato, infatti, il modello *process-based* di giustizia riparativa è connotato da una amplificazione tanto dei risvolti virtuosi quanto delle criticità tradizionalmente connesse ai sistemi di giustizia riparativa, ponendosi tradizionalmente in chiave del tutto alternativa rispetto al tradizionale sistema formalizzato di gestione del conflitto sotteso al reato.

¹⁹ G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada*, cit., 374.

²⁰ Sul punto, cfr. R. BARTOLI, [Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva](#), in questa Rivista, 29 novembre 2022.

Un modello “puro” di giustizia riparativa, del tutto scevro da punti di contatto con il sistema penale, conserva indubbiamente il più alto potenziale in ordine ad un possibile risultato riparativo (inteso, nelle diverse e non escludenti accezioni invalse nei vari sistemi, come riduzione del tasso di recidiva, maggiore soddisfazione della vittima, riduzione dell’allarme sociale) ma, al tempo stesso, amplifica i rischi in termini di potenziale vittimizzazione secondaria, di abbassamento dello standard di garanzie individuali e di privatizzazione del conflitto, con il conseguente rischio di *net-widening effect*²¹.

Il concetto massimalista di giustizia riparativa, sebbene considerato meno efficace di quello procedurale, compensa questa asserita minore efficacia con una altrettanto minore problematicità, compensando l’eventuale mancanza del consenso con il raggiungimento dell’esito riparativo, ancorché mediante forme autoritative che – in quanto tali – sono connotate in uno Stato di diritto di garanzie pubblicistiche.

Pur privilegiando i procedimenti riparativi consensuali, infatti, se l’accordo volontario non può essere raggiunto per qualsivoglia ragione, in un’ottica massimalista l’approccio riparativo include anche vere e proprie sanzioni, finalizzate a riparare, ancorché parzialmente, il danno della vittima e restaurare la coesione sociale della comunità: secondo il modello massimalista, tali sanzioni dovrebbero comunque essere applicate da un sistema di giustizia tradizionale, orientato primariamente verso l’imposizione di sanzioni riparative anziché meramente afflittive²², in una logica di ibridazione tra sistema penale e giustizia riparativa²³, piuttosto che di mera alternatività e/o complementarità.

3. Il ruolo del mediatore: «pacificare senza decidere».

La serietà programmatica dell’intento riformatore del legislatore si rivela nella restante parte dell’intervento normativo, dedicato alla formazione dei mediatori (capo IV, Sez. I, art. 59), all’organizzazione dei servizi di giustizia riparativa (capo V, artt. 61-64), nonché alla destinazione di apposite risorse finanziarie (art. 67) per l’implementazione di un sistema nazionale di giustizia riparativa²⁴.

²¹ In sociologia della devianza con tale espressione si intende quel fenomeno per il quale la riduzione del controllo formale statale, accompagnata dall’istituzione di meccanismi di controllo deformalizzati, rischia di restringere la sfera di libertà degli individui, involgendo comportamenti che, per la loro scarsa o del tutto assente lesività, sarebbero risultati estranei al controllo formale. Cfr. J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, 93 ss.

²² L. WALGRAVE, *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. – Roberts J. – Bottoms A. E. – Roach K. – Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 61 ss.; optano per un sistema massimalista, che riconosce la necessità di sanzioni riparative imposte anche A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH – C. SHEARING, *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A “making amends” model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. – Roberts J. – Bottoms A.E. – Roach K. – Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.

²³ L. WALGRAVE, *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, in AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton-Portland, 2007, 564.

²⁴ A. PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 7.

La figura del mediatore rappresenta la vera e propria pietra di volta del sottosistema delineato dal d. lgs. n. 150/2022, essenziale in ognuno dei programmi di giustizia riparativa previsti dal legislatore.

Benché condivida con il giudice il necessario carattere dell'imparzialità, a differenza di quest'ultimo che ha il compito di «decidere senza necessariamente pacificare», il mediatore ha il compito di «pacificare senza decidere»²⁵: «la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (...) in cui il mediatore è chiamato a ricostruire tra le parti lo spazio comunicativo intersoggettivo e a trovare un "segno" comune che possa condurre al superamento del conflitto»²⁶.

Durante la mediazione le parti discutono di come il reato le abbia coinvolte, possibilmente condividono e sviluppano una soluzione reciprocamente soddisfattiva che in ogni caso è considerata secondaria ed eventuale rispetto al dialogo intercorso tra le parti, poiché il vero scopo del procedimento è il procedimento stesso, teso a ricostruire un tessuto di relazioni sociali più solide che a sua volta diminuirà il rischio di nuove controversie tra le parti e, nel caso in cui queste ugualmente scaturiscano, favorirà la possibilità di risolverle in via consensuale e spontanea.

Lo scopo della mediazione nell'ambito della giustizia riparativa è, dunque, molto più nobile di una mera conciliazione intesa in un senso utilitaristico e economicistico, fenomeno non del tutto sconosciuto alla prassi degli organi giudicanti.

Tuttavia, atteso che il compito del mediatore è quello di ricostruire uno spazio comunicativo intersoggettivo tra vittima e reo, condizione imprescindibile per l'eventuale riuscita dell'esito riparativo, come è stato segnalato anche dalla dottrina anglosassone, la giustizia riparativa in sé non offre le garanzie di un imparziale accertamento della responsabilità²⁷, ritenuto da molti imprescindibile per un corretto funzionamento dello stesso ideale riparativo²⁸.

Come è stato sottolineato, infatti, la giustizia riparativa «non mira all'accertamento di un fatto, ma piuttosto parte dall'accertamento di un fatto di reato, per creare una nuova situazione fattuale, cioè la costruzione di spazio dialogico-comunicativo tra le parti confliggenti»²⁹.

La rinuncia ad ogni pretesa accertativa da parte dei programmi di giustizia riparativa delineati dal d. lgs. n. 150/2022 è evidente in molteplici punti dell'ordito normativo.

In primo luogo, nell'art. 44, d.lgs. n. 150/2022 è espressamente previsto che ai programmi di giustizia riparativa si può accedere in ogni stato e grado del processo, anche all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'art. 344-bis c.p.p., o per

²⁵ D. CERTOSINO, *op. cit.*, Bari, 2015, 69.

²⁶ G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada*, cit., 359.

²⁷ Nella dottrina italiana, cfr. M. DEL TUFO, [Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi \(24 maggio 2021\)](#), in *Arch. pen. web*, 2021, 2; S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 344.

²⁸ A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH – C. SHEARING, *Specifying aims and limits for Restorative Justice*, cit., 2003, 33.

²⁹ S. MOCCIA, *op. cit.*, 344.

intervenuta causa estintiva del reato, e, per i reati perseguibili a querela, anche prima della proposizione della stessa. Evidentemente, le ultime citate costituiscono situazioni nelle quali nessun accertamento processuale nel merito vi è o vi è stato.

D'altronde, le forme finora embrionali di giustizia riparativa presenti nel nostro sistema si sono situate in meccanismi procedurali anti-cognitivi, come nel caso della sospensione del procedimento con messa alla prova³⁰, ovvero in fasi del processo penale, come quelle esecutive³¹, in cui l'accertamento è dato come presupposto, e non certo affidato ai processi riparativi.

Significativamente in tal senso, inoltre, l'art. 42 co. 1 lett. c) definisce il soggetto *lato sensu* autore del reato oggetto del programma di giustizia riparativa come "persona indicata come autore dell'offesa", intendendo, in modo esemplificativo, inclusi in tale accezione la persona indicata come tale dalla vittima, l'indagato, l'imputato, il sottoposto a misura di sicurezza, il condannato in via definitiva ovvero il destinatario di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto di procedibilità o per estinzione del reato.

L'estraneità della finalità accertativa dall'accezione di giustizia riparativa prescelta dal legislatore delegato, se da un lato regge fondatamente sulla natura consensualistica dei programmi di giustizia riparativa, dall'altro non può prescindere, tuttavia, quanto meno dal riconoscimento, da parte dell'autore di un reato, di un suo coinvolgimento nella vicenda umana sussunta nella fattispecie incriminatrice oggetto del procedimento, non necessariamente traducibile in un'affermazione di "responsabilità" per l'accaduto³².

L'assenza di consenso e di autoriconoscimento del proprio coinvolgimento nel fatto quali basilari prerequisiti, già costituiti o quanto meno in potenza, impediscono il fruttuoso sviluppo di qualsiasi programma di giustizia riparativa.

Si ritiene che la verifica circa la sussistenza di tali presupposti sia delibabile, *prima facie*, dal giudice (come si vedrà *ultra*) ma più propriamente tale disamina è appannaggio del mediatore, costituendo i suddetti requisiti al tempo stesso presupposti di fattibilità del programma di giustizia riparativa ed indici di un suo possibile esito positivo *in fieri*.

Tale riflessione trova conferma normativa nel disposto dell'art. 48 co. 6, d. lgs. n. 150/2022 il quale stabilisce che il consenso al programma di giustizia riparativa viene

³⁰ Su cui sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. Pen. Giust.*, III, Torino, 2015.

³¹ Cfr. il disposto dell'art. 13 della legge n. 354 del 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario, che favorisce il ricorso a programmi di giustizia riparativa nei confronti dei condannati e degli internati, nonché il nuovo art. 15-bis della medesima legge, a norma del quale l'Autorità giudiziaria, da individuarsi nella magistratura di sorveglianza, può disporre l'invio di detti soggetti, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa, in attuazione ai principi di delega contenuti nell'art. 1, comma 18, lett. c) ed e), della legge n. 134 del 2021, che prevedono, anche in fase di esecuzione della pena, la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa.

³² Tale considerazione risulta essenziale, altresì, in un'interpretazione conforme al dettato dell'art. 12 lett. c) della Direttiva 2012/29 che, impone agli Stati membri di attuare i programmi di giustizia riparativa soltanto allorquando l'autore del reato abbia riconosciuto i fatti essenziali del caso ("*the offender has acknowledged the basic facts of the case*").

raccolto dal mediatore (e non dal Giudice) nel corso del primo incontro, eventualmente alla presenza dei difensori delle parti, ove queste lo richiedano. Il dato è confermato altresì dall'art. 54, d. lgs. n. 150/2022, dedicato alle "attività preliminari" del mediatore, il quale cura uno o più contatti preliminari, diretti a fornire le informazioni necessarie, nonché, appunto, *"a raccogliere il consenso (...) verificare la fattibilità dei programmi stessi"*.

Il combinato disposto delle norme citate – facendo tesoro delle già diffuse esperienze sperimentali di giustizia riparativa nel territorio nazionale – codifica una prassi virtuosa, che talvolta vede il consenso al programma di giustizia riparativa come frutto dell'attività maieutica del mediatore il quale, attraverso uno o più colloqui preliminari, può sondare le dinamiche relazionali sottese al reato, comprendere la natura di eventuali ostacoli alla formazione del consenso e, eventualmente, coadiuvare le parti a rimuoverli. Di tutta evidenza, si tratta di *skills* del tutto estranee al ruolo, alle competenze ed alle funzioni del Giudice penale che si trovi di fronte ad un potenziale programma di giustizia riparativa.

4. Il ruolo del giudice: «decidere senza necessariamente pacificare».

Come accortamente sottolineato dalla dottrina, la magistratura e, in generale, gli operatori del diritto hanno mostrato di nutrire verso l'ideale di giustizia riparativa «un atteggiamento ambivalente, che oscilla tra i poli opposti dell'adesione fideistica e del rifiuto aprioristico»³³.

Il tendenziale scetticismo nei confronti della giustizia riparativa fonda sulle frizioni che la stessa comporta in rapporto ad alcuni principi fondamentali dell'ordinamento, in primis quello di eguaglianza, di presunzione di innocenza e di tutela del diritto di difesa, nell'ambito di procedimenti ispirati all'ideale di giustizia riparativa, generalmente del tutto deformalizzati e affidati al consenso delle parti.

La soppressione o la forte riduzione del ruolo dello Stato, dunque, limitato a compiti coadiuvanti e facilitatori dei processi riparativi, presenta notevoli problematiche nel caso in cui questi ultimi abbiano ad oggetto dei reati, ovvero fatti intrinsecamente di interesse pubblico, e non mere questioni privatistiche di interesse individuale.

Non si può sottacere che, secondo alcune voci critiche, la giustizia riparativa potrebbe rappresentare il viatico per una vera e propria deriva populistica del controllo penale, capace di scardinare i principi garantistici del diritto penale "classico"³⁴, a tutto vantaggio dei membri più forti della comunità, abilitati a depotenziare le cosiddette tutele esterne³⁵ offerte dalle leggi dello Stato, destinate a proteggere indistintamente tutti, ma soprattutto i soggetti più deboli dei gruppi culturali di riferimento³⁶.

³³ G. MANNOZZI, *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?*, in *Themis – Rivista giuridica*, III, 2011, n. 9, p. 37.

³⁴ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi – G.A. Lodigiani, Bologna, 2015, 71.

³⁵ W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999

³⁶ Cfr., nell'ambito della critica femminista, S.M. OKIN, *Is multiculturalism bad for women?*, in *Is*

Al netto di siffatte precomprensioni negative da parte degli interpreti e degli operatori del diritto e di tali legittime preoccupazioni, la novella normativa rappresentata dal d. lgs. n. 150/2022 impone una rinnovata riflessione in ordine al ruolo che l'autorità giudiziaria³⁷ – espressione, nell'ambito dei programmi riparativi, dello Stato-Autorità, con il suo bagaglio, concreto e simbolico, di poteri e garanzie – è chiamata a svolgere, a partire, come è ovvio, dall'ordito normativo di riferimento.

4.1. Il dovere di informazione.

In primo luogo, l'art. 47, d. lgs. n. 150/2022 pone a carico dell'autorità giudiziaria un dovere di informazione nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato, in merito alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa ed ai servizi disponibili.

Si tratta di un dovere generale e complessivo, secondo una falsariga già nota nell'ordinamento processuale³⁸, da adempiere “senza ritardo” ed “in ogni stato e grado del procedimento penale o all'inizio dell'esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza”, condiviso altresì con tutti gli altri operatori indicati al comma 2 della norma. Le informazioni, inoltre, ai sensi del comma 5 dell'art. 47, devono essere fornite ai destinatari in una lingua comprensibile e in modo adeguato all'età ed alla capacità degli stessi (non può escludersi, ad esempio, altresì l'utilizzo delle potenzialità grafiche e, più in generale, delle tecnologie di comunicazione comunemente adoperate nella vita quotidiana).

Senza alcuna pretesa di esaustività e rimandando alla lettura del complesso intervento novellatore, il dovere informativo in questione è stato tradotto, dal legislatore delegato, nell'introduzione dell'art. 90-*bis*.1 c.p.p., il quale appunto stabilisce che la vittima del reato, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, viene informata in una lingua a lei comprensibile della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa, nonché nell'introduzione della lett. i-*bis* all'art. 386 c.p.p., prevedendo eguale informazione all'arrestato o al fermato, del comma 1-*ter* all'art. 369 c.p.p., ed alla modifica del comma 3 dell'art. 415-*bis* c.p.p., generalizzando tale onere informativo nei confronti degli indagati destinatari di un'informazione di garanzia ovvero dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Appare appena il caso di sottolineare come, nonostante manchi espressa aggettivazione nel disposto normativo, il dovere in questione debba concernere informazioni “complete” e, soprattutto, tenuto conto della delicatezza del tema, non

multiculturalism bad for women?, S.M. Okin (a cura di), New York, 1999.

³⁷ Occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 45-*ter* disp. att. c.p.p., come novellato dalla riforma, quanto descritto in ordine al ruolo del Giudice deve ritenersi esteso altresì al Pubblico ministero nella fase delle indagini prima dell'esercizio dell'azione penale (cfr. Relazione illustrativa dell'Ufficio del Massimario, p. 313).

³⁸ Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alle informazioni da fornire alla persona offesa ai sensi dell'art. 90-*bis* c.p.p., oppure alla comunicazione da fornire al soggetto arrestato o fermato, ai sensi dell'art. 386 c.p.p., come novellato dall'art. 1 co. 1, lett. e) n. 1) del d. lgs. 1 luglio 2014, n. 101.

inquinare dall'utilizzo di un linguaggio connotativo e non neutrale, che potrebbe compromettere la successiva attività proattiva del mediatore.

In tal senso, sarebbe opportuno considerare l'inserimento – tra le informazioni da fornire ai destinatari – di un avviso circa la non necessità, per le parti, di esternare il loro consenso al programma di giustizia riparativa dinnanzi all'autorità giudiziaria – evitando, in tal modo, probabili “chiusure difensive” preventive dei destinatari – assicurandoli piuttosto circa la successiva ed eventuale manifestazione del consenso negli incontri con i mediatori.

4.2. Il potere di selezione dei casi “mediabili” ed il “gradiente riparativo”.

In secondo luogo, il decreto legislativo assegna all'autorità giudiziaria il ruolo di “filtro” dei casi da trasmettere ai neo-istituiti centri di giustizia riparativa.

In tal senso, norma-chiave è costituita dall'art. 129-bis c.p.p., rubricato appunto “Accesso ai programmi di giustizia riparativa”³⁹.

La diffusione delle pratiche di giustizia riparativa, infatti, da sempre porta con sé l'annoso problema rappresentato da una necessaria e attenta opera di selezione dei reati cui la mediazione e/o gli altri programmi di giustizia riparativa possono astrattamente essere applicati; tendenzialmente, nei diversi contesti ordinamentali il legislatore si disinteressa di questa operazione e più spesso essa risulta il frutto della prassi degli operatori di *law enforcement*, che tendono ad escludere dall'ambito della mediazione reati considerati incompatibili per ragioni strutturali (come i reati senza vittima) o, ben più pericolosamente, per ragioni politico-criminali: le agenzie di *law enforcement*, in altri termini, tendono ad interpretare la percezione diffusa di inaccettabilità da parte dei consociati di un trattamento immeritadamente di favore per alcuni reati, come quelli sorretti dalla finalità di terrorismo, o di criminalità organizzata.

L'attribuzione all'autorità giudiziaria del compito di “filtro” per i casi da assegnare al sotto-sistema di giustizia riparativa, oltre a confermare la già dichiarata logica di complementarità tra i due sistemi, rappresenta un *trait d'union* in una prospettiva comparatistica, con altri ordinamenti europei.

In quasi tutti i Paesi europei l'autorità che instaura il processo riparativo – nella maggior parte dei casi la mediazione – è quella giudiziaria, come accade in Austria, Germania, Belgio, Finlandia, Francia, Spagna, Lussemburgo, Norvegia, Polonia, Svezia e Olanda⁴⁰. Il che appare alquanto scontato, sol considerando che il “caso”, prima di assurgere ad oggetto del procedimento riparativo, attiene ad un reato o, quanto meno, ad una potenziale *notitia criminis*, il che implica inevitabilmente in uno Stato di diritto il coinvolgimento, a vario titolo, dell'autorità giudiziaria⁴¹.

³⁹ La norma citata trova riscontro altresì nella fase esecutiva del processo

⁴⁰ M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, voce *Restorative Justice (Giustizia riparativa)*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. V*, Torino, 2010, 423 ss.

⁴¹ In merito alla necessità o meno per il Pubblico Ministero di esercitare il potere *ex art. 129-bis c.p.p.* nel contraddittorio tra le parti, cfr. M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della](#)

Ciò premesso, dalla disamina del complesso normativo di riferimento emergono dei criteri orientativi per il Giudice chiamato ad effettuare la complessa valutazione di “pre-fattibilità” del programma riparativo.

In primo luogo, occorre sottolineare – come già anticipato – che il legislatore delegato, mutuando dalla letteratura internazionale formatasi sul punto, muove da un generale principio di libera accessibilità ai programmi riparativi (art. 44 co. 1, d. lgs. n. 150/2022), senza preclusioni legate alla fattispecie (astratta) di reato ed alla sua gravità (“L’accesso ai programmi di giustizia riparativa è sempre favorito, senza discriminazioni e nel rispetto della dignità di ogni persona” art. 43 co. 4, d. lgs. n. 150/2022).

Sebbene sia sicuramente ragionevole presumere che gli strumenti riparativi siano immediatamente più efficaci per i delinquenti primari o i cosiddetti rei virtuosi, se non altro per i minori effetti desocializzanti correlati a tali strumenti, il dato normativo non consente di escludere determinati soggetti *ipso jure* dalla possibile applicazione di istituti riparativi, traducendosi, ciò, non solo in una palese violazione del principio poc’anzi richiamato, ma altresì in un più generale depotenziamento dell’ambito applicativo della giustizia riparativa di fronte alla creazione di ingiustificati “doppi binari”, che escludano i casi più gravi, le cui vittime, al contrario, possono essere proprio quelle che necessitano maggiormente di un approccio riparativo⁴².

L’art. 129-*bis* c.p.p. stabilisce, tra i criteri che devono orientare l’autorità giudiziaria nella valutazione dei casi da inviare in mediazione, quello secondo il quale “il programma di giustizia riparativa possa essere utile alle risoluzioni delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede”.

La norma appare di difficile ricaduta concreta, se interpretata alla luce della già evidenziata incapacità accertativa dei programmi di giustizia riparativa, e tenuto altresì conto della dichiarata visione *process-based* del concetto, sposata dal legislatore delegato e incentrata sull’elemento procedurale anziché sull’esito del programma.

Maggiormente dotato di efficacia precettiva è il secondo criterio orientativo fornito dall’art. 129-*bis* c.p.p., secondo il quale il programma di giustizia riparativa non deve comportare “un pericolo concreto per gli interessati e per l’accertamento dei fatti”.

Tale principio – assurgente a vera e propria clausola generale nel sistema, come confermato altresì dal rimando normativo di cui all’art. 43 co. 4, ult. periodo, secondo cui l’accesso ai programmi riparativi può essere limitato “soltanto in caso di pericolo concreto per i partecipanti, derivante dallo svolgimento del programma” – conserva in capo all’autorità giudiziaria, e con essa allo Stato, una funzione di argine contro i potenziali “effetti collaterali” della giustizia riparativa, ben noti alla dottrina internazionale⁴³, non da ultimo quelli connessi ai rischi di vittimizzazione secondaria.

[riforma Cartabia \(profili processuali\)](http://www.sistemapenale.it), in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, 18.

⁴² S. MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, M. Ferrara – C. Pucciarelli – C. Troisi (a cura di), Avellino, 2006, 41 ss.

⁴³ P.H. ROBINSON, *The virtues of Restorative processes, the vices of “Restorative Justice”*, in *Utah Law Review*, 2003, 1, 375 ss.

Si tratta, con evidenza, di una formulazione volutamente ampia e generale, idonea a fornire all'autorità giudiziaria un vaglio di preliminare impraticabilità destinato a riempirsi di contenuto nel caso di specie, ma per tale motivo non scevro da critiche in ordine ad un'eccessiva discrezionalità nell'attività di selezione.

In chiave di prima interpretazione della norma, volta a darle una maggiore concretezza, appare evidente come l'invio da parte dell'autorità giudiziaria del caso in mediazione sia inconcepibile nel caso di indagati/imputati sottoposti a misure cautelari personali, per loro natura fondate su un "concreto e attuale pericolo" per l'acquisizione o la genuinità della prova, ovvero di fuga del presunto autore del reato, ovvero di una reiterazione di reati (cfr. art. 274 c.p.p.).

Appare, inoltre, difficilmente praticabile una soluzione improntata all'ideale di giustizia riparativa nell'ambito di relazioni di potere tra le parti non soltanto intrinsecamente squilibrate ma altresì caratterizzate, in concreto, per il forte rischio che i contatti tra la vittima del reato ed il presunto autore possano fungere da "cassa di risonanza" ovvero da elemento stabilizzante dello *status quo*, come nel caso delle violenze intrafamiliari, a prescindere dalla "veste giuridica" che tali comportamenti assumano nel singolo caso di specie.

I programmi di giustizia riparativa, al contrario, possono risultare ben più efficaci in settori di criminalità che nascondono una conflittualità permanente e latente, come accade nell'ambito delle relazioni tra soggetti destinati, per fattori contingenti, a condividere spazi e dimensioni relazionali (es. vicinato, ambienti lavorativi, scolastici), che necessitano, nella maggior parte dei casi, di riconoscimento dell'Altro e perimetrazione delle rispettive sfere giuridiche.

Tali criteri, come già affermato, non dovrebbe necessariamente confinare la giustizia riparativa ad un (invero oneroso sia dal punto di vista economico che umano, e pertanto sproporzionato) trattamento dei casi bagatellari.

La diffusione tra gli interpreti di una maggiore cultura "riparativa" e l'implementazione concreta dei programmi dovrebbe condurre alla valorizzazione di un vero e proprio "gradiente riparativo": in altri termini, il principio della libera accessibilità ai programmi di giustizia riparativa, in uno con la possibilità per gli stessi di avere luogo in ogni fase e stato del procedimento penale ed anche oltre, dovrebbe indurre gli interpreti, quanto meno in una prima fase di applicazione degli istituti non scevra da una certa logica di sperimentazione, a riservare l'utilizzo della giustizia riparativa nella fase esecutiva *lato sensu* intesa per "casi difficili", ovvero per quelle ipotesi concrete di reato particolarmente gravi in cui l'avvenuto accertamento giurisdizionale, in uno con il fisiologico lasso di tempo intercorso tra i fatti, può risultare favorevole alla corretta implementazione dei programmi riparativi.

Tale "gradiente riparativo" appare necessario per salvaguardare la possibilità di un accertamento formalizzato e processuale, funzionale all'esigenza di garantire un vaglio critico sulla sussistenza di quegli elementi fattuali che costituiscono una premessa necessaria affinché si possa parlare di riparazione del conflitto. Il riconoscimento della vittima, la determinazione del *quantum* e del *quomodo* delle condotte riparatorie come necessaria risposta ad un fatto già acclarato, di cui il soggetto è riconosciuto come responsabile, rappresenta un classico caso di "opposizione per contrarietà", in cui il

problema non è più quello di espungere argomenti contraddittori, quanto quello di sintetizzare i contrari. In questi casi la struttura logico-argomentativa del discorso non è quella della confutazione ma del dialogo cooperativo, e pertanto le forme di giustizia riparativa offrono strumenti sicuramente più adeguati rispetto a quelli della tradizionale fase di esecuzione della pena in senso lato.

Per converso, l'attivazione della giustizia riparativa nella fase *lato sensu* preliminare può risultare maggiormente utile nei "casi semplici", in cui l'assenza di accertamento e la minore gravità dei fatti può giustificare positivi effetti collaterali in termini di deflazione processuale – cui si lega la possibilità ex art. 129-*bis* co. 4 c.p.p. per il giudice, nel caso di reati procedibili a querela, di sospendere il processo in attesa dell'esito del programma riparativo – se non di vera e propria degiurisdizionalizzazione del conflitto.

Non da ultimo, nell'attività di filtro l'art. 129-*bis* c.p.p. delinea una nota modale nell'esplicazione del potere-dovere dell'autorità giudiziaria di selezionare i casi da trasmettere al sistema di giustizia riparativa.

Pur essendo espressamente previsto che tale invio si possa verificare "anche d'ufficio" – e, d'altronde, è significativa in tal senso altresì la scelta del legislatore per una novellazione dell'art. 129 c.p.p., unanimemente considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza una vera e propria regola di giudizio immanente nel sistema processuale per il giudicante – il giudice è chiamato in ogni caso a sentire le parti, i difensori nominati e, se ritenuto necessario, la vittima del reato, i quali tuttavia non hanno alcun potere di veto in tal senso.

Tale meccanismo di ascolto da parte dell'autorità giudiziaria deve essere inteso, come già chiarito, non quale sede per l'eventuale ricezione del consenso delle parti al programma di giustizia riparativa bensì, più propriamente, come vettore conoscitivo/deliberativo per l'autorità circa l'eventuale volontà delle parti all'invio, da un lato, e dall'altro come spazio nel quale eventualmente l'autorità può informare i soggetti coinvolti ai sensi dell'art. 47 del decreto legislativo citato dei diritti e delle possibilità loro riconosciute, nonché delle potenzialità della mediazione e della futura raccolta del consenso da parte del mediatore.

4.3. Il potere-dovere di valutazione del programma riparativo.

Il decreto legislativo riconosce, infine, all'autorità giudiziaria – ma, nello specifico, stante i crismi dell'attuale ordinamento, tale compito deve considerarsi appannaggio esclusivo del giudicante⁴⁴ – un ruolo nella valutazione dell'eventuale esito riparativo ed in ogni caso del programma, delineando una sorta di struttura circolare che prende avvio con l'informazione, percorre la fase di selezione e affido al sistema di giustizia riparativa, e ritorna all'autorità giudiziaria sottoforma di potere valutativo.

⁴⁴ Conformemente, cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte, p. 335.

Conformemente allo spirito della riforma, nonché più in generale ai dettami della giustizia riparativa, il decreto legislativo non introduce alcun automatismo nella valutazione giudiziale, eccezion fatta per l'art. 152 co. 2 c.p. come novellato, secondo il quale se il querelante ha partecipato ad un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo, la querela si intenderà rimessa, eventualmente subordinatamente all'adempimento dei possibili impegni comportamentali assunti dal querelato.

Eccezion fatta per la norma appena richiamata, evidentemente ispirata a ragioni di depenalizzazione in concreto e deflazione processuale, l'art. 58, d. lgs. n. 150/2022 stabilisce che l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, "anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale", l'eventuale esito riparativo. La norma, dunque, si caratterizza per una totale generalità ("per le determinazioni di competenza" (...) "anche" ai fini di cui all'art. 133 c.p."), significando, dunque, che il giudice penale è tenuto a valutare il dato rappresentato dall'esperienza riparativa in ogni ambito in cui il sistema penale gli consente margini di discrezionalità e, dunque, di possibile applicazione di determinati istituti.

La norma – che trova un corrispondente anche nella fase esecutiva del trattamento sanzionatorio⁴⁵ – consente, dunque, al giudice di "vivificare" molti istituti già presenti nell'ordito normativo, attraverso una rilettura in senso riparativo degli stessi, sia nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore (esemplificativamente l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con esito riparativo, è elemento che deve essere valutato ai fini della concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 6 c.p., ovvero, qualora la pena inflitta non sia superiore a un anno e il colpevole abbia partecipato, prima della pronuncia della sentenza di primo grado a un programma di giustizia riparativa concluso con esito riparativo, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di un anno anziché cinque ai sensi del novellato art. 163 co. 4 c.p.) sia in quelle testualmente non interpolate, ma aperte a potenziali risvolti riparativi nell'ambito di un rinnovato concetto di penalità (come nel caso del proscioglimento per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis c.p., espressamente contemplante, dopo la riforma, altresì la condotta del reo – auspicabilmente, riparativa – successiva al reato come parametro di valutazione)⁴⁶.

A tal fine, appare opportuno soffermarsi sui contenuti che il mediatore è tenuto a consegnare all'autorità giudiziaria in quella che l'art. 57, d. lgs. n. 150/2022 definisce come una "relazione".

⁴⁵ L'art. 15-bis l. 354/1975 stabilisce, infatti, al comma 2 che la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati dal magistrato di sorveglianza ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, nonché della liberazione condizionale. Non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo.

⁴⁶ V. BOVE, [Diverse modalità sanzionatorie o modalità sanzionatorie diverse? \(ovvero, come rapportarsi ad una nuova, imminente, riforma\)](#), in *Arch. Pen. web*, n. 1 del 2022.

La norma stabilisce che il mediatore deve descrivere le attività svolte e l'esito riparativo raggiunto che, secondo il disposto dell'art. 56, può consistere in una riparazione simbolica (dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici e rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi) ovvero in una riparazione materiale, comprendente il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

Al netto del possibile (e solo eventuale) esito riparativo, l'art. 57 del decreto legislativo citato invero individua in capo al mediatore un onere di relazionare su indicatori di percorso piuttosto che di contenuto, comunicando, inoltre, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo.

Ne consegue, tuttavia, il rischio che la relazione del mediatore si tramuti in un "feedback vuoto" per l'autorità giudiziaria, già di per sé poco avvezza al linguaggio riparativo, ed in una conseguente neutralizzazione degli effetti, anche benefici ed eventualmente premiali, che lo svolgimento del programma riparativo potrebbe fornire alle parti, frutto di un dialogo tra autorità giudiziaria e mediatori connotato da una sostanziale incomunicabilità.

Fermo restando il potere delle parti di consentire la trasmissione al giudice di informazioni ulteriori (art. 57 co. 1 ultimo periodo), si rende dunque necessaria l'individuazione di indici oggettivi che, pur nel rispetto dell'autonomia del procedimento riparativo rispetto a quello penale, consentano al giudice di effettuare in concreto la sua verifica: esemplificativamente, possono considerarsi utili indici di valutazione quelli relativi al comportamento delle parti durante il programma riparativo (la frequenza e assiduità negli incontri, le modalità di relazione reciproca, l'esplicazione del "diritto di voce", l'integrazione del punto di vista dell'altro nel proprio resoconto fattuale ed emotivo) e, più in generale, la congruità rispetto ai criteri teleologici di riferimento, enucleati dall'art. 43 co. 2, d. lgs. n. 150/2022, rappresentati dal "riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità".

In un'ottica pragmatica, la materializzazione del programma riparativo in un esito renderà più agevole il compito di valutazione del giudicante, a maggior ragione nei casi in cui la riparazione assume connotazioni materiali e risarcitorie, eventualmente non solo attraverso compensazioni pecuniarie ma anche in forma specifica ex art. 2058 c.c., modalità di risarcimento non scevra da una pregnanza personalistica e "riparativa"⁴⁷.

Di contraltro, risulta evidente come l'esito negativo del programma di giustizia riparativa si tradurrà in concreto in una manifestazione di non-congruità rispetto ai suddetti criteri normativi di riferimento: sul punto, l'art. 58 co. 2, d. lgs. n. 150/2022 introduce una vera e propria norma di sbarramento, sancendo che "in ogni caso, la

⁴⁷ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.

mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa".

Tale norma, di immediata comprensione pratica nella sua accezione minima, in base alla quale i risvolti negativi del programma di giustizia riparativa non possono ridondare a svantaggio del reo, aggravando il suo trattamento sanzionatorio complessivamente inteso, comporterà dei dubbi per gli interpreti in ordine ad una sua interpretazione eventualmente estensiva in merito all'applicazione di istituti premiali, come la sospensione condizionale della pena, o la sospensione del procedimento con messa alla prova che il giudice, proprio alla luce di una relazione *ex art. 57, n. d. lgs. 150/2022*, potrebbe motivatamente negare.

Una lettura così ampia della norma, che includa nel "divieto di effetti sfavorevoli" anche la non ostatività al riconoscimento di eventuali istituti premiali – come tali, non costituenti un diritto assoluto per l'imputato – sembra francamente un fuor d'opera, che tradisce la filosofia individualizzante del trattamento sanzionatorio condensata nei principi costituzionali e, per giunta, rischia di allontanare oltremodo gli operatori del diritto da una concreta e diffusa applicazione della giustizia riparativa, a maggior ragione nei casi di maggiore gravità.

5. Conclusioni.

Dalla breve e sintetica disamina del tessuto normativo delineato dal d. lgs. n. 150/2022 emerge con nettezza un ruolo del giudice che, in una concezione costituzionalmente compatibile di giustizia riparativa, non è chiamato ad esercitare un potere autoreferenziale rispetto al conflitto sotteso al reato e all'eventuale esito riparativo, che prescinda dalla volontà e dal ruolo delle parti: l'ordinamento attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di dare uno spazio riparativo alle parti in causa, in cui le stesse possano acquisire voce e consapevolezza.

Tale potere – che trova un limite invalicabile nella tutela pubblicistica degli interessi in gioco contro concreti pericoli per i soggetti coinvolti, di cui l'autorità giudiziaria resta irrinunciabile presidio nel sistema di giustizia riparativa delineato dal d. lgs. n. 150/2022 – è finalizzato all'incorporazione della gestione partecipata del conflitto in una decisione giudiziaria che, da un lato, non è estranea alle parti e non è percepita come tale, ma dall'altro non si risolve in un puro compromesso di stampo privatistico: in altri termini, in una decisione giudiziaria "più giusta".

Affinché ciò si realizzi, giudici e pubblici ministeri saranno chiamati ad un'attenta e ponderata riparametrazione della loro funzione, scevra da paternalismi, ma al tempo stessa attenta alle possibili esternalità negative dei programmi di giustizia riparativa.

Il dovere di informazione, il potere di selezione e la successiva valutazione dovranno essere implementati con un atteggiamento interpretativo sufficientemente "liberale" ma non fideistico, che dia spazio alle parti ed ai mediatori in una diversa e rinnovata gestione del conflitto.

Tale atteggiamento interpretativo, inoltre, dovrà ben presto travalicare il sistema di giustizia riparativa attraverso meccanismi di vera e propria “ibridazione riparativa”, positiva eredita del modello *outcome-based* di giustizia riparativa.

Ferma restando la valutazione prioritaria di programmi di giustizia riparativa, quali strumenti principali, laddove possibile, per risolvere la conflittualità sottesa ai reati, nel caso in cui questi, per qualsivoglia ragione, non siano realizzabili, l'intervento penale dovrà comunque mantenere opzioni parzialmente riparative, ancorché coercitive e sanzionatorie⁴⁸. Solo in via ulteriormente subordinata legittime esigenze general-preventive e special-preventive renderanno inevitabile la scelta di un trattamento punitivo tradizionale limitativo della libertà personale dell'individuo.

⁴⁸ Tale logica non è estranea al complessivo corpus della Riforma Cartabia, che ha potenziato enormemente il settore delle pene sostitutive e, più in generale, dei meccanismi alternativi alla pena, come la sospensione del procedimento con messa alla prova e la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Cfr., E. DOLCINI, [Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive](#), in questa *Rivista*, 10 agosto 2022; F. PICCIONI, *La Riforma Cartabia del sistema sanzionatorio penale*, Napoli, 2013.

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELLA PAURA (DELLA FIRMA)

di Maurizio Romanelli

1. Non è molto facile capire quale sia stato il meccanismo che ha riportato di attualità l'espressione "paura della firma", e l'ha portata prepotentemente a fondamento delle prospettive della *ulteriore* riforma dell'abuso d'ufficio o della sua definitiva cancellazione.

Probabilmente si tratta del meccanismo noto sul piano della comunicazione, per cui viene fatta un'affermazione impegnativa, priva di qualunque fondamento sostanziale o quanto meno di verifiche affidabili, ed una volta fatta diventa progressivamente *verità* attraverso la sua sistematica ripetizione ai più vari livelli.

La *verità* sarebbe oggi questa: bisogna abrogare l'abuso d'ufficio, o quanto meno renderlo *inoffensivo* attraverso un'ulteriore riforma fortemente selettiva, per vincere la perdurante *paura della firma* dei pubblici funzionari e fare quindi ripartire brillantemente la macchina ferma della pubblica amministrazione.

2. Mi sembra un quadro abbastanza sorprendente. Senza pretesa di completezza, alcune riflessioni di carattere generale. La *prima*. Il fatto che esista, e che continui ad esistere, nel nostro sistema penale una norma di contrasto all'abuso d'ufficio non è populismo giudiziario, o pretesa di invadenza della giurisdizione nel settore proprio della pubblica amministrazione. Tutto il contrario. È l'attuazione dei principi dello stato liberale di diritto, e delle regole di fondo del sistema costituzionale, che vuole la giurisdizione come garanzia dei cittadini nei confronti del pubblico potere e dei suoi abusi. È altresì attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e della uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

La *seconda* considerazione è autonoma, ma si collega alla prima. Per fortuna *l'Italia fa parte del mondo*, ed il mondo (mi riferisco alle nazioni riunite nell'ONU, oltre che al nostro mondo europeo tendenzialmente fortunato) vuole, anzi pretende, *che gli abusi dei pubblici uffici siano adeguatamente sanzionati sul piano penale*. Il riferimento scontato, ma ce ne possono essere altri¹, è alla principale convenzione internazionale sulla corruzione – la Convenzione di Merida del 31 ottobre 2003 fatta propria dall'assemblea generale delle Nazioni Unite – che impone a tutti gli stati la penalizzazione delle più gravi condotte di abuso d'ufficio, quelle intenzionalmente produttive di di ingiusto vantaggio². Solo per ricordarlo a quanti forse non esercitano il dovere della memoria e

¹ Non faccio qui l'analisi del *complessivo sistema sovranazionale di contrasto alla corruzione*, e di tutti *gli obblighi* che ne derivano per il nostro paese. Solo alcuni cenni su aspetti del tutto basilari.

² Art. 19. Abuso d'ufficio. "Ciascuno stato parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quanto l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle

della conoscenza. È la stessa Convenzione, del resto, che impone la penalizzazione della corruzione internazionale³, del millantato credito⁴, nel senso ampio dell'influenza reale o supposta, della corruzione nel settore privato⁵. È la stessa Convenzione inoltre – anche questo dovrebbe essere abbastanza noto – che richiede l'adozione da parte degli stati membri delle *“tecniche investigative speciali”*, tra le quali *“la sorveglianza elettronica”* e le operazioni *“sotto copertura”*⁶.

Il tutto per una ragione abbastanza semplice, e ragionevolmente nota e condivisa in tutto il mondo: gli stati *“sono preoccupati dalla gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto”*⁷. Sembra sufficientemente chiaro, ma forse lo è ancora di più nei passi immediatamente successivi del preambolo della Convenzione: gli stati sono preoccupati anche *“dai nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica..”*; oppure ancora sono preoccupati per il fatto che la corruzione *importante*(relativa a *“considerevoli quantità di beni”*) minaccia *“la stabilità politica e lo sviluppo sostenibile dei paesi”*; sono consapevoli che si tratta di un *“fenomeno transnazionale che colpisce tutte le società e tutte le economie”*.

Questi concetti sono poi ripresi in modo altrettanto netto in tutti i passaggi successivi rilevanti, funzionali a garantire l'efficacia del sistema di contrasto alla corruzione⁸ all'interno di tutti gli stati: dal codice di condotta dei pubblici ufficiali⁹, agli obblighi di penalizzazione, al ricorso a strumenti investigativi realmente efficaci, alla protezione dei testimoni, al favore per le segnalazioni dei fatti di corruzione nei modi più efficaci e *“tutelanti”*, alla responsabilità delle persone giuridiche, agli impegni per una cooperazione internazionale efficace, alla costituzione di autorità indipendenti specializzate nella lotta alla corruzione, adeguatamente finanziate¹⁰, e molto altro ancora.

3. Sembra tutto noto e scontato. L'Italia fa parte di questo mondo e mantiene gli impegni che ha ragionevolmente sottoscritto, e – verrebbe da dire – ci mancherebbe altro. Ma vediamo alcune ulteriori riflessioni.

La norma sull'abuso d'ufficio rappresenta la chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ed è la norma che ne rappresenta il senso profondo: il pubblico ufficio, la pubblica funzione non sono *mai* lo strumento per

leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona”.

³ Art. 16.

⁴ Art. 18.

⁵ Art. 21.

⁶ Art. 50.

⁷ Si tratta del preambolo alla Convenzione cit.

⁸ Qui *“corruzione”* è intesa in senso lato come l'oggetto della convenzione.

⁹ Art. 8. *“Ai fini della lotta alla corruzione, ciascuno Stato incoraggia in particolare l'integrità, l'onestà, e la responsabilità dei propri funzionari pubblici, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico”*.

¹⁰ Art. 36.

colpire ingiustamente qualcuno, o lo strumento per ottenere, o fare ottenere, ingiusti vantaggi patrimoniali a sé o ad altri; sono lo strumento – al contrario – per la realizzazione dell’interesse pubblico.

In ogni delitto del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione c’è una quota parte di abuso dell’ufficio, che non scatta per la clausola di riserva che lo assiste. Se il pubblico ufficiale (anche il parlamentare) si fa corrompere realizza in prima battuta un abuso del proprio ufficio, perché utilizza l’ufficio per l’arricchimento personale; ci possono essere problemi di qualificazione rispetto alla sua corruzione, ma l’abuso è dentro la corruzione. Lo stesso per gli altri delitti, senza passare ad esemplificazioni non necessarie.

Ed allora già in questo quadro dire che l’abuso d’ufficio determina *paura della firma* è puramente e semplicemente il rovesciamento della prospettiva, è il rovesciamento della ragione della pubblica funzione; il “potere di firma”, e la relativa responsabilità, sono in vista dell’interesse pubblico, non in vista del danno ingiusto o dell’ingiusto vantaggio patrimoniale.

La norma è pacificamente necessaria e senza di essa il sistema dei delitti dei pubblici ufficiali sarebbe più debole e la funzione pubblica meno responsabile, oltre ad un giudizio di pacifica inaffidabilità nel contesto internazionale.

4. *Ma non solo.* È bene conservare, se possibile, un minimo di memoria e di conoscenza e fare riferimento *al testo oggi in vigore dell’art. 323 c.p.*, ed alla situazione in cui nasce (D.L. 16 luglio 2020 n. 76). Siamo nel Luglio 2020, Covid terribile; situazione di grande difficoltà a tutti i livelli. Si afferma allora l’esigenza di *semplificare* quanto più possibile, su più fronti e con impatto significativo. In quel contesto, nasce - tra le altre cose - l’ultima riforma dell’abuso d’ufficio e nasce appunto con un obiettivo espresso e dichiarato: *“basta paura; bisogna sbloccare”*. Questa la formula sintetica del 2020.

Il ragionamento era semplice e passava attraverso tre passaggi argomentativi: 1) bisogna limitare la paura *del fare* da parte della pubblica amministrazione; 2) quindi bisogna eliminare la causa della paura; 3) quindi riformuliamo l’abuso d’ufficio. Ragionamento sulla cui validità già in allora vi erano numerose perplessità¹¹, al di là dell’approccio sloganistico, ma prendiamolo oggi per buono¹² per ricordare come ha impattato sulla legislazione penale.

¹¹ V. il commento a caldo di Gian Luigi Gatta, in questa Rivista, [Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” \(e la riserva di legge?\)](#), con numerosi rilievi critici sia in relazione alla limitazione delle responsabilità penale dei pubblici amministratori attraverso la riscrittura dell’abuso d’ufficio sia in relazione al c.d. scudo erariale realizzato dall’art. 21 del D.L. cit. (su cui v infra la nota successiva).

¹² È ampiamente noto che il D.L. 76/2020, decreto semplificazioni, ha inciso in modo significativo *sui criteri d’imputazione soggettiva della responsabilità amministrativo-contabile*, limitandola *al dolo* per le condotte commissive e recuperando dolo e colpa grave per quelle omissive. Scelta anche questa che definire discutibile è veramente poco, e che ha determinato un vistoso impatto di deresponsabilizzazione e depotenziamento dello strumento della responsabilità contabile; scelta che ha inoltre creato, e continuerà a creare, vistosi profili critici di compatibilità con il diritto dell’Unione Europea. Il tema è ampiamente trattato nel volume *“La nuova Corte dei Conti, Responsabilità, pensioni, controlli”*, Giuffrè, 2022, a cura di Vito Tenore.

È del resto il ragionamento che venne espressamente fatto dal Presidente del consiglio in carica, Giuseppe Conte, all'atto della presentazione pubblica del decreto semplificazioni. Questo era dunque il quadro d'insieme in cui si è realizzata l'ultima, e la più radicale riforma, dell'abuso d'ufficio, ed allora *il testo che abbiamo oggi è il testo del "basta paura": il basta paura ha quindi già prodotto tutti i suoi effetti, anche quelli più discutibili.*

Se mai ci sono stati, non ci possono più essere funzionari *timorosi*. Nell'attuale formulazione infatti, come è ampiamente noto, la fattispecie è limitata al caso di violazione di *specifiche regole di condotta espressamente previste da norme di legge* (con esclusione dell'area dei regolamenti) dalle quali *non residuino margini di discrezionalità*, ovvero al caso di omessa astensione quando sussiste un interesse proprio o di un prossimo congiunto (o negli altri casi prescritti del dovere di astensione); il tutto *con evento intenzionale di danno ingiusto o di ingiusto vantaggio patrimoniale*. L'abuso d'ufficio è delitto di evento, costruito in termini di danno ingiusto o di ingiusto vantaggio patrimoniale, realizzato con dolo intenzionale, attraverso la violazione di specifiche regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità.

Atteso che bisognava sbloccare, si è molto sbloccato, troppo a mio giudizio. Ma *l'attuale abuso d'ufficio* è già la plastica realizzazione della limitazione dell'ambito della responsabilità penale funzionale a superare la "paura", ed a sbloccare.

5. Viene eramente da chiedersi che cosa si potrebbe fare di più, e soprattutto *perché*. Se il pubblico ufficiale – mi scuso per la semplificazione – “riesce” a cagionare intenzionalmente un danno ingiusto o determinare un ingiusto vantaggio patrimoniale attraverso la violazione di specifiche norme di legge, dalle quali non residuino margini di discrezionalità, è abbastanza evidente e *giusto* che scatti la risposta penale. In questi casi l'unica “paura di firma” avrebbe dovuto essere quella di commettere un grave delitto contro la P.A. attraverso la firma, ed avrebbe dovuto bloccare l'agire del pubblico funzionario.

Se invece il fatto d'abuso viene realizzato, accompagnato dal suo dolo qualificato e dal suo evento di danno ingiusto o di ingiusto vantaggio patrimoniale, ciò significa semplicemente che la paura non ha operato in termini di prevenzione individualizzante, nonostante la “minaccia di pena” di carattere generale. Non c'è quindi paura di firma; c'è il normale dovere, e la normale responsabilità, di non firmare; se la firma viene apposta c'è una condivisibile e ragionevole meritevolezza di pena.

Lo si ripete, in conclusione: in tutto il mondo, fortunatamente.

**CASO COSPITO (SCUOLA ALLIEVI CARABINIERI DI FOSSANO):
SOLLEVATA UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
DALLA QUALE DIPENDE LA CONDANNA ALL'ERGASTOLO**

*A proposito del divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata dell'attenuante
della lieve entità del fatto di 'strage politica'*

Corte d'Assise d'appello di Torino, Sez. II, ord. 19.12.2022, Cospito

di Federica Alma

1. Uno dei molti tasselli della complessa vicenda giudiziaria che interessa Alfredo Cospito – ormai da settimane al centro del dibattito pubblico – riguarda un procedimento penale per il delitto di strage *ex art. 285 c.p.* Come meglio si dirà, nel procedimento penale in questione Cospito è accusato di aver collocato degli ordigni presso la Scuola Allievi Carabinieri di Fossano allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato: un fatto punito con l'ergastolo. L'attenuante della lieve entità del fatto, ravvisata dal giudice procedente, renderebbe inapplicabile l'ergastolo se potesse prevalere sull'aggravante della recidiva reiterata, contestata a Cospito. Questo esito è però precluso – questo è il punto – dal divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, introdotto come è noto dalla legge *ex Cirielli*, nel 2005, nell'art. 69, co. 4 c.p.

Con l'ordinanza che può leggersi in allegato, la Corte d'Assise d'appello di Torino ha dunque sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p. – come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge *ex Cirielli*) – per violazione degli artt. 3 co. 1, 25 co. 2 e 27 co. 3 della Costituzione. Il giudice *a quo* ha ravvisato infatti profili di contrasto tra la norma censurata ed i parametri costituzionali di cui sopra nella parte in cui essa comporta, relativamente al delitto punito dall'articolo 285 c.p. ('Devastazione, saccheggio e strage'), il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto, prevista dall'art. 311 c.p., sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata *ex art. 99 co. 4 c.p.*

2. Quanto ai fatti oggetto di contestazione, la notte tra il 2 ed il 3 giugno 2006 Alfredo Cospito e A. B., membri dell'organizzazione eversiva R.A.T./F.A.I. – Rivolta Anonima e Tremenda/Federazione Anarchica Informale, «*al fine di attentare alla sicurezza dello Stato mediante l'uccisione di un numero indeterminato di esponenti delle Forze dell'Ordine*», collocavano due ordigni ad elevato potenziale esplosivo nei pressi di uno degli ingressi della Scuola Allievi Carabinieri di Fossano, programmandone la deflagrazione in successione. Il consapevole utilizzo, da parte dei soggetti agenti, della c.d. "tecnica del richiamo", consistente nel «*far esplodere un ordigno di ridotta potenzialità offensiva per attirare sul posto appartenenti alle Forze dell'Ordine o soccorritori, con l'intento di attingere questi ultimi con un secondo e più potente ordigno collocato a breve distanza e programmato per esplodere dopo un lasso temporale sufficiente ad assicurare la presenza sul posto*

degli obiettivi prefissati»¹, era dichiaratamente orientato alla massimizzazione degli effetti letali dell'attacco stragista. Nondimeno, per caso fortuito, conseguivano all'attentato solo limitati danni alle cose.

Chiamato a pronunciarsi sulle descritte circostanze, il giudice del merito – in primo, come in secondo grado – qualificava il fatto quale violazione dell'articolo 422 c.p. (strage "comune"), ritenendo che, nel caso concreto, difettesse, tra le mire degli imputati, la volontà che l'evento recasse offesa alla personalità dello Stato, sotto il particolare profilo della sua sicurezza.

Discostandosi da quanto sostenuto dalla Corte d'Assise e dalla Corte d'Assise d'appello, la Corte di cassazione asseriva, invece, la sussistenza di questo ulteriore elemento psicologico subspecifico, appalesato dall'ideazione di un attacco di notevolissima potenzialità offensiva nei confronti di vittime precisamente individuate nella mente degli autori non in cittadini comuni, bensì *«nei simbolici rappresentanti delle forze dell'ordine, articolazione importante dei pubblici poteri, corpo adibito precipuamente a tutelare la sicurezza dello Stato»²*. Riqualificato, conseguentemente, il fatto in strage "politica" ai sensi dell'art. 285 c.p., il giudice di legittimità annullava la sentenza impugnata e rinviava ad altra sezione della Corte di Assise d'appello ai fini di una nuova valutazione del trattamento sanzionatorio.

Si instaurava, pertanto, dinanzi alla Corte d'Assise d'Appello di Torino, un nuovo giudizio, ove le difese degli imputati, in virtù della rinnovata qualificazione giuridica operata dalla Cassazione, invocavano l'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p.

La valutazione della lieve entità del fatto così devoluta alla cognizione della Corte d'Assise d'appello, non coperta da giudicato e strettamente correlata alla quantificazione della pena da comminarsi, ma svuotata della propria portata attenuante in ragione della caratterizzazione del Cospito quale recidivo reiterato, determinava il collegio giudicante a sollevare questione di legittimità costituzionale.

3. L'ordinanza in esame muove, come brevemente anticipato, dalla constatazione che, nel caso di specie, possono ritenersi integrati i presupposti della circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p. Difatti, *«avuto riguardo alle modalità con cui si è realizzato il reato ed alle conseguenze che da questo sono in concreto derivate, da valutarsi in rapporto all'entità della lesione arrecata ai beni»³*, la condotta tenuta dai soggetti agenti risulta, nella sua complessiva portata obbiettiva, di lieve entità.

Tuttavia, quanto alla posizione del solo Alfredo Cospito, dichiarato recidivo reiterato – con valutazione ormai coperta da giudicato – ai sensi dell'art. 99 co. 4 c.p., il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti sancito dall'art. 69 co.

¹ Cass., Sez. II, 06.07.2022 (dep. 11.10.2022), n. 38184, in cui si fa espresso richiamo al contenuto della sentenza della Corte d'Assise d'appello di Torino impugnata.

² Cass., Sez. II, 06.07.2022 (dep. 11.10.2022), n. 38184, cit.

³ Corte d'Assise d'appello di Torino, Sez. II, ord. 19.12.2022, cit. Con riferimento ai requisiti per la sussistenza della circostanza diminvente di cui si tratta si veda, tra le tante, Cass., Sez. I, 29.11.1985 (dep. 05.06.1986), n. 4938, Rv. 172982.

4 c.p. impone che la lieve entità del fatto soccomba – o sia comunque giudicata equivalente – alla recidiva, precludendo, di conseguenza, l’operatività del disposto dell’art. 65 co. 1 n. 2 c.p. e cioè la sostituzione dell’ergastolo con la reclusione da venti a ventiquattro anni.

È allora innegabile la *rilevanza* della questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice *a quo*, che risulta decisiva ai fini dell’irrogazione di una pena proporzionata all’effettiva portata lesiva delle condotte tenute dall’imputato: ipotizzando, infatti, quale soluzione dell’incidente di costituzionalità, la declaratoria di parziale illegittimità della norma censurata, e assumendo, perciò, come possibile la prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 311 c.p. sulla recidiva ex art. 99 co. 4 c.p., il reato più grave tra quelli contestati al Cospito sarebbe punito con una pena di durata compresa tra i 20 ed i 24 anni di reclusione, e non già con l’ergastolo.

4. In punto di non manifesta infondatezza, la Corte d’Assise d’appello procede *in primis* ad una disamina delle numerose declaratorie di parziale illegittimità costituzionale che hanno investito l’art. 69 co. 4 c.p.⁴, enucleandone il comune denominatore. Si osserva qui che, nella quasi totalità delle pronunce, il giudice delle leggi ha ritenuto interesse preminente – nonché rispondente ai principi di uguaglianza, offensività e proporzionalità della pena in un’ottica rieducativa – calibrare la risposta sanzionatoria sul dato oggettivo, in maniera quanto più possibile aderente alla concreta portata offensiva delle condotte ed alla reale gravità del reato, prediligendo questo profilo rispetto alla colpevolezza ed alla pericolosità del soggetto agente, manifestati dalla sussistenza della recidiva reiterata.

Il collegio torinese, quindi, con ragionamento deduttivo, dalle premesse di ordine generale formulate si addentra nell’analisi delle peculiarità del caso concreto, interrogandosi sulla rispondenza ai canoni ermeneutici indicati dalla Consulta del divieto di bilanciamento in termini di prevalenza della circostanza attenuante di cui

⁴ Nominativamente, le precedenti pronunce della Corte Costituzionale richiamate nell’ordinanza della Corte d’Assise d’appello di Torino sono: «la sentenza n. 251 del 2012, relativa alla circostanza attenuante all’epoca prevista dall’art. 73 comma 5 D.P.R. 309/1990 (oggi disciplinata alla stregua di fattispecie autonoma di reato) in tema di lieve entità nel reato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope; la sentenza n. 105 del 2014, relativa alla circostanza attenuante prevista dall’art. 648 comma 2 c.p., con riguardo alla particolare tenuità del fatto di ricettazione; la sentenza n. 106 del 2014, relativa alla circostanza attenuante prevista dall’art. 609 bis comma 3 c.p., in rapporto ai fatti di minore gravità del reato di violenza sessuale; la sentenza n. 74 del 2016, relativa alla circostanza attenuante prevista dall’art. 73 comma 7 D.P.R. 309/1990, riconosciuta in favore di chi collabori ad evitare che l’attività delittuosa connessa alle sostanze stupefacenti venga portata ad ulteriori conseguenze; la sentenza n. 205 del 2017, relativa alla circostanza attenuante prevista dall’art. 219 comma 3 legge n. 267 del 1942, in tema di speciale tenuità del danno patrimoniale arrecato da fatti di bancarotta e ricorso abusivo al credito; la sentenza n. 73 del 2020, relativa alla fattispecie prevista dall’art. 89 c.p., concernente la responsabilità attenuata di colui li quale, al momento del fatto, versava in condizioni di capacità di intendere o di volere grandemente scemata; la sentenza n. 55 del 2021, relativa all’ipotesi prevista dall’art. 116 comma 2, che, nell’ipotesi in cui li reato commesso sia più grave di quello voluto da uno dei soggetti che ha concorso a realizzarlo, ammette una riduzione della pena a carico di chi volle li reato meno grave; la sentenza n. 143 del 2021, relativa alla circostanza attenuante introdotta con la sentenza additiva della Corte costituzionale n. 68 del 2012 nelle ipotesi di lieve tenuità del fatto di sequestro di persona a scopo di estorsione».

all'art. 311 c.p., quando specificamente riferita al delitto di strage "politica" ex art. 285 c.p.

Ebbene, anche in questa sede, come già nelle sentenze richiamate, a venire in considerazione è una circostanza diminuyente – la lieve entità del fatto – che impone all'interprete il vaglio di aspetti marcatamente connotati in senso obiettivo, al fine di valorizzare la reale potenzialità lesiva delle condotte dell'imputato, nonché l'attitudine di queste ad incidere, più o meno significativamente, sui beni tutelati dal precetto penale.

La commisurazione del trattamento sanzionatorio in aderenza all'effettiva portata offensiva di quanto commesso dal soggetto agente, consentita dalla funzione mitigatrice dell'art. 311 c.p., diviene, a maggior ragione, espediente di massima importanza a fronte del delitto di strage "politica", ove il dettato dell'art. 285 c.p. non prevede una cornice edittale all'interno della quale l'interprete possa muoversi, ma impone in via esclusiva l'inflizione della pena dell'ergastolo, così configurando un trattamento sanzionatorio di estrema severità tale da inibire qualsivoglia tentativo di parametrizzazione della pena al caso concreto. Le circostanze attenuanti possono, tuttavia, esplicitare anche in questo caso la propria efficacia riequilibratrice, configurandosi in capo al giudice «*la possibilità di far luogo alla pena della reclusione in luogo di quella dell'ergastolo*»⁵.

Va da sé quanto ribadisce il giudice *a quo*: la neutralizzazione dell'efficacia delle circostanze attenuanti, realizzata dal divieto di prevalenza delle stesse sulla recidiva reiterata, preclude l'applicazione di una pena differente dalla detenzione perpetua ed esclude, così, la calibrazione del trattamento sanzionatorio sul fatto oggettivamente inteso e sulla sua incidenza su interessi giuridicamente tutelati, in nome di profili della personalità del reo giudicati preminenti.

5. Le considerazioni sino a qui svolte conducono, quindi, la Corte d'Assise d'appello a configurare profili di contrasto tra l'art. 69 co. 4 c.p. ed i principi costituzionali sanciti dagli articoli 3 co. 1, 25 co. 2 e 27 co. 3 della Costituzione.

Difatti, l'esclusione della potenziale prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto sulla recidiva reiterata, secondo quanto sostenuto dal giudice *a quo*, determina una caducazione della funzione dell'art. 311 c.p., negando l'irrogazione di pene differenti a fronte di condotte di diversa offensività: è questa palese violazione del principio di uguaglianza, che condurrebbe all'irragionevole equiparazione sul piano sanzionatorio – e, nel caso concreto, trattandosi del delitto di strage "politica", alla condanna all'ergastolo – di fatti di rilievo penale profondamente diverso alla luce degli indici previsti dall'art. 311 c.p.

Ancora, quanto disposto dal quarto comma dell'art. 69 c.p. si pone in aperto conflitto con il principio di offensività del precetto penale che, secondo costante giurisprudenza costituzionale, impone all'interprete una valutazione organica e completa dell'azione delittuosa e di chi la ha commessa, valutazione estesa anche alla considerazione dell'obiettivo disvalore della condotta e non limitata all'esclusivo accertamento della pericolosità sociale del reo. Procedendosi in altra direzione, al

⁵ In questo senso Cass., Sez. I, n. 1538 del 15.11.1978.

diversificarsi dei fatti penalmente rilevanti non corrisponderebbe alcuna differenziazione nella risposta sanzionatoria.

Infine, la totale astrazione dalla gravità dell'offesa in concreto determinata dall'inderogabile divieto di prevalenza dell'art. 311 c.p. sull'art. 99 co. 4 c.p. è manifestamente incompatibile con il principio di necessaria proporzione tra pena e condotta in concreto realizzata dal reo, facendo venire meno l'idoneità e la tendenza del regime sanzionatorio alla rieducazione del condannato ai sensi dell'art. 27 co. 3 Costituzione.

Per le ragioni così ricostruite, la Corte d'Assise d'appello di Torino solleva, quindi, questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p., demandando al giudice delle leggi l'accertamento della violazione degli artt. 3 co. 1, 25 co. 2 e 27 co. 3 della Costituzione da parte della norma censurata, nella parte in cui questa, relativamente al delitto punito dall'art. 285 c.p., prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p.

6. Come già segnalato nel corpo dell'ordinanza in commento, il problema della compatibilità costituzionale del quarto comma dell'art 69 c.p., non è certo nuovo alla Corte costituzionale.

Sulla scorta delle considerazioni svolte e delle disposizioni di legge richiamate dal giudice *a quo* nel quesito di costituzionalità, giova qui ricordare, in particolare, tra le numerose pronunce avvicendatesi in argomento, la sentenza n. 143 del 26 maggio 2021⁶, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante del fatto di lieve entità relativo al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione.

In quella occasione, nel più ampio contesto di un'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, a cinque imputati era contestato il delitto di cui all'art. 630 c.p., aggravato in virtù del numero dei concorrenti nel reato. La Corte d'Assise d'appello di Bari – discostandosi da quanto deciso in primo grado –, constatato che il sequestro si era protratto solo per poche ore ai danni di un associato, costretto a versare quanto ricavato dalla vendita di una esigua quantità di stupefacente affidatagli, configurava in favore dei cinque soggetti la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, introdotta dalla sentenza n. 68 del 2012 della Corte costituzionale. In sede di determinazione della pena da infliggere, però, le posizioni degli imputati, qualitativamente parificate, erano tra loro diversificate sotto il profilo quantitativo, in dipendenza della sussistenza o meno, in capo ai singoli, della qualifica di recidivo reiterato. Il giudice delle leggi era, pertanto, adito dalla Corte di cassazione, che ravvisava, nel divieto di prevalenza della recidiva reiterata nel giudizio di bilanciamento tra circostanze, la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione.

⁶ Si veda, sul punto, [Giudizio di bilanciamento e recidiva: incostituzionale il divieto di prevalenza dell'attenuante del "fatto di lieve entità" nel sequestro di persona a scopo di estorsione](#), in questa Rivista, 9 luglio 2021.

Investita della questione, la Corte costituzionale si pronunciava nel senso della contrarietà della norma censurata al principio di uguaglianza ed al principio della determinazione di una pena proporzionata, idonea a tendere alla rieducazione del condannato.

Rilevava, infatti, il giudice delle leggi che a fronte di una fattispecie – quella di cui all’art. 630 c.p. – caratterizzata da una cornice edittale stringente e di eccezionale asprezza, l’attenuante del fatto di lieve entità svolge una *«funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio»*, consentendo una mitigazione della pena in dipendenza di *«una valutazione riferita al fatto nel suo complesso, in rapporto all’evento di per sé considerato e alla natura, specie, mezzi, modalità della condotta, nonché all’entità del danno o del pericolo per la persona sequestrata, avuto riguardo alle modalità della privazione della libertà personale e alla portata dell’ingiusto profitto perseguito dall’autore della condotta estorsiva»*⁷. In definitiva, solo ammettendo che la diminuite in esame possa anche prevalere sulla recidiva reiterata, contrastando quel fenomeno di *«abnorme enfaticizzazione»* della circostanza di cui all’art. 99 co. 4 c.p. realizzato dall’art. 69 co. 4 c.p., può addivenirsi ad un trattamento sanzionatorio ossequioso del principio di proporzione, idoneo ad esplicare effetti rieducativi ed osservante dell’intensità dell’offesa arrecata in concreto dalle condotte giuridicamente rilevanti.

A ben vedere, gli argomenti addotti dalla Consulta nel 2021 a sostegno della declaratoria di parziale incostituzionalità dell’art. 69 co. 4 c.p. sinteticamente riportata, rivelano nuovamente la propria pregnanza se accostati ai dubbi di legittimità costituzionale prospettati dall’ordinanza qui in esame.

Anzi, se già, a fronte di una severa “forbice” edittale di soli 5 anni – s’intende, quella prevista per il sequestro di persona a scopo di estorsione –, si evidenziava la funzione essenziale della circostanza diminuite della lieve entità del fatto, contrappeso deputato al riequilibrio di irragionevoli eccessi sanzionatori in casi di minima offensività, parrebbe ora lecito domandarsi se, nel caso Cospito, dinanzi a un’ipotesi in cui, addirittura, non vi è alcuna cornice edittale e la discrezionalità dell’interprete è vincolata, secondo uno schema *aut aut*, all’inflizione – o meno – dell’ergastolo, non possa a maggior ragione riproporsi un analogo percorso argomentativo.

Non resta che attendere il responso della Corte costituzionale.

⁷ Quelli citati sono passaggi di Corte cost., sent. n. 143 del 26 maggio 2021.

RIPARAZIONE E LOTTA PER IL DIRITTO

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. L'idea di riparazione. – 2. Diritto criminale, diritto penale. – 3. Fatto e post-fatto. – 4. *What's done cannot be undone*. – 5. Istituti del post-fatto. – 6. Incontro, espiazione, servizio. – 7. Riparazione del precetto e della memoria. – 8. Lotta per il diritto.

1. L'idea di riparazione.

L'idea di riparazione, variamente intesa, è fra i temi d'attualità nei discorsi sul penale. Nuovo alimento alla discussione è stato dato dalla riforma entrata in vigore quest'anno (d. lg. 10 ottobre 2022, n. 150) che ha introdotto per la prima volta un pacchetto normativo sotto l'etichetta di giustizia riparativa.

Uno studio di pochi anni fa¹ ha ravvisato in norme penali vigenti uno *svuotamento semantico* della nozione di riparazione, e ha auspicato una più oculata gestione dei concetti da parte del legislatore. Nell'analisi del *topos* della riparazione ha senso prendere in esame i diversi significati che vi sono o vi possono essere attribuiti. Propongo un elenco approssimativo e incompleto: aggiustamento di qualcosa che è stato danneggiato, risarcimento di un danno, attività volta a bloccare conseguenze dannose o pericolose (riparazione prestazionale); ricostruzione di rapporti personali (riconciliazione, riparazione interpersonale).

Ritornando sull'argomento, Massimo Donini ha scritto che “se lo Stato promuove davvero un programma riparativo, la dimensione generale e culturale di questa idea, nel suo complesso, può cambiare il sistema... L'idea riparativa può essere una soluzione a vari problemi classici della pena, ma essa è tale solo se viene intesa come riparazione prestazionale e non meramente interpersonale o *restorative justice*, e altresì se riconduce l'orizzonte punitivo nella dimensione della pena agita”². Ho già avuto occasione di confrontarmi con il modello proposto da Donini³; la sua più recente riformulazione stimola approfondimenti e chiarimenti. Svolgerò un discorso su un duplice piano: quello della teoria (del *design* concettuale⁴) e quello delle politiche del diritto penale.

¹ S. SEMINARA, *Riflessioni sulla riparazione come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, p. 553.

² M. DONINI, [Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE](#), in questa Rivista, 20 dicembre 2022, p. 18, p. 20; ID., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in Cass. pen. 2022, p. 2027 ss.

³ D. PULITANÒ, [Il penale tra teoria e politica](#), in questa Rivista, 9 novembre 2020; ID., *Minacciare e punire*, in *La pena, ancora*, cit., p. 3 ss.

⁴ Traggo questa formula da L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera, La filosofia come design concettuale*, Milano 2020. Il linguaggio usuale dei giuristi direbbe ‘dogmatica’.

2. Diritto criminale, diritto penale.

2.1. Sono usate come sinonimi, con variazioni nel tempo e nei luoghi, le formule *diritto criminale* e *diritto penale*. L'una (*diritto criminale*) guarda ai precetti, l'altra alle sanzioni. Il diritto criminale/penale del nostro tempo, ideologicamente presentato come strumento di giustizia, è espressione (strumento ed esercizio) del potere dello Stato, detentore del monopolio della forza.

La teoria del diritto prende atto della priorità logica e teleologica della dimensione precettiva⁵. Il primo e fondamentale messaggio che lo Stato Leviatano trasmette con il diritto criminale/penale è il non devi (non uccidere, non rubare, non fare x...) rivolto alla generalità dei consociati. La minaccia legale di pena rafforza il messaggio normativo, concorre ad affermare il principio responsabilità.

*La normatività dei precetti non dipende dalla previsione di sanzioni, sostiene una seria analisi critica del paradigma che addita nella deterrenza (nella sanzione) l'elemento caratterizzante del diritto. "Il diritto ha una dimensione relazionale, che viene prima di quella coercitiva, e serve per giustificarla... Una maggiore insistenza sulla normatività della norma primaria e sulla presenza di obblighi giuridici orizzontali può favorire, e non già distruggere, sia l'obbedienza alle norme del diritto sia il farsi carico delle aspettative altrui"*⁶.

Il diritto penale non è un *pricing*, ma *prohibiting*: il linguaggio usato da Donini⁷ evidenzia la dimensione precettiva del diritto criminale/penale, strumento di potere e di capacità operativa dello Stato che dovrebbe essere protettore dei diritti di tutti. Nell'agire in una società regolata teniamo conto (ne tiene conto anche chi agisce in modo illecito) dell'esistenza del diritto penale e di apparati di prevenzione e repressione⁸.

Tracciare il confine dell'illecito proibito e punibile è un problema di giustizia in senso forte: giustizia di precetti, di cause di giustificazione, di criteri d'imputazione personale che vorrebbero essere eticamente ineccepibili.

Il nucleo del diritto criminale dovrebbe essere comune a qualsiasi ordinamento decente; ragionevoli differenze possono trovare spazio su problemi per così dire di confine, su punti controversi. Nel mondo delle democrazie liberali ci riconosciamo nell'impostazione di Beccaria: il diritto del sovrano di punire i delitti si fonda sulla "necessità di conservare il deposito della salute pubblica da usurpazioni particolari. Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo

⁵ "Il senso delle norme è in prima istanza cognitivo e orientativo. Certo, senza la sanzione non esiste legge, ma il fine della legge non è affatto la sanzione e i sistemi normativi altro non sono che dispositivi di relazione" Così il filosofo S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 107. Citato da T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari 2021.

⁶ T. GRECO, *op. cit.*, p. 12.

⁷ Come ritiene invece M. DONINI, *op. cit.*, p. 12.

⁸ W. HASSEMER, J.PH. REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Munchen 2002, p. 132 ss. Al di là delle questioni e dei dubbi su modi e condizioni e limiti di funzionamento, l'efficacia dissuasiva della legge penale appare un'ipotesi di semplice buon senso: G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari 2017, p. 19. Un classico: J. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor 1974.

che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo”.

Gli interessi che costituiscono il deposito della salute pubblica hanno a che fare con l’insieme dei diritti, dei doveri, delle finalità cui l’ordinamento giuridico dà rilievo. Diritti e libertà vengono in rilievo sia come interessi che pongono problemi di tutela, sia come limiti all’intervento penale.

2.2. L’applicazione della pena legalmente prevista, coerente con la logica dell’ordinamento, non è il fine del diritto criminale. “Il diritto non ha il fine generale di punire bensì quello di tradurre nel concreto della vita l’esigenza umana di ordine e di garantita libertà d’azione; e di fatto, in via principale esso regola e organizza la coesistenza, strutturando atti e rapporti umani nei modi della misura”⁹. La previsione di sanzioni è strumentale all’obiettivo primario, l’osservanza dei precetti.

Dire che “l’essenza della pena, ciò che appartiene come necessario al suo concetto, è la simmetria di un raddoppio del male”, non è una “proposizione di verità scientifica del diritto penale quale è stato finora”¹⁰, ma una coloritura retorica del concetto che il male della pena è un male che si aggiunge al male del delitto: un *aumento*¹¹ pensato come risposta punitiva.

Le teorie della pena fanno i conti con il male che per definizione caratterizza la pena. Sono modelli giustificativi di politiche del diritto: prevenzione (*punitur ne peccetur*) e retribuzione (*punitur quia peccatum est*). Sono costruite pensando a un diritto criminale costituito da un ragionevole catalogo di delitti e da ragionevoli criteri di attribuzione di responsabilità (la disciplina generale del reato), e a un *enforcement* affidato ad istituzioni di uno stato di diritto. “Nella legge penale ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon gastigo”¹²: è il linguaggio dell’uomo comune, che Manzoni mette in bocca a Renzo, vittima d’ingiustizia che dalle leggi si attende innanzi tutto protezione da bricconerie.

Il mondo delle democrazie liberali, in cui abbiamo la fortuna di vivere, è circondato da Stati autoritari che usano il diritto criminale/penale come strumento d’oppressione. In molti Stati il male della pena si aggiunge al *malum* di precetti (divieti e comandi) che colpiscono diritti e libertà di persone *que Dios y naturaleza hizo libre*¹³.

Questa citazione ironica dal racconto di un’impresa donchisciottesca (dalla quale il folle cavaliere esce malconcio, *malparado por los mismos a quien tanto bien habia echo*)

⁹ S. COTTA, *Perché la violenza? Un’interpretazione filosofica*, Brescia, 1977, p. 125.

¹⁰ M. DONINI, *Riparazione*, cit., p. 11.

¹¹ È parola usata anche da M. DONINI, *op.cit.*, p. 10 (“raddoppio, o comunque aumento”).

¹² A. MANZONI, *I promessi sposi*, Cap. XIV.

¹³ Nel grande romanzo di Cervantes, Don Quihote incontra uomini incatenati che, gli spiega Sancho, sono gente *que por su delitos va ordenada a servir el rey en las galeras de por fuerza*. Si fa raccontare le storie di alcuni di loro; rileva le ragioni che possono avere portato al delitto, e il rischio dell’errore o dell’arbitrio nella valutazione dei fatti (*podria ser que el poco animo que aquel tuvo en el tormento, la falta de dinero de este, el poco favor del otro y, finalmente, el torcido juicio del juez, hubiese sido causa de vuestra perdicio*). Don Quihote intima alle guardie di liberare i prigionieri.

intende sottolineare l'ambiguità del diritto penale, istituzione di potere e di possibile giustizia o ingiustizia.

Per la giustizia del diritto è la dimensione precettiva il primo problema, il livello che definisce i caratteri fondamentali dell'ordinamento, il suo essere più o meno ragionevole, liberale o illiberale, egualitario o discriminante. La dimensione sanzionatoria è un problema ulteriore, certo importante per la qualità del sistema di cui è strumento.

Anche nel nostro mondo che si ritiene illuminato, politiche penali sono ad alto rischio di cadute di razionalità e di torsioni autoritarie. Problemi di affidabilità o inaffidabilità delle istituzioni si pongono dovunque. Guardare in faccia la realtà, con i conflitti e le tensioni che la attraversano, fa parte del lavoro della cultura giuridica, che è anche cultura politica.

Per lo studio degli ordinamenti giuridici non servono ben intenzionate idealizzazioni. Servono modelli concettuali adeguati alla formulazione di problemi, prima che di possibili soluzioni. Serve un linguaggio idoneo a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, di istituti problematici anche negli ordinamenti migliori.

2.3. Se e a quali condizioni il male materiale della pena minacciata o inflitta possa risolversi in un *bonum* morale, è un problema ulteriore rispetto a quelli concernenti la ragionevolezza e giustizia dei precetti¹⁴. L'autonomia del problema pena si staglia pienamente là dove la giustizia del precetto e del giudizio non siano in discussione.

Delle teorie della pena si fa spesso un uso apologetico; può (dovrebbe) esserne fatto un uso critico. Sia l'idea di giustizia retributiva, sia le concezioni preventive introducono ragioni rilevanti per la costruzione, il funzionamento, la valutazione di ordinamenti penali positivi. Sul piano delle politiche del diritto, le concezioni della pena possono essere articolate (e valutate) come criteri di controllo di scelte normative ed operative – possibili o già effettuate – sia sul piano della razionalità strumentale (rispetto a finalità quali che siano) sia sul piano della ragionevolezza (giustizia?) etico-politica.

L'ancoraggio del punire al *quia peccatum*, espresso dall'idea retributiva, ha una matrice morale (a rischio di moralismo) e una fondamentale valenza garantista: si oppone a pratiche punitive non collegate all'accertamento di responsabilità per un illecito commesso in passato.

Il finalismo *ne peccetur* intende giustificare la minaccia legale, pensata come deterrente, strumento di prevenzione generale e/o speciale. Dopo che il reato sia stato commesso, la condanna dell'autore e la sua esecuzione dovrebbero contribuire alla tenuta del sistema: per il condannato possono valere come ammonimento mirato, con valenza anche specialpreventiva, e come contesto aperto a finalità quali la 'rieducazione' (la finalità specificamente indicata nell'art. 27 Cost.). In ottica autoritaria l'esecuzione della pena può avere valenza di pura neutralizzazione del condannato.

¹⁴ "Nessuna teoria della pena – da quelle plurisecolari a quelle più recenti – riesce a spiegare in maniera appagante ed esaustiva il fenomeno del punire considerato nella molteplicità delle sue forme": G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari 2017, 38-39.

Le risposte punitive, nella legge e nel *law enforcement*, pongono problemi che vanno oltre quelli relativi a sfere di garanzia di diritti e libertà nella normale vita di relazione. Problemi che hanno a che fare con l'idea di proporzione¹⁵ e con il senso di umanità: l'art. 27 Cost. addita un campo di problemi ulteriore rispetto a quelli dei limiti del diritto criminale, cioè dell'area di legittima incriminazione.

Per tutela di una convivenza di persone libere ed eguali in libertà e in diritti (come proclama l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo) sono aspetti essenziali sia il potere sia i limiti del potere del Leviatano. Anche per quanto concerne il diritto criminale/penale, il garantismo liberale non è una concezione irenica, contrapposta al potere. È una concezione del potere, contrapposta ad altre. Un garantismo severo, come Franco Bricola ha definito il programma di Francesco Carrara¹⁶.

3. Fatto e post-fatto.

3.1. La riparazione sarebbe, nel modello proposto da Donini, base razionale del computo della pena: "la pena classica è pensata per il delitto non riparato, mentre quello riparato reclama una cornice diversa fin dall'origine"¹⁷, e dovrebbe essere pensato e configurato come titolo autonomo. La neutralizzazione dell'offesa, attuata da una prestazione *post factum* della persona chiamata a rispondere, renderebbe il delitto riparato non più meritevole di pena di un tentativo di delitto.

La mia analisi distingue le questioni di teoria generale (i modelli concettuali) dalle questioni di politica legislativa (le scelte di disciplina).

La promessa legislativa di un trattamento più mite a seguito di condotte riparatorie (o di altre condotte successive al reato) non fa parte del messaggio precettivo fondamentale rivolto alla generalità dei consociati, rafforzato dalla minaccia legale di pena.

Riparazione è qualcosa che può avvenire – e si auspica avvenga – nel tempo successivo al commesso reato. È *un post-fatto che aggiunge al fatto una nuova tipicità*¹⁸, ha scritto Donini: è una buona presentazione di un campo di problemi importanti per la politica legislativa.

La nuova tipicità che può essere costruita dal legislatore come fatto + post-fatto presuppone la preesistente e persistente rilevanza della tipicità configurata dal diritto criminale, nella dimensione precettiva (norme incriminatrici e criteri di attribuzione di responsabilità): la tipicità del fatto colpevolmente commesso in violazione del precetto.

La riparazione, comunque la si intenda, non è un elemento della condotta inosservante, del fatto conforme al tipo d'illecito. È un fatto successivo (un post-fatto) rilevante ai fini della risposta al fatto illecito. Questa nuova tipicità può essere tipizzata

¹⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino 2020.

¹⁶ Nella prefazione (p. 24) alla riedizione da lui curata (Bologna 1993) di F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*.

¹⁷ M. DONINI, *Riparazione*, cit., p. 17.

¹⁸ M. DONINI, *Riparazione*, cit. p. 14.

dal legislatore con modalità tecniche diverse: figure speciali meno gravi, circostanze attenuanti, criteri di commisurazione della pena; e anche cause di non punibilità sopravvenuta.

Una teoria completa comprende sia il diritto criminale (la teoria del reato) sia il diritto penale (i modelli di risposta al reato). Una buona teoria distingue concettualmente ciò che ha integrato la violazione del precetto (la realizzazione di un fatto di reato) e l'insieme di ciò che ha rilievo per la risposta al reato.

Anche la forma del messaggio legislativo fa bene a esprimere chiaramente la distinzione fra momento precettivo e sanzionatorio, fra fatto illecito e fatto 'riparatore'. La distinzione concettuale dei profili precettivo e sanzionatorio è comunque indipendente da come il legislatore li iscriva nei suoi testi.

Rispetto ai problemi della pena la gravità del fatto illecito è un elemento importante, non di per sé decisivo se si riconosce al post-fatto una possibile rilevanza.

4. *What's done cannot be undone.*

What's done cannot be undone. Le parole che Shakespeare mette in bocca a Lady Macbeth nel suo delirio si riferiscono all'uccisione di persone. I delitti commessi dal tiranno non sono 'riparati' dalla vendetta, e nemmeno dall'abbattimento della tirannia. La pena inflitta all'omicida non è riparazione del delitto. Se è riparazione, è riparazione di qualcosa d'altro.

L'irreparabilità del delitto per eccellenza – l'omicidio – invita a fare attenzione ai diversi significati che il lessico della riparazione assume nei nostri discorsi (nelle teorie della pena, nella riflessione etico-politica, nel sentire delle persone).

Il grande criminale potente e pentito (l'Innominato nel grande romanzo di Manzoni) può bloccare l'offesa che sta compiendo (liberare Lucia), riparare il riparabile in ciò che ha commesso in passato, e dare una svolta alla vita propria e anche di altri. Achille può restituire a Priamo il cadavere di Ettore, che aveva oltraggiato trascinandolo nella polvere¹⁹. Il fatto storico dei delitti commessi *cannot be undone*. Che cosa risponderebbe Lucia alla domanda, se l'essere stata sequestrata e rimessa in libertà sia o non sia più grave di un sequestro tentato ma non riuscito? Anche una notte di prigionia è sufficiente a produrre problemi significativi²⁰.

Un'offesa realizzata è cosa diversa e (*ceteris paribus*) più grave dell'offesa tentata ma non riuscita. Ipotizzare un uguale disvalore di delitto tentato e delitto riparato non tiene conto degli effetti pratici immediati che un delitto consumato può avere, e delle differenze (e sofferenze) nel vissuto di chi abbia sperimentato l'offesa.

¹⁹ *Iliade*, libri XXII, v. 395-404, e XXIV.

²⁰ Nel romanzo manzoniano, il voto di castità di Lucia, con conseguenti problemi psicologici e morali.

La mia esperienza di persona offesa, in anni lontani, da reati non bagatellari consumati e tentati²¹, è stata un vissuto anche di paura (è psicologicamente lungo anche un solo minuto, se sei sotto attacco fisico), pericoli scampati, danni limitati ma non nulli.

L'irreparabilità fattuale del fatto accaduto – di un delitto commesso, anche solo tentato – non necessariamente significa irreparabilità dell'offesa. Un fatto qualificato come reato, in un dato tempo e luogo, potrebbe essere privo di contenuti offensivi, o comunque non essere fonte di bisogni di riparazione²².

Nel tempo il ricordo del vissuto si discolora²³, fino a sparire. Anche un iniziale interesse al risarcimento o a una qualche riparazione può dileguarsi in tempi più o meno brevi.

5. Istituti del post-fatto.

5.1. Il problema della riparazione è uno fra i tanti problemi – di politica del diritto – concernenti la possibile rilevanza di fatti successivi a un commesso reato, ai fini del giudizio. Donini propone: “un programma orientato a un modello costituzionale di rieducazione possibile vedendo nella pena un progetto diverso dalla mera soggezione a una sofferenza imposta o dalla risposta emotiva al rimprovero sociale che esprime il disvalore del fatto. Questo progetto, tuttavia, dipende da chi ha commesso il reato: non può essere coercitivo. E se non viene accolto, non rimane che la più tradizionale pena subita, ma è dovere dello Stato offrire il programma migliore come prima scelta anche nella costruzione delle pene principali, oltre che in fase esecutiva”.

Su questo programma – che collega riparazione e rieducazione, chiamando in causa i principi costituzionali sulla pena – mi piace esprimere un consenso di fondo, insieme all'esigenza di approfondire i problemi ch'esso pone. Non ho mai scritto né

²¹ 1971: aggressione neofascista ad un circolo culturale della periferia di Milano, una sera in cui era in programma - ma è stata impedita dall'aggressione - una discussione sulla strage del 12 dicembre 1969 (ero uno dei relatori). È stata l'esperienza di un pericolo vissuto come serio, fino all'arrivo della polizia. Per un tempo breve, ma psicologicamente non breve, l'irruzione degli aggressori era stata impedita da alcuni giovani presenti nel pubblico. Quando, dopo alcuni anni, sono stato sentito in Tribunale come testimone, non ero più in grado di ricostruire con precisione i fatti accaduti. Nulla so sugli imputati, né sull'esito del processo, e nemmeno sulla qualificazione giuridica dell'accaduto (a mio avviso, violenza privata consumata, per l'impedimento della riunione, e forse tentativo di violenza fisica su persone).

Agosto 2010: tentata rapina. In una passeggiata mattutina insieme a mia moglie, in una spiaggia deserta della Tanzania, sono stato gettato per terra da un robusto giovane che chiedeva ‘money, money’. Ho gridato ‘I have no money’ (non era vero) e il ragazzo è scappato. Per qualche giorno mi è rimasto un lieve dolore fisico.

Gennaio 2012: furto di denaro (qualche centinaio di euro) e dei passaporti lasciati in una stanza d'albergo, nella città santa dell'Etiopia, due giorni prima del volo di ritorno. Abbiamo dovuto anticipare l'arrivo ad Addis Abeba, per avere in tempo il visto sostitutivo dei passaporti.

²² Nel processo per l'aggressione al circolo Perini avrei potuto costituirmi parte civile, ma non ho nemmeno preso in considerazione tale possibilità. MI è rimasta insoddisfatta un'astratta curiosità sui percorsi esistenziali degli autori di reato, estremisti violenti nell'Italia degli anni '70 o ragazzi (o malavitosi) in un'Africa povera.

²³ Come la *nominanza* di persone illustri: DANTE, *Purgatorio*, XI, 116-117.

pensato che “la riparazione, eretta a progetto, e dunque ‘promessa’ al futuro criminale, lo indurrebbe a delinquere, perché egli potrebbe sempre contare su sconti di pena per condotte sopravvenute”²⁴. Da sempre ho evidenziato l’importanza di condotte riparatorie (e di altre tipologie di condotte successive al reato) per la risposta al reato. La mia critica della teoria del delitto riparato è una critica sul piano della teoria: intende porre in rilievo che i problemi del post-fatto (fra i quali la riparazione) non toccano la dimensione precettiva, cioè il primo e fondamentale messaggio trasmesso dal diritto criminale.

Delitto riparato è una formula che può suonare retorica, forse buonista, *politically correct*. Può essere usata con la consapevolezza della sua ambigua polivalenza e con opportune precisazioni. La teoria non ne ha bisogno.

5.2. Veniamo alla politica legislativa penale. Al livello più radicale, fatti riparatori possono essere ragione di non punibilità sopravvenuta. Nell’ordinamento italiano, cause di non punibilità “abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali”, non necessariamente con disposizione espressa, purché l’esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (Corte cost., n. 148/1983). Alcuni istituti di portata generale sono raggruppati sotto l’etichetta di cause estintive del reato (titolo VI del libro I). Ipotesi di non punibilità sopravvenuta si ritrovano in disposizioni speciali (per es. art. 376 e art. 641 cod. pen.).

In una sentenza di condanna, condotte riparatorie possono venire in rilievo per il tipo di risposta a un commesso reato (commisurazione della pena, applicazione di altri istituti del sistema penale o penitenziario). Sono circostanze attenuanti il risarcimento del danno, l’adoperarsi per eliminare le conseguenze del reato commesso (art. 62 n. 6 cod. pen.), il c.d. ravvedimento operoso (art. 56 u.c.).

La rilevanza assegnata dal diritto penale al risarcimento del danno (riparazione prestazionale) rispecchia la moralità dei diritti soggettivi. Il risarcimento può essere giustamente commisurato al danno. L’attivarsi per la riparazione dell’offesa, con il risarcimento del danno o con altre modalità, può essere per il reo un’opzione utilitaristica (volta a ottenere una sentenza più mite) e/o un segnale di ciò che definiamo ‘rieducazione’ nell’ottica dell’art. 27 Cost. È comunque un’assunzione di responsabilità, coerente con il senso ordinatore del diritto criminale/penale.

Che l’iniziativa per ottenere un risarcimento sia di competenza dei soggetti che si ritengono danneggiati, e non dello Stato, è coerente con i principi di un ordinamento dei rapporti privati fra persone, fondato sulle libertà di ciascuno.

Nota a margine: lo scenario delle pretese risarcitorie è reso più complicato dall’entrata in scena di nuovi soggetti: enti esponenziali trasfigurati in parti civili. Nella concreta esperienza processuale si è rivelata un fattore di appesantimento inutile di dibattimenti anche molto complessi, introducendo pretese risarcitorie ideologicamente

²⁴ È la lettura di M. DONINI, *Riparazione*, cit., p. 21. Azzardo l’ipotesi che sia stata fuorviata dalla parola ‘disfunzionale’, da me incautamente usata pensando al *design* della teoria.

costruite, aggiuntive rispetto ai risarcimenti dovuti alle vere persone offese e danneggiate²⁵.

5.3. In leggi speciali (legislazione antiterrorismo e antimafia) sono state introdotte attenuanti premiali per la collaborazione processuale, che comportano forti riduzioni di pena. Un modello a forbice (bastone e carota) ha innalzato i livelli di severità punitiva, e ha aperto prospettive di trattamento penale molto mite²⁶ quale mezzo per sollecitare una collaborazione utile all'accertamento di fatti e di responsabilità. L'esperienza ha mostrato sia l'utilità sia i problemi di normative premiali. Dichiarazioni di terroristi divenuti collaboratori di giustizia hanno dato un grande contributo alle indagini che hanno portato alla distruzione delle bande armate degli anni di piombo.

Per la dissociazione dal terrorismo, non accompagnata da attività di collaborazione processuale, una disciplina temporanea molto favorevole (riduzioni di pena) venne introdotta dopo che la battaglia era stata vinta. La legge 18 febbraio 1987, n. 34 fu una scelta politicamente sofferta, della quale hanno beneficiato autori di delitti di terrorismo, pentiti ma non disposti ad accusare altri. Può esservi riconosciuto un significato di riequilibrio equitativo di risposte sanzionatorie per delitti anche molto gravi, giustificato da mutamenti significativi di persone uscite dal mondo della violenza politica²⁷.

In tutte le sue varianti, la legislazione premiale ha giocato un ruolo rilevante per l'uscita dagli anni di piombo, non solo per avere incentivato la collaborazione processuale, ma anche per avere facilitato il ritorno ad una vita normale, a molti che avevano partecipato alla militanza politica armata.

5.4. La valorizzazione di condotte positive del reo, *lato sensu* riparatorie, è una parte importante della tipicità che il post-fatto può aggiungere ai fini della risposta al reato, sia nel diritto penale sostanziale, sia nel diritto penitenziario. Vengono in rilievo i principi costituzionali sulla pena: finalità 'rieducativa' e principio d'eguaglianza/proporzione.

²⁵ Non è stata recepita dalla riforma Cartabia una ragionevole proposta della Commissione Lattanzi, la limitazione espressamente prevista (art. 1-bis lett. c) per la legittimazione all'azione civile: "radicale esclusione degli enti, di vario genere, che non siano titolari del bene giuridico offeso dal reato, ma soltanto portatori di interessi diffusi, al rispetto delle norme stabilite dalla legge penale", ferma restando la facoltà di partecipare al procedimento a fianco della parte pubblica ai sensi dell'art. 91 cpp. L'accoglimento di questa proposta avrebbe alleggerito i processi, anche processi importanti, sovraccaricati da parti civili superflue; e alleggerito i condannati da oneri economici aggiuntivi rispetto al risarcimento dei veri danneggiati.

²⁶ Contro la normativa 'premiale' per i 'pentiti' è stata mossa una critica 'di principio': il "capovolgimento di un classico principio garantista: quello della proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza" (L. FERRAJOLI, Ravvedimento processuale e inquisizione penale, in *Questione giustizia*, 1982, p. 217). Questa obiezione capovolge il significato di un principio che è 'garantista' in quanto si ponga come criterio od istanza di delimitazione verso l'alto della coercizione statuale, opponendosi a pene sproporzionate per eccesso.

²⁷ Sulla storia del problema, M GALFRÈ, *La guerra è finita*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Sul piano del diritto penale sostanziale, è significativa la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 62-*bis*, comma 4, nella parte in cui stabiliva che, ai fini delle attenuanti generiche, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Tale esclusione contrasta col principio di ragionevolezza (art. 3) e con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3): la condotta susseguente al reato "può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali"; e l'obiettivo della rieducazione del condannato "non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato"²⁸.

Sono istituti del post-fatto (anche) gli istituti sostanziali dell'ordinamento penitenziario. L'esecuzione della pena detentiva può essere ragionevolmente progettata come percorso flessibile²⁹ nel tempo, guidato dai principi dell'ordinamento, *in primis* il tendere alla rieducazione. Il principio di legalità esige che le possibili varianti del percorso siano determinate dalla legge (Corte cost. n. 32/2000). La funzione rieducativa non può essere sacrificata "sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena" (Corte cost. n. 149/2018).

Per la risposta al commesso reato fa problema anche il puro e semplice scorrere del tempo. L'istituto della prescrizione del reato sottende il riconoscimento che il corso del tempo è un elemento che ha rilievo per le risposte a commessi reati, anche gravissimi. Se e a che condizioni sia ragionevole, per la giustizia punitiva, *tempori cedere*³⁰ non è solo questione di ragionevole durata del processo; è una questione di proporzione delle risposte al reato, rispetto a ragioni legate ai tempi di vita delle persone (oltre che alla gravità dei fatti). I significati del giudizio e della risposta punitiva (il loro valore di giustizia) non sono indipendenti dal tempo, dal suo possibile significato riparatore. La giurisprudenza costituzionale in materia di prescrizione tiene conto dell'apertura dei problemi sul piano etico-politico³¹.

5.5. Fin dall'antichità l'amnistia/pacificazione è stata una strada per l'uscita da situazioni conflittuali³². In Italia, alla fine della seconda guerra mondiale, la c.d. amnistia Togliatti, nel 1946, venne motivata come "atto di forza e di fiducia nei destini del paese", nella prospettiva della ricomposizione politica e sociale dopo la guerra³³. La giustizia di transizione, la ricostruzione di un nuovo ordine, deve spesso fare i conti con un passato segnato da violenze. Esempio recente, il Sud Africa del dopo *apartheid*³⁴. La grande storia segue strade diverse dalla giustizia penale, e ne mostra i limiti.

²⁸ Corte cost. n. 183/2011. Nella stessa linea si collocano sentenze successive, fra le quali la n. 74/2016: dichiarazione d'illegittimità del divieto di prevalenza sulla recidiva, di un'attenuante speciale che premia collaborazioni utili, con riduzioni di pena molto spinte.

²⁹ F. PALAZZO e R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?*, Torino, 200; L. EUSEBI, *Gestire il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento della pena 'ritorsione'*, in AA.VV., *La pena, ancora: cit.*, p. 223 ss.

³⁰ F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino 2003.

³¹ Sono intervenuto più volte su questi problemi, anche in *Sistema penale*.

³² P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, Milano 2001; J. ELSTER, *Chiudere i conti*, Bologna, 2008.

³³ P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli 2020.

³⁴ D. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono*, Milano 2001.

La rinuncia a perseguire reati commessi in passato può essere anche una manovra di alleggerimento di un carico eccessivo, come è avvenuto in Italia per molto tempo, con l’emanazione di provvedimenti di amnistia e indulto con stretta periodicità e con ampio campo d’applicazione. È una strada non più praticata (di fatto divenuta impraticabile) dopo la modifica dell’art. 79 Cost., nel 1993 (al tempo di Mani pulite). Era un discutibile rimedio a difetti di sistema rimasti tuttora non sanati³⁵.

6. Incontro, espiazione, servizio.

6.1. L’ingresso della giustizia riparativa nella riforma Cartabia è stato valutato come “cifra ideologica, profonda innovazione sul piano ideale e dei principi”³⁶. È una strada ricca di suggestioni: la ricerca di una giustizia senza la spada³⁷, una prospettiva non centrata sulla severità punitiva, attraverso l’incontro liberamente accettato fra la vittima del reato e la persona indicata come autore dell’offesa (e altri soggetti appartenenti alla comunità).

Il buon esito del percorso riparativo ha una rilevanza molto limitata ai fini del giudizio. Vale come remissione tacita della querela, o come attenuante nel nuovo art. 62 n. 6.

I bisogni cui la *restorative justice* dà rilievo, di grande spessore etico-sociale, non costituiscono oggetto di diritti, né del reo né della persona offesa. La persona offesa ha ovviamente diritto al risarcimento del danno (riparazione prestazionale); non ha alcuna pretesa giuridica a comportamenti moralmente significativi del reo. Men che meno potrebbe essere giuridicamente obbligata, o indotta dall’autorità, a comportamenti moralmente significativi nei confronti del reo.

Un faccia a faccia fra vittime e perpetratori è questione di libertà per entrambe le parti: sia per l’offensore – che pure è in debito verso l’offeso e verso la società – sia per l’offeso, che ha il diritto di scegliere liberamente se cercare o accettare o rifiutare un contatto ravvicinato con l’offensore. Comunque la si valuti, la prospettiva di una riparazione interpersonale (riconciliazione, dice il lessico che più sottolinea la valenza morale che vi è attribuita) non può essere un paradigma generale delle risposte al reato. La nuova normativa della riforma Cartabia è stata giustamente collocata ai margini del sistema.

³⁵ Su problemi e prospettive di una possibile rivalutazione, previa riforma dell’art. 79 Cost., cfr. AA.VV., *Costituzione e clemenza*, a cura di S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma 2018.

³⁶ F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2022, p. 433. Palazzo pone in rilievo le ragioni della nuova disciplina, il rapporto di complementarità fra giustizia punitiva e giustizia riparativa, e alcuni problemi che potrebbero sorgere nell’applicazione (come il rischio di un possibile ruolo avverso della comunità).

³⁷ È il titolo di uno studio pionieristico (in Italia): G. MANNOZZI, *La giustizia senza la spada*, Milano, 2003. Un insieme di voci della dottrina italiana in *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, Bologna 2015.

Problemi di riconciliazione sorgono in alcuni casi, non in via generale. È una questione di fatto, proponibile caso per caso, se e come persone offese abbiano interesse a una riparazione interpersonale.

La nuova disciplina processuale (inserita nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, come nuovo art.129-*bis*) attribuisce al giudice il potere di disporre con ordinanza – in ogni stato e grado del procedimento, anche d’ufficio – l’invio dell’imputato e della vittima del reato al Centro per la giustizia riparativa quando lo ritenga utile e non comporti un pericolo concreto, sia per gli interessati che per l’accertamento del fatto. Si tratta di un punto particolarmente delicato. Certo, riconciliazione e riparazione sono cose buone, che l’ordinamento della convivenza ha il dovere di rendere possibili e può favorire. Ma ha senso attribuire al giudice un potere officioso d’impulso? Sul piano della riflessione etico-politica può essere posto l’interrogativo, se attribuire al giudice il potere di *disporre* d’ufficio un contatto interpersonale fra offeso e offensore sia coerente con i principi e con l’*ethos* di una società aperta a concezioni morali diverse e di pari dignità. È un interrogativo che ha a che fare con il confine della potestà del Leviatano, di fronte alla libertà delle persone nelle loro valutazioni morali e nelle scelte di vita.

Una ragionevole interpretazione della nuova normativa può e deve ritrovare nel complessivo sistema la posizione di vincoli stringenti al potere del giudice (sullo sfondo c’è un problema che è anche di legittimità costituzionale).

Se e quale applicazione, se e quale incidenza la riforma avrà sulla cultura giuridica e sul sentire sociale, lo verificheremo nei fatti³⁸.

6.2. Una vicenda di notevole rilievo, svolta e pubblicizzata sotto il segno della giustizia riparativa³⁹, è un percorso iniziato nel 2007, durato sette anni, di incontri ravvicinati, guidati da mediatori, in situazioni di vita comune, fra persone coinvolte nella lotta armata tra gli anni ’70 e i primi anni ’80, e vittime o familiari di vittime di delitti di quel tempo.

La storia raccontata nel libro dell’incontro (anche con un’ampia selezione da quanto è stato detto o scritto da partecipanti) si è svolta al di fuori di qualsiasi mandato istituzionale, in uno spazio privato, in periodo successivo allo svolgimento dei processi e all’esecuzione delle pene inflitte. Non ha alcun legame con la giustizia istituzionale.

Nella valutazione dei curatori, “non è la storia di un successo: e neppure di un fallimento. È una storia della forza della fragilità umana; come tale, anche la storia è fragile, ma abbonda di una dolorosa bellezza ed è ricca di speranza, virtù fragile per eccellenza”⁴⁰. “Soltanto sullo sfondo la verità giudiziaria che si è sporta su ogni dialogo”.

³⁸ È ragionevole ipotizzare che l’impatto della nuova normativa non sarà uno tsunami: F. PALAZZO, *op.cit.*, p. 447. Su esperienze pregresse, un bilancio problematico è stato presentato da un operatore e studioso fra i più impegnati nel campo della RJ.: M. BOUCHARD, [Cura e giustizia dell’offesa ingiusta: riflessioni sulla riparazione](#), in *Questione giustizia*, 25 luglio 2022.

³⁹ *Il libro dell’incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. BERTAGNA, A. CERETTI e C. MAZZUCATO, Milano, il Saggiatore, 2015. [Mia recensione](#) in *Diritto penale contemporaneo*, gennaio 2016.

⁴⁰ A. CERETTI, p. 18.

Rispetto all'obiettivo della verità, "con il rammarico di pochissimi il nostro tragitto si è compiuto a una distanza siderale"⁴¹.

Vi sono state anche reazioni negative⁴². Alcuni hanno deciso di abbandonare il cammino.

Sul valore di quell'esperienza è d'interesse una lettera firmata sia da ex- che da vittime, indirizzata a persone che vi hanno partecipato come terzi: *"giustizia è tante cose: verità, richiamo alle responsabilità, pentimento, consapevolezza, incontro, riconciliazione, riparazione, accoglienza, memoria, tenerezza, relazione. Quello che il sistema giudiziario non dà"*.

Fare giustizia richiede verità. Il sistema giudiziario penale ha il compito specifico di verificare ipotesi d'accusa, ed è attrezzato a farlo. Richiamo alle responsabilità: è un suo obiettivo importante (il principale). Può produrre verità parziali, ma significative; è elevato il rischio di fallimenti.

Pentimento, e ancor più consapevolezza, incontro, riconciliazione, riparazione, accoglienza, memoria, tenerezza, relazione: sono fra le tante cose che fanno parte della vita buona, ma eccedono la dimensione della giustizia istituzionale. L'incontro fra persone – ciò di cui il libro parla – sta in spazi di libertà civile e morale, oltre le risposte giudiziarie.

6.3. Il tema del reo di fronte al proprio delitto e nel rapporto con il mondo offeso emerge nel grande romanzo di Manzoni, nella vicenda dell'Innominato e in quella di Lodovico che diventa padre Cristoforo.

La scelta di farsi frate, dopo avere ucciso un uomo e involontariamente cagionato la morte di un altro, è un modo di pagare per il male fatto, con una vita di sacrificio, dedicata al bene di altri. È una scelta che per Lodovico è alternativa alla pena prevista per l'omicidio. È resa possibile da una trattativa condotta con *umiltà disinvolta* dal padre guardiano dei padri cappuccini presso i quali Lodovico si era rifugiato, con la famiglia dell'ucciso⁴³. Si arriva a un accordo, alla condizione che "l'uccisore partirebbe subito da quella città. Il guardiano, che aveva già deliberato che questo fosse fatto, disse che si farebbe, lasciando che l'altro credesse, se gli piaceva, esser questo un atto d'obbedienza: e tutto fu concluso. Contenta la famiglia, che ne usciva con onori; contenti i frati, che

⁴¹ A. CERETTI, p. 238, 245.

⁴² "Soprattutto tra alcune vittime – e questo deve far riflettere – si è levato alto un grido di insofferenza nei confronti del metodo di discussione proposto dai mediatori, perché teso a ingabbiare e a direzionare dall'alto – questo il senso della critica – pulsioni, pensieri, rappresentazioni di tutti i partecipanti": A. CERETTI, p. 243. Uno fra quelli che si sono allontanati – una persona con la quale avevo avuto rapporti negli anni '70, un gambizzato dalle Brigate Rosse con conseguenze inguaribili – mi ha ricontattato dopo avere letto la mia recensione.

⁴³ Da un lato i padri cappuccini presso i quali Lodovico si era rifugiato: "rimandarli dal convento, ed esporlo così alla giustizia, cioè alla vendetta de' suoi nemici, non era partito da prender neppure in consulta. Sarebbe stato lo stesso che rinunciare a' propri privilegi, screditare il consenso presso il popolo, attirarsi il biasimo di tutti i cappuccini dell'universo". Dall'altro lato "la famiglia dell'ucciso, potente assai ... La storia non dice che a loro dolesse molto dell'ucciso ... dice soltanto ch'eran tutti smaniosi d'aver nell'unghie l'uccisore, o vivo o morto. Ora questo, vestendo l'abito di cappuccino, accomodava ogni cosa ... ridurre un uomo a spropriarsi del suo, a tostarsi la testa, a camminare a piedi nudi, a dormir su un saccone, a viver su un saccone, poteva parere una punizione competente, anche all'offeso più borioso".

salvavano un uomo e i loro privilegi, senza farsi alcun nemico; contenti i dilettanti di cavalleria, che vedevano un affare terminarsi lodevolmente; contento il popolo, che vedeva fuor d'impiccio un uomo benvenuto, e che, nello stesso tempo, ammirava una conversione; contento finalmente, e più di tutti, in mezzo al dolore, il nostro Lodovico, il quale cominciava una vita di espiazione e di servizio, che potesse, se non riparare, pagare almeno il male fatto, e rintuzzare il pungolo indelebile del rimorso"⁴⁴.

Nota a margine: il linguaggio del grande scrittore distingue dal riparare altri modi di pagare, cioè di farsi carico del male commesso.

La storia di espiazione e di servizio, che attraversa il racconto manzoniano, è resa possibile dall'incontro fra interessi *potenti assai*, in un quadro ordinamentale ben lontano dalla nostra idea di legalità, secondo la quale Lodovico avrebbe dovuto espia il suo delitto con anni di carcere. La cerimonia del perdono, il faccia a faccia di padre Cristoforo con i familiari, mette di fronte il pentimento genuino e la gestione del potere che fa pompa di sé.

Questa storia mette in scena un azzeramento della giustizia istituzionale, in un contesto d'altri tempi, in cui spazi d'impunità sono aperti da fortissimi poteri privati. È anche la storia di un effettivo rispondere per il delitto commesso, in una forma diversa dalla pena. Non è un possibile modello per la giustizia dello Stato; ma invita alla ricerca di risposte migliori.

7. Riparazione del precetto e della memoria.

7.1. Nella situazione attuale, *"tutto ciò che di bene può derivare dalla pena è solo eventuale: siano la rieducazione, la risocializzazione, l'emenda, il pentimento, il perdono, la riconciliazione, la riparazione e il risarcimento"*⁴⁵. Può l'idea della riparazione cambiare il sistema, come opina Donini⁴⁶, se lo Stato promuove davvero un programma centrato sulla riparazione prestazionale, e riconduce l'orizzonte punitivo nella dimensione della pena agita? Può un nuovo programma punitivo far sì che il buon esito non sia solo eventuale? La risposta realistica è che il progetto *"dipende da chi ha commesso il reato: non può essere coercitivo"*⁴⁷.

La pena, subita o agita, non ripara il male non più riparabile. I delitti più gravi cagionano mali irreparabili, come la morte di persone, danni alla salute, distruzioni di ricchezza, gestione illecita di poteri. Problemi nuovi (anche di riparazione in vario senso) seguono all'inosservanza, al delitto commesso.

In un quadro irrimediabilmente problematico, il rilievo dell'idea riparativa è filtrato da ragioni fondanti dell'ordinamento giuridico (la libertà delle persone) e dai

⁴⁴ A. MANZONI, *I promessi sposi*, cap. 4. Sulla complessità della riconciliazione con i parenti dell'ucciso, in cui l'autenticità del pentimento coesiste con ipocrisie e sano realismo, cfr. S. NATOLI, *L'animo degli offesi e il contagio del male*, Milano 2018, p. 37.

⁴⁵ M. DONINI, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ *Supra*, nota 2.

⁴⁷ M. DONINI, *op. cit.*

principi relativi alla pena: l'idea rieducativa e il principio d'eguaglianza/proporzione, che dà spazio a criteri di proporzione ulteriori all'obiettiva gravità del fatto di reato.

Sui problemi e sugli istituti della risposta al reato, a livello legislativo e giudiziario, in un orizzonte di democrazia liberale possono confrontarsi e si confrontano concezioni diverse, anche molto diverse. È compito della teoria del diritto penale individuare problemi e possibili soluzioni, e costruire un idoneo apparato concettuale. L'idea della riparazione fa parte del quadro, e addita possibili soluzioni per le politiche del diritto.

7.2. Per la vita delle persone e delle società umane, “il senso di ciò che è accaduto non è fissato una volta per tutte... gli eventi del passato possono essere interpretati altrimenti”⁴⁸. Di questo è fatta la storia. Lo scorrere del tempo consente di riparare non i fatti avvenuti, ma le interpretazioni e (in qualche misura) le conseguenze future.

“Che senso può avere la ‘riparazione’ di un’ingiustizia dopo 393 anni?”. Così comincia un articolo⁴⁹ che dà notizia della collocazione, nel Palazzo di giustizia di Milano, di una targa con la quale i *difensori della giustizia*, dopo aver ricordato il *monumento di esecrazione e di infamia verso un umile cittadino di nome Gian Giacomo Mora*⁵⁰ a lui e agli innocenti vittime in ogni tempo dei pregiudizi e dei fanatismi restituiscono per sempre dignità e onore.

Qui la ‘riparazione’ (fra virgolette, nell’articolo) è riparazione dell’infamia cagionata da una macchina giudiziaria ingiusta quattro secoli fa. Una riparazione della memoria, in forma simbolica, come il monumento a Giordano Bruno in una piazza di Roma. Può essere un buon uso dell’idea di ‘riparazione’ il collegarla a problemi di giustizia o ingiustizia in un orizzonte storico ampio. Un esempio di come il linguaggio della riparazione possa veicolare significati diversi, dentro e fuori il linguaggio tecnico dei giuristi.

È questione di libertà delle persone, di fronte a un torto sofferto, trovare modi di fare i conti con il male sofferto in passato. Fra i modi possibili c’è anche il perdono.

Ho un ricordo personale dei funerali di Vittorio Bachelet, vice-presidente del CSM, ucciso da terroristi nel febbraio 1980. In una chiesa di Roma piena di gente, una preghiera di perdono venne detta dal figlio dell’ucciso⁵¹. Sentii quell’evento come una manifestazione di forza morale di straordinaria importanza per le risposte al terrorismo (ancora attivo nel 1980), ancorché (o forse proprio perché) non trasferibile sul piano della risposta legale⁵².

⁴⁸ P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare*, Bologna, 2004, p. 92.

⁴⁹ G. SANTUCCI, *Via l’infamia dalla Colonna*, in *Corriere della sera*, 15 gennaio 2023.

⁵⁰ È la storia narrata da A. MANZONI, *La colonna infame*.

⁵¹ Ho ritrovato sui giornali del tempo il testo: “Preghiamo per i nostri governanti Vogliamo pregare anche per quelli che hanno colpito il mio papà perché sulle bocche ci sia sempre il perdono e mai la vendetta: la vita e non la morte degli altri”.

⁵² “Non spetta allo Stato imporre perdoni e pentimenti, ma solo eventualmente favorirli... Il perdono non è un atto giuridico. Allo Stato spetta al massimo la remissione”: M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2011, p. 954-55. Nel 1991, Giovanni Bachelet si oppose alla proposta di concedere la grazia a Renato Curcio, capo storico delle BR, ravvisandovi

7.3. Esigenze (in senso lato) di riparazione sono espresse nel linguaggio mediatico come richieste di *giustizia per le vittime*, nel senso di rigore nel giudizio e severità punitiva. Questo linguaggio dà voce a sentimenti giustificati e a risentimenti meno giustificati, e addita una direzione contraria a quella di chi vorrebbe fondare sull'idea di riparazione un modello alternativo alla pena tradizionale.

La cultura giuridica può (deve) osservare che la giustizia del giudizio – sia sulla responsabilità sia sulla (eventuale) pena – in uno stato liberale di diritto dovrebbe essere *giustizia* non solo per le vittime, ma per tutti, anche per i colpevoli (e anche, ovviamente, per accusati non colpevoli).

Nell'arena processuale entrano attese 'di giustizia' di diversa natura, fondate e infondate: attese di giustizia retributiva (o vendicativa) e attese risarcitorie legate alle accuse contestate (fondate o infondate che siano), veicolate con la costituzione di parte civile. Il risarcimento del danno non fa parte della risposta punitiva. L'informazione mediatica dà voce e spesso dà sostegno ad attese di punizione, in particolare quando si tratta di eventi gravi (disastri, morti o lesioni di persone). Vittime e parenti di vittime avanzano richieste sia di giustizia retributiva sia di risarcimento. La prevalenza di istanze retributive o di interessi economici si manifesta, in situazioni anche molto delicate, nell'accettazione o rifiuto⁵³ o sollecitazione⁵⁴ di accordi sul risarcimento.

Sono le attese di risarcimento, là dove siano fondate, la risposta di più sicura giustizia per le vittime. Sotto ogni altro aspetto, l'ideologia della vittima⁵⁵ tende a caricare sul giudizio penale attese improprie e distorcenti.

Senza la neutralizzazione della vittima, ricorda un grande penalista tedesco, non avremmo avuto il diritto penale moderno. Di più: non vi sarebbe nemmeno lo stato moderno, il monopolio statale della forza nell'amministrazione della giustizia penale⁵⁶.

In ordinamenti decenti⁵⁷ è la dimensione precettiva quella che dovrebbe costruire rapporti passabilmente giusti nella convivenza sociale. Al significato e valore del precetto – della regola di comportamento – consegue il significato e valore del giudizio di condanna del trasgressore. Il giudizio giusto (corretto in fatto e in diritto) può essere definito, usando il lessico della riparazione, come riparazione non del delitto commesso, ma della dimensione precettiva della regola di convivenza espressa dal precetto violato.

La giustizia delle pene comminate e inflitte è un problema ulteriore, da considerare sempre proponibile anche con riguardo a precetti di elementare ragionevolezza e giustizia.

il rischio di nuovi squilibri, accordando nei fatti un trattamento privilegiato ai brigatisti autori di gravi reati comuni.

⁵³ In un processo di grande rilievo anche mediatico (Eternit) una forte pressione anche mediatica si è opposta a una conveniente proposta di transazione. Il processo si è chiuso con declaratoria di prescrizione.

⁵⁴ Ne ho avuto esperienza diretta, come difensore, in un processo in cui erano contestati molti eventi di morte per tumore, come malattie professionali, in un contesto di impoverimento post-industriale. La stampa locale parlava di strage; il processo si è concluso senza alcuna condanna.

⁵⁵ D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Roma 2014.

⁵⁶ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2009, p. 232-233.

⁵⁷ Nel senso di J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, Milano 2001.

Il significato riconoscibile in una riuscita riconciliazione fra offeso e offensore può essere definito riparazione del precetto, prima e più che riparazione dell'offesa. È l'indicazione data da Claudia Mazzucato nel libro dell'incontro, prendendo uno spunto importante da Aldo Moro: la responsabilità penale può configurarsi "*all'interno di una interlocuzione dialogica tra la persona e il precetto penale*"⁵⁸. È riparazione del diritto l'accettazione e osservanza di precetti giusti.

8. Lotta per il diritto.

Può essere definita riparazione delle regole di una possibile convivenza anche la lotta per il diritto, quale *condizione morale di esistenza della persona*.

Il discorso di Jhering⁵⁹ si riferisce alla lotta legale innanzi al giudice, e alla legittima difesa. Benedetto Croce, nel ripresentarlo ai lettori italiani nel 1934, segnala l'*alto concetto* che lo informa: "la necessità di asserire e difendere il proprio diritto ancorché con sacrificio dei propri interessi individuali... Innanzi tutto per il dovere morale, che comanda di mantenere saldo l'ordinamento giuridico, condizione della vita sociale e umana". Ripresentare ai lettori italiani lo scritto di Jhering gli sembrava "utilissimo a rinvigorire la coscienza del diritto, assai sconvolta e depressa generalmente nel mondo moderno"⁶⁰.

Ravvisare nella difesa del proprio diritto una valenza anche di dovere, verso se stesso e verso la comunità, è una posizione che suona molto forte. Sollecita a riflettere su questo tema così spinoso il ritorno della guerra in Europa, l'aggressione da parte di uno Stato che calpesta libertà e verità.

Nei rapporti fra persone, la difesa necessitata (*Notwehr*) da aggressioni ingiuste è lotta per il diritto, esercizio di libertà. La difesa di diritti aggrediti, in situazioni 'di necessità', arriva a giustificare l'uso della forza al di là di quanto sarebbe consentito in situazioni normali: anche l'uccisione dell'aggressore. L'ambito della giustificazione di reazioni difensive necessitate e dello stato di necessità è un indicatore dell'importanza riconosciuta ai diritti e interessi in gioco e alla loro tutela.

La resistenza a una guerra d'aggressione è difesa delle condizioni di base di una possibile convivenza. Fornire armi al paese aggredito è un aiuto legittimo; leggere un divieto nell'artt. 11 Cost. capovolge il significato morale e politico del ripudio della guerra. Sono in gioco le *condizioni morali di esistenza della civiltà del diritto*.

Può essere vista come lotta per il diritto anche la lotta per la qualità del diritto positivo. La definizione dantesca del diritto⁶¹ – *hominis ad hominem proportio quae servata servat societatem et corrupta corrumpit* – esprime il dover essere del diritto (*impossibile est jus esse, bonum communem non intendens*), non la realtà di ordinamenti giuridici positivi.

⁵⁸ C. MAZZUCATO, p. 273.

⁵⁹ R. JHERING, *Der Kampf um's Recht*, 1872. Traduzione italiana *La lotta per il diritto*, Bari 1960, Citazione da p. 93.

⁶⁰ Così CROCE apre e chiude l'Avvertenza in *op. cit.*, p. 33, 35.

⁶¹ DANTE, *Monarchia*, II, §. V.

C'entra il problema che in linguaggio moderno formuleremmo come la tensione fra diritto positivo e giustizia.

In contesti illiberali, in regimi autoritari, la lotta per il diritto è lotta contro l'oppressione di precetti ingiusti – o dell'arbitrio di potere – prima che contro la dismisura delle pene (questi aspetti sono spesso congiunti). Esempio attualissimo (non l'unico) la ribellione delle donne iraniane contro le imposizioni e le punizioni di una teocrazia fondamentalista. Esempi sparsi in tante parti del mondo, l'uso della libertà di parola sfidando divieti che la negano.

Nel mondo delle democrazie liberali, in cui abbiamo la fortuna di vivere, la lotta per il diritto ha a che fare con l'equilibrio fra la società civile e lo Stato, decisivo per il buon funzionamento e il benessere delle società: *ci vuole uno Stato forte per combattere la violenza, far rispettare le leggi e fornire servizi pubblici indispensabili per garantire alle persone la possibilità di fare scelte e portarle avanti. Ci vuole una società forte e mobilitata per controllare e incatenare uno Stato forte*⁶².

*Pacis imponere morem*⁶³, è quanto ci attendiamo da un Leviatano forte e autorevole, e rispettoso dei diritti delle persone. Sia la forza, sia l'incatenamento del Leviatano dipendono anche dal diritto criminale/penale, che con i suoi precetti concorre a definire doveri, diritti e aspettative, gli equilibri (o squilibri) fra autorità e libertà, le condizioni di funzionamento (buono o cattivo) della società civile.

La qualità del diritto ha bisogno di una continua riparazione anche nel mondo delle democrazie liberali. La lotta per un diritto ritenuto migliore è esercizio di libertà politica. È fra le possibilità che rendono vivibile il nostro mondo, con tutti i suoi difetti. Il confronto politico sui contenuti del diritto può essere condotto con le armi del confronto razionale e della ricerca di consenso.

Le possibilità di riparazione del torto, e i problemi di ragionevoli risposte al reato, si collocano dentro un quadro di problemi che riguardano innanzi tutto la riparazione della dimensione precettiva e del principio responsabilità.

⁶² D. ACEMOGLU e A. ROBINSON, *The narrow corridor*, in traduzione italiana *La strettoia*, Milano 2020. Citazione da p.14.

⁶³ VIRGILIO, *Eneide*, VI, v. 852.

IL D.L. PIANTEDOSI SULLE OPERAZIONI DI SOCCORSO IN MARE: L'ENNESIMO TENTATIVO DI IMPEDIRE CIÒ CHE IL DIRITTO INTERNAZIONALE IMPONE E IL PROBLEMA DELLA DEPENALIZZAZIONE COME FUGA DALLA GIURISDIZIONE

di Luca Masera

1. Premessa e precedenti normativi. – È attualmente in fase di conversione in Parlamento il [decreto-legge n. 1/2023](#) (contenente “disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori”), con cui il Governo ha inteso fornire una nuova regolamentazione delle attività delle ONG che svolgono operazioni di *search and rescue* (SAR) nelle acque del Mediterraneo centrale. La questione dei rapporti con tali ONG era emersa con clamore sin dai primi giorni dall’insediamento del nuovo Governo, con la ben nota vicenda delle due imbarcazioni (la Geo Barents, di Medici senza Frontiere, e la Humanity 1, di SOS Humanity) cui nel mese di ottobre era stato concesso di sbarcare nel porto Catania solo donne e minori (i cd. sbarchi selettivi), sino a che era stata l’autorità sanitaria ad imporre di fare scendere a terra dopo alcuni giorni tutte le persone presenti a bordo; e con l’episodio dell’altra nave (la Ocean Viking, di SOS Mediterranée) che, vistosi rifiutare l’ingresso nelle acque italiane, si era diretta in Francia, provocando la dura reazione diplomatica del Governo francese. La ragione dell’insuccesso nella gestione di tali vicende era stata individuata dalla compagine governativa anche nell’inadeguatezza della disciplina normativa relativa alle attività di soccorso in mare da parte di privati, e il decreto-legge ora in fase di conversione vuole, secondo gli intendimenti del Governo, **fornire all’autorità amministrativa gli strumenti normativi necessari** per gestire in modo efficace le operazioni di soccorso in mare da parte delle ONG. Dal momento tuttavia che l’attività delle ONG è già stata negli ultimi anni oggetto di diversi interventi di regolamentazione, per comprendere l’effettiva portata innovativa del decreto ci pare utile prima ripercorrere sinteticamente il contenuto di tali interventi¹.

1.1. Il Codice di condotta del 2017. – Il primo intervento di regolamentazione delle attività delle ONG che svolgono attività SAR si deve al Governo Gentiloni, con il cd. codice di condotta emanato dal Ministro dell’interno Minniti nel luglio 2017.

Nel 2016 si era assistito ad un consistente aumento del numero di arrivi via mare sulle nostre coste, e nei primi mesi del 2017 aveva iniziato a diffondersi a livello di opinione pubblica un atteggiamento di diffidenza se non di vera e propria ostilità nei

¹ Per una ricostruzione più distesa dell’evoluzione della normativa e delle prassi in materia di soccorsi in mare, cfr. L. MASERA, [Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante](#), in *Quest. giust.*, 15.6.2021, cui rinviamo anche per i riferimenti bibliografici ai numerosi commenti agli interventi normativi cui si farà conto.

confronti delle ONG, accusate da diverse parti di essere un *pull factor* delle partenze dalla Libia (celebre è rimasta la definizione di *taxi del mare* formulata dall'allora on. Di Maio); tale sentimento trova per la prima volta una veste formale con l'emanazione da parte del Governo, verso la fine del mese di luglio 2017, di un "Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare", alla cui sottoscrizione viene subordinata la possibilità per le ONG di continuare a collaborare con le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Sul presupposto che "l'attività di salvataggio non può essere disgiunta da un percorso di accoglienza sostenibile e condiviso con gli altri Stati membri", e richiamandosi alle conclusioni raggiunte nella riunione informale dei Ministri della giustizia e degli interni dell'UE svoltasi a Tallin il 6 luglio 2017, ove era stata accolta con favore la proposta italiana di formulare "una serie di regole chiare" che le ONG impegnate nei soccorsi in mare avrebbero dovuto rispettare, il Governo individua 13 "impegni" che le ONG devono assumere², pena la possibile "adozione di misure da parte delle Autorità italiane nei confronti della relative navi".

² Il testo dell'accordo è ancora disponibile sul sito del Ministero dell'interno. I 13 punti sono comunque i seguenti: "1) l'impegno a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l'attività di Search and Rescue (SAR) da parte della Guardia costiera libica (...); 2) impegno a rispettare l'obbligo di non spegnere o ritardare la regolare trasmissione dei segnali AIS (Automatic Identification System) e LRIT (Long Range Identification and Tracking), qualora installati a bordo (Cap. V SOLAS) (...); 3) l'impegno a non effettuare comunicazioni o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, fatte salve le comunicazioni necessarie nel corso di eventi SAR per preservare la sicurezza della vita in mare (...); 4) impegno a comunicare al competente MRCC l'idoneità tecnica (relativa alla nave, al suo equipaggiamento e all'addestramento dell'equipaggio) per le attività di soccorso, fatte salve le applicabili disposizioni nazionali ed internazionali concernenti la sicurezza dei natanti e le altre condizioni tecniche necessarie alla loro operatività (...); 5) l'impegno ad assicurare che, quando un caso SAR avviene al di fuori di una SRR ufficialmente istituita, il comandante della nave provveda immediatamente ad informare le autorità competenti degli Stati di bandiera, ai fini della sicurezza, e il MRCC competente per la più vicina SRR, quale "better able to assist", salvo espresso rifiuto o mancata risposta di quest'ultimo (...); 6) impegno ad osservare l'obbligo previsto dalle norme internazionali di tenere costante-mente aggiornato il competente MRCC o l'OSC (On Scene Coordinator) designato da quest'ultimo in merito allo scenario in atto ed all'andamento delle operazioni di soccorso (...); 7) l'impegno a non trasferire le persone soccorse su altre navi, eccetto in caso di richiesta del competente MRCC e sotto il suo coordinamento anche sulla base delle informazioni fornite dal Comandante della nave (...); 8) impegno ad assicurare che le competenti autorità dello Stato di bandiera siano tenute costantemente informate dell'attività intrapresa dalla nave ed immediatamente informate di ogni evento rilevante ai fini di "maritime security" (...); 9) impegno a cooperare con l'MRCC, eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti (...); 10) l'impegno a ricevere a bordo, eventualmente e per il tempo strettamente necessario, su richiesta delle Autorità italiane competenti, funzionari di polizia giudiziaria affinché questi possano raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani, senza pregiudizio per lo svolgimento delle attività umanitarie in corso (...); 11) l'impegno a dichiarare, conformemente alla legislazione dello Stato di bandiera, alle autorità competenti dello Stato in cui l'ONG è registrata tutte le fonti di finanziamento per la loro attività di soccorso in mare (...); 12) l'impegno ad una cooperazione leale con l'Autorità di Pubblica Sicurezza del previsto luogo di sbarco dei migranti, anche trasmettendo le pertinenti informazioni di interesse a scopo investigativo alle Autorità di Polizia (...); 13) impegno a recuperare, durante le attività, una volta soccorsi i migranti e nei limiti del possibile, le imbarcazioni improvvisate ed i motori fuoribordo usati dai soggetti dediti al traffico/tratta di migranti e ad informare immediatamente l'ICC (International

La finalità del “codice” appare evidente sin dal primo impegno richiesto alle ONG, cui si domanda di “non ostacolare l’attività di Search and Rescue (SAR) da parte della Guardia costiera libica”: l’obiettivo politico che persegue il Governo è quello di far sì che i migranti in difficoltà in mare non arrivino in Italia, ma vengano rimandati in Libia, e alle ONG si richiede in maniera esplicita di non ostacolare il raggiungimento di tale proposito. Il testo, da un punto di vista del sistema delle fonti, ha un valore assai modesto, trattandosi semplicemente di raccomandazioni operative formulate dall’autorità governativa e sottoposte alla sottoscrizione delle ONG che intendano accoglierle; un testo quindi privo di rango normativo, anche regolamentare, in quanto non configura altro che un accordo tra il Governo e le ONG che vi aderiscono, al fine di stabilire i presupposti ritenuti necessari dal Governo perché le ONG vengano coinvolte dalla Guardia costiera nella gestione dei soccorsi.

L’opzione per uno strumento di soft law non è d’altra parte per nulla casuale. Il Governo è ben consapevole che l’attività delle ONG deriva la propria liceità dalle numerose convenzioni internazionali che regolano il soccorso in mare, e che rendono non solo lecito, ma altresì doveroso l’intervento a sostegno di qualsiasi imbarcazione che si trovi in pericolo, e il successivo sbarco dei naufraghi in un luogo sicuro. Introdurre in un testo di legge o di regolamento disposizioni volte ad ostacolare l’operatività delle ONG avrebbe comportato il rischio assai elevato di violazioni della normativa internazionale in materia di *search and rescue*, e si sceglie per questo una soluzione che, in ragione della sua valenza non direttamente precettiva, sfugge alle maglie del controllo giurisdizionale, consentendo così di lanciare all’opinione pubblica il messaggio di un cambio di politica nei confronti delle ONG, senza esporsi alla probabile censura in sede giudiziaria di una norma che ponesse ostacoli all’attività dei soccorritori.

1.2. Il cd. Decreto Salvini-bis del 2019. – Il secondo intervento giunge poco più di 2 anni dopo, con l’emanazione del cd. decreto Salvini-bis (o decreto sicurezza-bis, d.l. n. 53 del 14.6.2019, conv. in l. n. 77 dell’8.8.2019), che intende portare ad ulteriori sviluppi la politica di *crimmigration* varata con il decreto-legge su “sicurezza e immigrazione” dell’autunno 2018 (cd. decreto Salvini, d.l. n. 113 del 4.10.2018, conv. in l. n. 132 del 1.12.2018). Per quanto riguarda i rapporti con le ONG, il Governo Conte 1, sin dai primi giorni dal suo insediamento, aveva rivendicato la politica dei cd. “porti chiusi”, caratterizzata dalle lunghe attese cui erano costrette le navi umanitarie prima di poter attraccare in Italia, e l’intervento del 2019 vuole fornire di una più solida base normativa i poteri di interdizione che nei mesi precedenti il Ministro dell’interno aveva comunque già esercitato nei confronti delle ONG.

Il decreto-legge interviene così sugli artt. 11 (Potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera) e 12 (Disposizioni contro le immigrazioni clandestine) del TUI (Testo unico sull’immigrazione, d.lgs. 286/1998), prevedendo un potere di interdizione all’ingresso di navi civili in capo al Ministro dell’interno, che può esercitarlo quando sussistano motivi di ordine pubblico o di sicurezza, o “quando si concretizzano le

Coordination Centre) dell’operazione TRITON (..).”.

condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982”: in sostanza, non si fa che esplicitare a livello normativo un potere che, nella prassi dei mesi precedenti, il Ministro aveva già esercitato, negando sistematicamente il permesso di fare ingresso nelle acque territoriali alle navi delle ONG. La formulazione dei presupposti per l'esercizio del potere di negare l'ingresso sono ricavati facendo riferimento a quanto disposto dalla Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare, e nella norma approvata dal Parlamento, dopo che rispetto alla versione originaria del decreto erano state sollevate forti censure di illegittimità rispetto al dovere di soccorso invocato dalle ONG, si ha cura di precisare che l'attribuzione ministeriale deve essere esercitata “nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia”.

La novità più significativa riguarda l'apparato sanzionatorio introdotto a corredo del nuovo divieto. Il Governo decide di non ricorrere, nei casi di inottemperanza, allo strumento della sanzione penale (peraltro, invece, sistematicamente utilizzata per le infrazioni alle disposizioni del TUI), che presupponendo l'attivazione dell'autorità giudiziaria, avrebbe sottratto all'autorità amministrativa il potere di applicare la sanzione. La comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo elevatissimo (sino a 1 milione di euro), accompagnata dalla previsione di sequestro e confisca obbligatoria (sempre in via amministrativa), attribuisce all'autorità amministrativa (i prefetti e dunque, in via gerarchica, il Ministro dell'interno) la potestà sanzionatoria, e rende solo successivo ed eventuale l'intervento dell'autorità giudiziaria: l'efficacia e la prontezza della sanzione amministrativa vengono preferite alla sanzione penale, la cui maggiore efficacia stigmatizzante viene evidentemente ritenuta subvalente rispetto alla maggiore “maneggevolezza” del sistema sanzionatorio amministrativo. In termini più prosaici: se il sequestro e la confisca della nave, che sono il vero obiettivo dell'intervento normativo, sono nelle mani del giudice penale, è molto improbabile che vengano disposte rispetto alle navi dei soccorritori, che agiscono in conformità al diritto internazionale del mare; se invece a decidere sono i prefetti, la misura ablativa può intanto essere eseguita, e se mai saranno le ONG a doverne fare valere l'illegittimità davanti all'autorità giudiziaria.

1.3. Il cd. Decreto Lamorgese del 2020. – Poche settimane dopo la conversione in legge del decreto, il Governo Conte 1 viene sostituito dal Conte 2, che, a seguito del cambiamento della maggioranza politica che lo sostiene, muta atteggiamento nei confronti delle ONG, con la conseguenza che il nuovo Ministro dell'interno Lamorgese non esercita in alcuna occasione il potere di interdizione all'ingresso attribuitole dalla nuova normativa, che tuttavia rimane in vigore sino all'autunno del 2020, quando viene abrogata dal cd. decreto Lamorgese (d.l. 21.10.2020, n. 130, conv. in l. 18.12.2020, n. 173).

L'intervento riformatore deve tenere conto dei delicati equilibri della nuova maggioranza M5S-PD riguardo al tema in esame, e dunque all'abrogazione del decreto Salvini-bis, ritenuta politicamente irrinunciabile dal PD, si accompagna l'introduzione di una nuova disciplina, che a ben vedere non si distanzia poi molto da quella precedente.

Infatti, se il co. 1 dell'art. 1 del decreto Lamorgese procede appunto all'abrogazione delle norme introdotte nel 2019, il co. 2 del medesimo art. 1, riproduce in buona sostanza la disciplina abrogata, disponendo che "fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale": le sole differenze rispetto alla norma abrogata sono che non vi è più il richiamo all'art. 19 § 2 della Convenzione di Montego Bay, cui invece si fa ora rinvio con una clausola di portata generale, che comunque ricomprende logicamente anche il precedente riferimento esplicito all'art. 19, e che il divieto riguarda ora solo il transito e la sosta, e non più l'ingresso nelle acque territoriali.

Una modifica più significativa parrebbe rinvenirsi nel periodo successivo della norma, ove è previsto che "le disposizioni del presente comma non trovano comunque applicazione nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146". E tuttavia, basta una lettura appena più attenta della norma per osservare che in concreto l'eventualità di disporre un divieto di ingresso si prospetterà solo qualora la nave dei soccorritori non abbia agito in adempimento delle indicazioni fornitele dalla Guardia costiera italiana, salvo in caso contrario immaginare l'assurdo di una nave che esegua quanto richiestole dall'autorità italiana, e si veda dalla stessa autorità negato il permesso di transitare o sostare nelle acque nazionali: e ciò dovrebbe bastare per ritenere questa parte della norma (tanto enfaticizzata sui media, sia da parte dei sostenitori che dei detrattori della riforma) niente altro che un *flatus voci*, posto che se vi è stato il rispetto delle indicazioni dell'autorità italiana, neanche ha senso porsi il problema della possibilità di emanare un divieto di transito o di sosta.

Più significative risultano le modifiche all'apparato sanzionatorio. Al posto delle elevatissime sanzioni amministrative previste dalla normativa abrogata, il terzo periodo della norma dispone che "si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione³ e la

³ Art. 1102 cod. nav., *Navigazione in zone vietate*: "Fuori dei casi previsti nell'articolo 260 del codice penale, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a lire un milione: 1) il comandante della nave o del galleggiante, nazionali o stranieri, che non osserva il divieto o il limite di navigazione stabiliti

multa è da euro 10.000 ad euro 50.000". Da illecito amministrativo, la violazione del divieto diventa dunque un delitto, punito con pena cumulativa della reclusione (sino a due anni) e della multa (di importo assai elevato considerando la dosimetria sanzionatoria del nostro legislatore penale). Una riforma che ha l'esplicito e rivendicato scopo di "ammorbidire" il trattamento sanzionatorio nei confronti delle ONG vede quindi il passaggio dall'illecito amministrativo all'illecito penale (punito anche con pena detentiva): un dato perlomeno curioso, sul quale avremo modo di tornare nel prosieguo di queste note.

2. Il contenuto del decreto oggi in sede di conversione. – Il decreto-legge qui in commento interviene sulla disposizione del decreto Lamorgese appena analizzata sopra, lasciando inalterato il primo periodo della norma (dove, come visto appena sopra, è previsto il potere del Ministro dell'interno di vietare il transito e la sosta nelle acque nazionali per motivi di ordine e sicurezza pubblica), e abrogando invece il secondo periodo (relativo alla non applicabilità del divieto nelle ipotesi di operazioni compiute nel rispetto delle indicazioni dell'autorità) e il terzo (contenente l'apparato sanzionatorio).

In luogo del secondo periodo vengono introdotti due nuovi commi. Il co. 2-bis prevede che "Le disposizioni del comma 2 non si applicano nelle ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità si svolge l'evento e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni delle predette autorità, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146. Ai fini del presente comma devono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni: a) la nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare opera in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera ed è in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione; b) sono state avviate tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità; c) è stata richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco; d) il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità è raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso; e) sono fornite alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane, ovvero, nel caso di assegnazione del porto di sbarco, alle autorità di pubblica sicurezza, le informazioni

nell'articolo 83; 2) il comandante dell'aeromobile nazionale o straniero, che viola il divieto di sorvolo stabilito nell'art. 793".

richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere; f) le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non hanno concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco".

Il co. 2-ter regola poi le ipotesi di pericolo per l'incolumità dei naufraghi, prevedendo che "il transito e la sosta di navi nel mare territoriale sono comunque garantiti ai soli fini di assicurare il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità, fatta salva, in caso di violazione del provvedimento adottato ai sensi del comma 2, l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2-quater e 2-quinquies".

I commi da 2-quater a 2-septies contengono infine la nuova e assai articolata disciplina sanzionatoria. In sintesi, per il comandante che violi il divieto disposto ai sensi del co. 2 è prevista la sanzione amministrativa da 10.000 a 50.000 euro, e la sanzione accessoria del fermo amministrativo per due mesi dell'imbarcazione utilizzata per commettere la violazione, con nomina come custode dell'armatore che fa cessare la navigazione e provvede alla custodia della nave a proprie spese; in casi di reiterazione della violazione commessa con l'uso della medesima imbarcazione, si applica la sanzione amministrativa accessoria della confisca, previo sequestro cautelare del natante. Fuori dei casi di adozione del divieto di cui al co. 2, quando il comandante o l'armatore non fornisce le informazioni richieste dall'autorità competente o non si uniforma alle indicazioni della stessa, si applica la sanzione amministrativa da 2.000 a 10.000 euro, con fermo amministrativo della nave per 20 giorni (il fermo è di due mesi in caso di reiterazione della violazione, mentre è prevista la confisca in caso di ulteriore reiterazione).

Il decreto attualmente in fase di conversione presenta dunque profili di novità sotto due aspetti, che andremo ora ad analizzare nel dettaglio: quello del suo contenuto precettivo, e quello del suo apparato sanzionatorio.

3. Le novità sotto il profilo del contenuto precettivo.

3.1. Premessa. – Per quanto riguarda il primo profilo, la prima considerazione che appare evidente, alla luce di una valutazione diacronica delle diverse forme di regolamentazione delle attività delle ONG succedutesi negli ultimi anni, è quella di una continuità teleologica tra le stesse, tutte ispirate da una sostanziale diffidenza nei confronti degli operatori umanitari. La volontà di ostacolare l'operato delle ONG è esplicitamente posta a fondamento degli interventi del 2017 e del 2019, ma non viene meno neppure con l'intervento del 2020, che non rappresenta altro che un *maquillage* ad uso comunicativo della normativa dell'anno precedente, e torna ad essere politicamente rivendicata in relazione al decreto qui in esame.

La novità rappresentata da tale decreto è quella di operare una sintesi tra l'approccio del 2017 e quello del 2019 e del 2020. Come abbiamo appena visto sopra, nel 2017 si era deciso di formulare una serie di precise indicazioni cui le ONG dovevano attenersi nello svolgimento della loro attività, senza tuttavia stabilire normativamente

alcuna conseguenza nell'ipotesi in cui tali indicazioni non venissero rispettate; nel 2019 e nel 2020 si era invece optato per attribuire con fonte di rango primario al Ministro dell'interno il potere di vietare il transito o la sosta delle navi ONG, prevedendo una sanzione qualora il divieto venisse violato, ma non erano state indicate in modo puntuale le condotte delle ONG che legittimavano l'emissione di un tale divieto. Ora il decreto da un lato ribadisce tale potere del Ministro dell'interno e l'applicazione di sanzioni in caso di violazione degli ordini impartiti dall'autorità competente, ma dall'altro indica anche con precisione alcune condotte delle ONG che legittimano l'esercizio di tale potere. La tecnica normativa è inutilmente contorta, in quanto il nuovo co. 2-bis prima stabilisce che il divieto di transito e sosta non può essere applicato quando siano state rispettate le indicazioni dell'autorità, e poi fissa le condizioni cumulative cui è subordinata tale inapplicabilità: in concreto, ciò equivale a indicare le ipotesi in cui il divieto può essere emesso. Non si tratta in verità di un'elencazione tassativa, in quanto il divieto può essere comunque disposto ogniqualvolta non siano rispettate le indicazioni fornite dall'autorità, anche se diverse da quelle indicate in maniera espressa dalla norma. Il reale significato della riforma è quindi quello di individuare alcune condizioni, tra le molteplici che possono legittimare il potere di interdizione del Ministro dell'interno, che si pongono come presupposti cumulativi di legittimità dell'operato delle ONG: una sorta quindi di mini-codice di condotta, questa volta però dotato di un significativo apparato sanzionatorio.

Se poi si vanno ad analizzare nel merito le singole condizioni poste dalla norma, si può constatare che si tratta in alcuni casi di condizioni già pacificamente soddisfatte nell'operato concreto delle ONG SAR, in altri di condizioni formulate in maniera così generica, da potersi comunque interpretare nel senso di ritenerle compatibili con le pratiche normalmente attuate; ma non mancano anche condizioni che possono avere un impatto pratico significativo sul sistema di gestione dei soccorsi attualmente praticato dalle ONG.

Ma analizziamo ora singolarmente le singole condizioni previste in via cumulativa dal decreto.

3.2. Le singole condizioni individuate dal decreto. – A) La prima (la verifica che le navi operino “in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera” e siano “in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione”) non fa altro che ribadire l'ovvio. È pacifico, infatti, che le navi delle ONG (come tutte le altre navi, verrebbe da ricordare) possono operare solo se sono dotate di autorizzazione o abilitazione dello Stato di bandiera, e sono in possesso dei requisiti tecnici richiesti per l'attività che svolgono: è una condizione talmente generica, da non avere alcun reale contenuto innovativo. Se mai, come noto, il problema che si è posto negli ultimi anni riguardo alle abilitazioni delle navi delle ONG straniere concerneva i poteri dello Stato del porto (cioè nel nostro caso l'Italia) di operare verifiche speciali per le navi che svolgevano attività SAR, anche se di bandiera straniera; questione complessa,

su cui è di recente intervenuta la Corte di giustizia UE⁴ (su rinvio pregiudiziale del TAR Sicilia), e sulla cui soluzione ovviamente non è in alcun modo in grado di incidere l'intervento in esame.

B) La seconda condizione, relativa al tempestivo avvio delle “iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità”, rientra invece tra le condizioni formulate in modo estremamente generico, al punto che il suo significato risulterebbe oscuro se non si tenesse conto del dibattito politico che ha accompagnato l'approvazione del decreto.

Tra i punti su cui il Governo aveva dichiarato di voler intervenire, vi era quello relativo alla competenza dello Stato di bandiera della nave soccorritrice piuttosto che di quello di primo approdo per la raccolta e la valutazione delle domande di protezione internazionale eventualmente presentate dai naufraghi. Secondo la prospettazione di diversi esponenti del Governo, il fatto che le navi delle ONG battano bandiera straniera faceva sì che fosse lo Stato di bandiera (nella maggior parte dei casi, la Germania), e non l'Italia, a doversi fare carico della raccolta delle richieste, in quanto la nave è una porzione di territorio dello Stato di cui porta la bandiera, che sarebbe quindi il vero Stato di primo approdo dei naufraghi. Si tratta di una tesi giuridicamente bizzarra a parere degli internazionalisti che si sono espressi sul punto⁵, che non hanno anche mancato di sottolineare che, qualora venisse effettivamente applicata, potrebbe produrre conseguenze di sicuro non previste dai suoi sostenitori, come quella di dover ritenere che chiunque, in qualsiasi parte del mondo, salga a bordo di una nave con bandiera italiana, potrebbe presentare domanda di protezione internazionale ed avrebbe il diritto di essere accolto in Italia per la valutazione della propria domanda.

Al momento di formulare in termini normativi l'obiettivo politico appena indicato, i redattori della norma si sono evidentemente resi conto della sua irrealizzabilità, posto che si tratterebbe in sostanza di imporre ad un pubblico ufficiale di uno Stato terzo – il capitano della nave battente bandiera straniera – di esercitare il potere di raccogliere formalmente le richieste di protezione internazionale: potere la cui attribuzione invece, come appare ovvio, è di competenza della legislazione dello Stato di bandiera, che a sua volta dovrà conformarsi alla pertinente normativa internazionale e regionale (nel caso di bandiera dell'Unione, il diritto europeo in materia di formalizzazione della richiesta di protezione). È in effetti arduo pensare che la legge italiana possa attribuire ad un capitano, ad esempio tedesco, di esercitare la funzione (ovviamente regolata dalla legge tedesca) di organo idoneo alla raccolta delle richieste di protezione internazionale, così da fondare la competenza dello Stato di bandiera per la valutazione delle domande.

⁴ Corte di giustizia UE, 1 agosto 2022, C-14/21 e C-15/21, *Seawatch*.

⁵ Ci riferiamo in particolare all'intervento della prof.ssa Francesca De Vittor nell'ambito dell'audizione informale del 17 gennaio 2023 presso le competenti Commissioni Camera; per un'analisi dei profili di frizione del decreto con il diritto internazionale, cfr. anche A. DI FLORIO, [L'influenza del diritto europeo ed internazionale sui diritti fondamentali dei migranti: a proposito del d.l. 1/2023](#), in *Quest. giust.*, 6.2.2023.

Se allora nei talk-show o sui giornali si può discutere di questa ipotesi come di un'ipotesi seria, il *drafting* normativo impone di venire a patti con la realtà, e la norma si limita a richiedere ai capitani delle navi di "informare" le persone soccorse e di "raccolgere i dati rilevanti da mettere a disposizione della autorità". Due condotte che all'evidenza non sono idonee a fondare la responsabilità dello Stato di bandiera per la raccolta e la valutazione delle domande di protezione; responsabilità che dunque rimane in capo all'Italia, come Stato di primo ingresso in Europa degli eventuali richiedenti protezione. Se mai si vorrà cambiare tale sistema, sarà necessario lavorare in sede europea per una modifica dell'attuale disciplina in materia; ma certo non può essere una legge italiana ad attribuire ad un organo di uno Stato terzo un potere (quello di raccogliere in modo formale le domande di asilo) che la legge di quello Stato non gli riconosce!

Rimane infine da sottolineare che le attività indicate nel decreto (informazione e raccolta dati) sono già di prassi tenute da molte delle ONG operanti in ambito SAR. Quando la nave ha dimensioni che permettono la presenza a bordo di interpreti e/o mediatori culturali, e quando lo consentono le condizioni del mare e del numero di naufraghi presenti, già oggi le linee-guida seguite dalle ONG prevedono l'illustrazione delle forme di protezione cui i naufraghi possono avere accesso, una volta sbarcati, in ragione della nazionalità di provenienza e di eventuali esigenze personali di protezione; e già ora è prassi delle ONG segnalare all'autorità di polizia di frontiera la presenza di casi da cui emergano particolari fattori di vulnerabilità.

L'informazione e la raccolta dei dati non sempre però è possibile, in quanto diverse delle imbarcazioni coinvolte nelle attività SAR non hanno spazi adeguati per una informazione adeguata in materia di protezione internazionale, che necessita dello svolgimento di colloqui personali e riservati. La nuova disposizione non può allora che venire interpretata alla luce del generale principio dell'*ad impossibilia nemo tenetur*: se le navi delle ONG hanno, secondo il diritto applicabile, i requisiti per svolgere attività di soccorso, ma non hanno strutture idonee e condizioni logistiche e di personale tali da poter garantire lo svolgimento di una seria informativa sulla protezione internazionale, non può essere loro contestato ciò che risulta materialmente impossibile.

L'esito di tale condizione, per concludere, è quello di sottolineare, in modo tutto sommato condivisibile, l'opportunità di fornire ove possibile una pronta ed adeguata informazione ai naufraghi della possibilità di chiedere il riconoscimento di qualche forma di protezione internazionale, condizione che non dovrebbe creare problemi alle ONG oggi attive in ambito SAR, considerata l'attuale *policy* delle stesse riguardo l'informativa sulla protezione. Nulla a che vedere con la competenza in materia di raccolta formale e presa in carico delle domande di protezione, che non può che rimanere in capo allo Stato italiano; e nulla ci pare di particolarmente dirompente sulla prassi attualmente in vigore.

C-D) La terza e quarta condizione vanno lette congiuntamente, in quanto disciplinano l'attribuzione del POS (*place of safety*) e le modalità del suo raggiungimento: la nuova norma prevede che deve essere "richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco, e "il porto di sbarco assegnato dalle competenti

autorità (deve essere) raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso".

Anche in questo caso, il senso della disposizione si comprende alla luce del dibattito che ne aveva preceduto l'approvazione. La nuova normativa si prefiggeva di contrastare la prassi, spesso seguita dalle navi di maggiori dimensioni, di non rientrare subito in porto dopo l'effettuazione di un primo soccorso, se la disponibilità di spazio sulla nave era ancora ampia, attendendo in acque internazionali per qualche giorno eventuali ulteriori richieste di intervento. Il divieto di soccorsi multipli: era questo lo slogan che sui media sintetizzava uno degli obiettivi fondamentali del decreto.

In realtà, dalla lettura della norma, non si evince affatto che le navi, una volta operato un primo soccorso, non possano operare ulteriori operazioni SAR, qualora risultino situazioni di pericolo che richiedono il loro intervento. La disposizione chiede di recarsi "senza ritardo" verso il posto assegnato, ma in alcun modo prescrive di violare la normativa SAR, e di non intervenire se durante la traversata di ritorno vengano segnalati casi di *distress*.

L'opposta lettura, per cui la nuova norma vieterebbe di operare soccorsi multipli, è stata tuttavia portata all'attenzione della pubblica opinione nella nota inviata al Ministro dell'interno Piantedosi dalla Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa Dunja Mijatović del 26 gennaio, ove si afferma che "this provision risks being applied in such a way that it could prevent effective search and rescue by NGO vessels. As has already happened in practice, the provision prevents NGOs from carrying out multiple rescues at sea, forcing them to ignore other distress calls in the area if they already have rescued persons on board, even when they still have capacity to carry out another rescue. By complying with this provision, NGOs' shipmasters would in fact fail to fulfill their rescue duties under international law"⁶.

La nota della Commissaria – che peraltro presenta molteplici profili di grande interesse, su cui torneremo oltre – sul punto non pare cogliere esattamente nel segno. Se è vero che nel dibattito pubblico intorno alle ONG il Governo ha a più riprese sostenuto di voler impedire i soccorsi multipli, il decreto non contiene affatto un tale divieto. Il testo della Commissaria si esprime in verità in termini dubitativi circa la possibilità che la norma venga interpretata nel senso di impedire i soccorsi multipli, ma ci pare comunque una preoccupazione poco fondata, considerato il tenore letterale della disposizione. Ritenere che la prescrizione di "raggiungere senza ritardo" il porto assegnato debba venire interpretata come un'imposizione al capitano di violare il diritto internazionale del mare e di non operare altri soccorsi, ci pare una forzatura della semantica della norma, poco compatibile con una sua ragionevole interpretazione letterale e sistematica.

Ha allora buon gioco il rappresentante del Governo italiano presso il Consiglio d'Europa, nell'informativa fornita il 1 febbraio, a replicare sul punto alla Commissaria,

⁶ Non aggiunge molto al riguardo il più articolato parere reso dall'*Expert Council on ONG LAW* in data 30 gennaio (*Opinion on the compatibility with European standards of Italian Decree Law. N. 1 of 2 January 2023 on the management of migration flows*), che al riguardo si limita a sostenere che "*Decree Law n. 1/2023 has the effect of prohibiting vessels from carrying out more than one rescue mission prior to returning to port*".

ricordando che “le nuove disposizioni non impediscono alle ONG di effettuare interventi multipli in mare, né, meno che mai, le obbligano ad ignorare eventuali ulteriori richieste di soccorso nell’area, qualora già abbiano preso a bordo delle persone”. E del resto, nel primo caso in cui, dopo l’entrata in vigore del decreto, una nave ONG ha operato soccorsi multipli (la Geo Barents, di MSF), il prefetto territorialmente competente per l’applicazione delle sanzioni previste dalla nuova normativa in caso di violazione del decreto (il prefetto di La Spezia, dove la nave aveva ricevuto l’ordine di sbarcare i soccorsi) non ha applicato alcuna sanzione, e la nave, una volta sbarcati i naufraghi, ha potuto riprendere senza indugi la propria attività SAR. È pur vero che al momento in cui si scrivono queste note non sono ancora decorsi i termini per un’eventuale attivazione della potestà sanzionatoria, e da notizie di stampa il Viminale avrebbe fatto trapelare che la decisione se applicare o meno sanzioni è ancora *sub iudice*. Tuttavia, dopo la formale presa di posizione del Governo in sede di Consiglio d’Europa, ove si esclude che il decreto vieti i soccorsi multipli, ci pare davvero improbabile che un’articolazione periferica dello stesso Governo arrivi ad applicare una sanzione perché, dopo il primo soccorso, si è dato seguito alle richieste di soccorso pervenute nel frattempo.

Piuttosto, l’aver concentrato l’attenzione sul divieto di soccorsi multipli (di cui tanto si è parlato a livello mediatico, ma che nel decreto non c’è), non deve distogliere l’attenzione da quello che rappresenta il vero nodo problematico della nuova disciplina, che viene in evidenza proseguendo nella lettura della risposta del Governo italiano alla Commissaria. Appena dopo avere a ragione negato che il decreto contenga un divieto di soccorsi multipli, il Governo esplicita che “ciò che la nuova norma intende evitare è, piuttosto, la sistematica attività di recupero dei migranti nelle acque antistanti le coste libiche o tunisine, al fine di condurli esclusivamente in Italia, senza alcuna forma di coordinamento. Tale *modus operandi* diffuso tra le ONG, si pone al di fuori delle fattispecie previste dalle Convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare; inoltre, ingenerando nei trafficanti di essere umani l’aspettativa di sicuro ed immediato intervento appena al largo della aree di partenza, ha finito con il determinare – a prescindere dalle intenzioni delle ONG – una modulazione del modello criminale che precede l’impiego di imbarcazioni inadeguate (sic) alla navigazione in alto mare che, se per un verso garantiscono maggiori guadagni alle organizzazioni criminali, per altro verso, innalzano sensibilmente l’esposizione a rischio dei migranti”.

La vera portata innovativa della condizione del “raggiungere senza ritardo” il porto di destinazione sta proprio in questo. La prassi seguita in questi anni dalle imbarcazioni di grandi dimensioni, quando il primo soccorso operato avesse coinvolto un numero di naufraghi lontano dall’esaurire le capacità ricettive della nave, e le condizioni del mare fossero favorevoli, era quella di attendere in acque internazionali alcuni giorni, nell’eventualità di riscontrare o di ricevere notizia di altri eventi SAR sui quali intervenire, prima di fare rotta verso la terraferma per sbarcare i naufraghi soccorsi nelle diverse operazioni. Ora il decreto, imponendo di chiedere il porto di sbarco appena effettuato il primo soccorso, e di recarsi “senza ritardo” verso tale destinazione, sembra effettivamente rendere illegittimo tale *modus operandi*.

Tale divieto ha un contenuto ben diverso da quel divieto di soccorsi multipli, di qui tanto si è discusso, ma che nel decreto non c'è. Un conto infatti è vietare alla nave che abbia operato un primo soccorso di effettuarne altri: un tale divieto sarebbe in palese violazione del diritto internazionale del mare, e non è mai stato scritto nel decreto (che altrimenti, ci permettiamo di immaginare, difficilmente avrebbe superato il primo vaglio di costituzionalità ad opera del Presidente della Repubblica). Altro invece è vietare alla nave, dopo il primo soccorso, di rimanere in alto mare, nell'eventualità che si verifichino altre situazioni che richiedono il suo intervento, ma senza avere ricevuto alcuna chiamata di soccorso.

Qui, come noto, il diritto internazionale non fornisce coordinate altrettanto sicure, perché il quesito è inedito. Il sistema convenzionale di regolazione dei soccorsi in mare è stato costruito intorno al presupposto che siano gli Stati costieri a farsi carico delle operazioni di salvataggio, e ad assicurare la sicurezza della navigazione nelle zone SAR di rispettiva competenza, e non regola in maniera espressa l'intervento di soggetti privati che agiscano in maniera sistematica in ambito SAR, specie se l'intervento ha caratteristiche umanitarie e trova l'opposizione politica di uno Stato costiero importante come l'Italia. La presenza di privati nel sistema dei soccorsi in mare, in sé, non rappresenta alcun inedito: si pensi alla gestione della sicurezza delle piattaforme in alto mare, che è tradizionalmente gestita in totale autonomia dalle compagnie private proprietarie degli impianti. La peculiarità è che nel caso delle ONG il contesto politico che ben conosciamo ha portato ad un aspro e prolungato conflitto (questo sì inedito) tra una *civil fleet* di navi umanitarie, che intervengono in supplenza delle autorità statali che in questi anni non hanno impedito la morte di migliaia di persone nel Mediterraneo centrale, e le autorità di uno Stato costiero, che ritengono la presenza di tali navi un *pull factor* delle partenze dal Nord Africa (come non manca di ribadire il Governo nel passaggio citato sopra) e intendono limitarne le capacità di intervento. Lo Stato costiero può disciplinare le attività SAR svolte da privati in acque internazionali, comminando pesanti sanzioni qualora attracchi in Italia una nave che, dopo il primo soccorso, non si è recata "senza ritardo" verso il porto di destinazione, ma ha atteso in alto mare eventuali ulteriori casi che avrebbero potuto richiedere il suo intervento?

Nel diritto internazionale una risposta univoca a tale interrogativo non c'è, e la risposta è dunque da ricavare dai principi generali che regolano il diritto internazionale (consuetudinario e soprattutto pattizio) in materia SAR, che come noto mette al centro del sistema l'obiettivo della massima tutela della vita in mare. Può ritenersi che una misura, che ha come obiettivo dichiarato quello di "evitare la sistematica attività di recupero dei migranti", possa ritenersi compatibile se non con la lettera, almeno con i principi ispiratori del diritto del mare, che sin dai tempi dell'antichità ha sempre posto il valore della vita in mare al di sopra di qualsiasi altro interesse, al punto da richiedere il dovere di salvare dalle acque anche il nemico sconfitto in battaglia? Sino a che punto invocare la tutela dei confini e della sicurezza può essere sufficiente a giustificare una previsione che non ha altro scopo, che quello di ridurre la presenza di navi soccorritrici in uno dei tratti di mare ove nel mondo è più alto il rischio di naufragi e di morti?

Bisognerà attendere le prossime settimane per verificare se tali questioni saranno o meno oggetto di effettiva controversia, e se tale controversia si svilupperà in sede

politica e/o giudiziaria. Le cronache di queste settimane (prima settimana di febbraio) non hanno riferito ipotesi riconducibili allo scenario che stiamo ipotizzando, cioè di una nave che, operato un primo soccorso, e senza avere ricevuto alcuna richiesta di intervento, decida di non dirigersi verso il porto assegnato, ma di rimanere in attività SAR in acque internazionali. I casi riferiti sono di imbarcazioni che, operato il primo soccorso e ottenuta l'indicazione del POS, si dirigono verso la destinazione, intervenendo soltanto se, durante la navigazione di rientro, vi siano segnalazioni di casi ove è opportuno l'intervento della nave soccorritrice.

In effetti, la pratica di sostare in acque internazionali dopo il primo o i primi soccorsi è senz'altro stata praticata in passato, ma per lo più dalle navi di grandi dimensioni, e comunque per periodi molto limitati (pochi giorni); ma non è da escludere, visto il poco tempo trascorso dall'emanazione del decreto (pubblicato sulla GU del 2 gennaio), che la circostanza per cui non si siano sinora realizzati casi del genere dipenda da specifiche contingenze operative, e in futuro si verifichino casi di attesa dopo il primo soccorso, che potrebbero configurare una violazione della condizione del rientro "senza ritardo" introdotta dal decreto.

Se la questione giungerà o meno all'attenzione dell'autorità giudiziaria, e vi sarà dunque occasione di far valutare da un giudice la legittimità della nuova disciplina e i suoi esatti confini applicativi, dipenderà in primo luogo dalla scelta delle diverse ONG che operano in mare. Se aderiranno all'interpretazione della norma per cui tale prassi è da ritenere vietata, e dopo il primo soccorso è necessario intraprendere subito il viaggio di ritorno (fatta salva l'ovvia legittimità di ulteriori soccorsi, operati in seguito a segnalazioni di eventi SAR), la nuova norma sul rientro senza ritardo avrà raggiunto il suo effetto, riducendo la capacità operativa delle navi umanitarie. Sarebbe un caso esemplare di *chilling effect*, per riprendere la nota espressione con cui si indicano gli effetti di una pratica non espressamente vietata dalla legge (come non lo è quella di cui stiamo discutendo), e che tuttavia si rinuncia ad esercitare nel timore che essa possa comportare gravi conseguenze legali.

Qualora invece una o alcune delle ONG riprendessero le pratiche del passato, ritenendo che il nuovo divieto debba cedere il passo al principio generale della liceità delle operazioni di soccorso, e qualora in tale evenienza l'autorità amministrativa competente (cioè il prefetto del luogo di approdo della nave) decidesse di esercitare il proprio potere sanzionatorio, l'eventuale (ma alquanto probabile...) giudizio di impugnazione della sanzione da parte del capitano della nave e della ONG costituirebbe il primo momento di possibile coinvolgimento nella controversia dell'autorità giudiziaria.

Ciò che interessa sottolineare, per concludere sul punto, è come l'aver orientato il dibattito pubblico verso un obiettivo (il divieto di soccorsi multipli) evidentemente impossibile da realizzare, perché in palese contrasto con il diritto internazionale, e del resto assente nel testo del provvedimento, ha permesso al Governo di fare passare quasi sotto traccia quella che è la vera novità del decreto, e cioè il divieto di stazionamento in acque internazionali dopo il primo soccorso, che introduce un ostacolo di non poco conto alla migliore operatività delle ONG. Sarebbe davvero un magro risultato se, in sede di conversione, per venire incontro alle osservazioni della Commissione del Consiglio

d'Europa, si specificasse che i soccorsi multipli non sono vietati, quando già una lettura obiettiva della norma attuale conduce a tale risultato, e passassero invece sotto silenzio le vere conseguenze della riforma; ma la qualità del nostro dibattito pubblico rende difficile sperare che si possa andare oltre il mero ripetersi di slogan, e sia possibile confrontarsi con la realtà dei problemi e del dato normativo di cui si pretende di dibattere.

E) La quinta condizione è di modestissimo impatto. Il decreto prevede di fornire alle autorità "le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere". La disposizione riecheggia alcune delle prescrizioni indicate nel Codice di condotta del 2017, dove in realtà il Governo si era spinto ben oltre l'attuale disposizione, sino a richiedere alle ONG "l'impegno a ricevere a bordo, eventualmente e per il tempo strettamente necessario, su richiesta delle Autorità italiane competenti, funzionari di polizia giudiziaria affinché questi possano raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani" (impegno n. 10 del Codice di condotta). L'odierno decreto è molto più *soft*, ma va nella medesima direzione di intimare alle ONG di collaborare nella ricostruzione della dinamica delle operazioni di soccorso.

Viene da chiedersi perché il decreto-legge senta la necessità di ribadire un dovere che è già ovvio ai sensi delle norme generali che impongono di collaborare con le autorità competenti a chiunque abbia assistito ad un fatto su cui sono in corso indagini penali. Già prima dell'emanazione del decreto, il personale delle ONG, se sentito in qualità di persona informata dei fatti dall'autorità giudiziaria o di polizia, doveva riferire tutte le informazioni rilevanti in suo possesso ai fini dell'accertamento di fatti penalmente rilevanti, come chiunque venga sentito da una di tali autorità.

In realtà, il messaggio che la clausola intende veicolare è che le ONG agiscono in modo poco chiaro e non vogliono realmente collaborare con le autorità, e nei talk-show una disposizione del genere permette di affermare che finalmente da oggi le ONG dovranno collaborare con la polizia; tanto nessuno farà notare che tale dovere di collaborazione già esiste, e non vale per il personale delle ONG, ma per chiunque..., né risulterà interessante notare come, dopo anni ormai in cui si parla di questi temi, non sia mai emersa alcuna vicenda in cui le ONG siano indagate per avere omesso informazioni o fornito indicazioni non veritiere alle autorità italiane. Sono dettagli noiosi, che in un dibattito televisivo farebbero solo sbadigliare il pubblico, mentre lo slogan "ora non potranno più nascondere le prove alla polizia" ha tutt'altro impatto.

Una norma quindi scritta per poter declamare che ora le cose devono cambiare, anche se in realtà da un punto di vista normativo non cambia nulla. Come tutte le norme declamatorie, è una norma un po' fastidiosa, specie alla luce del pregiudizio anti-ONG che surrettiziamente vuole veicolare, ma è anche una norma sostanzialmente inutile, che non ci pare in buona sostanza dotata di alcuna capacità innovativa della normativa vigente.

F) La sesta ed ultima condizione riguarda il fatto che "le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non (abbiano) concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco".

Si tratta della condizione di cui è più difficile comprendere non solo la reale portata novatrice, ma anche gli scopi cui negli intendimenti del legislatore era mirata. La seconda parte della condizione (cioè non realizzare attività SAR che possa “impedire di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco”) è esattamente sovrapponibile a quella di cui alla lettera D già analizzata sopra (l’aver raggiunto “senza ritardo” il porto di sbarco); ci pare operazione troppo ardua intravedere una differenza contenutistica tra il “tempestivamente” e il “senza ritardo”, quindi le due condizioni prescrivono la stessa condotta materiale, vietando alla navi di fermarsi in acque internazionali, dopo aver operato un primo soccorso.

La prima parte della disposizione, poi, ci pare da ascrivere al nutrito novero di quelle condizioni formulate in modo così generico, da risultare priva di reale portata innovativa. Le “modalità di ricerca e soccorso” non devono “concorrere a creare situazioni di pericolo a bordo”: difficile immaginare una disposizione dal contenuto così generico e così inutile, posto che i doveri dei diversi soggetti garanti della sicurezza della navigazione sono stabiliti puntualmente in una serie di norme (penali e extra-penali), che concorrono a delineare la responsabilità di armatore e capitano ben più della generica prescrizione di non creare pericolo a bordo.

Se, ancora una volta, si allarga lo sguardo al dibattito intorno al decreto, vi era in realtà un’altra modalità di gestione dei soccorsi da parte delle ONG, che era stata particolarmente presa di mira dagli esponenti del Governo, e che forse era in qualche modo la condotta che la nuova disposizione avrebbe mirato a vietare. Facciamo riferimento alla pratica del *transshipment*, cioè dell’intervento sulla scena di navi più piccole e veloci, e quindi più efficienti nelle prime fasi di soccorso, che tuttavia per le loro dimensioni e l’elevato numero di naufraghi in molti casi solo con grande difficoltà sarebbero riuscite a portare in Italia tutti coloro che avevano soccorso, e li trasferivano allora su altre imbarcazioni più grandi di altre o della medesima ONG, riprendendo l’operatività senza rientrare in porto. Una pratica che, conviene ricordarlo, era stata espressamente vietata dal Codice di condotta del 2017 (cfr. *supra*, punto n. 7), e che per i primi anni dall’entrata in vigore del Codice stesso era stata effettivamente abbandonata dalle ONG, salvo negli ultimi mesi essere ripresa, senza che dalle autorità italiane sia pervenuta alcuna osservazione nei confronti degli autori dei trasbordi.

In realtà, come nel caso del presunto divieto di soccorsi multipli, dal testo approvato dal Governo non si evince alcuna espressa indicazione in tal senso, ed anzi ci pare davvero difficile fare discendere il divieto di trasbordo dei naufraghi dall’obbligo di non creare situazioni di pericolo a bordo. Ma anche in questo caso, non rimane che attendere i prossimi mesi per valutare in primo luogo se la pratica del *transshipment* verrà nuovamente utilizzata dalle ONG, e, in caso positivo, se e su quali basi l’autorità amministrativa riterrà di esercitare la potestà sanzionatoria attribuitale dal decreto.

3.3. La garanzia del soccorso e dell’assistenza a terra a tutela dell’incolumità. –

La parte precettiva del decreto si conclude con l’art. 2-ter, per cui, fatta salva l’applicazione delle nuove sanzioni in caso di violazione degli ordini dell’autorità, “il transito e la sosta di navi nel mare territoriale sono comunque garantiti ai soli fini di

assicurare il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità".

Si tratta di una disposizione importante, che parrebbe escludere in futuro il ripetersi di vicende come quella di Catania di ottobre dello scorso anno, quando era stato dato il via alla pratica (peraltro tenuta nelle sole due occasioni che abbiamo citato all'inizio di queste note) dei cd. sbarchi selettivi, consistente nel concedere lo sbarco solo a donne e minori e soggetti affetti da particolari problemi di salute, lasciando per diversi giorni sulla nave gli uomini adulti, sino a che una commissione medica aveva attestato che il protrarsi ulteriore della permanenza sulla nave rappresentava un pericolo per la salute dei naufraghi.

Il dato normativo ci pare in effetti inequivoco. Se nella gestione dei soccorsi e del successivo approdo nei nostri porti la nave soccorritrice ha violato le indicazioni provenienti dell'autorità competente, potranno del caso essere applicate le sanzioni previste in tali casi dal decreto, ma il soccorso e l'assistenza a terra sono "comunque garantiti", a tutela dell'incolumità dei naufraghi. Dunque, nelle prossime occasioni in cui una nave delle ONG arriverà nei nostri porti, anche nell'ipotesi in cui abbia violato l'espresso divieto di transito e sosta emanato dal Ministro dell'interno, comunque i naufraghi dovranno essere assistiti a terra. Non solo le donne e i minori, ma tutti i soggetti soccorsi, visto che la norma non fa alcuna differenza di genere o di età, né fa riferimento a particolari condizioni di vulnerabilità o di malattia: la possibilità di operare sbarchi selettivi, lasciando per giorni interi sulla nave gli uomini adulti sani, non dovrebbe più essere ipotizzabile dopo l'entrata in vigore del decreto.

Si tratta di una conclusione ad avviso di chi scrive assolutamente condivisibile, ma che certo può risultare bizzarra se collocata nel contesto politico e parlamentare ove è maturata. Gli sbarchi selettivi sono stati il "biglietto da visita" del Governo Meloni in materia di soccorso in mare e controllo delle frontiere, e ora lo stesso Governo, nel provvedimento che dà veste giuridica agli intendimenti politici della maggioranza, introduce una norma che vieta di procedere come si è fatto in ottobre.

Vediamo possibili due diverse spiegazioni di tale incongruenza. La prima è che il decreto intendesse, al contrario di quanto sin qui sostenuto, legittimare gli sbarchi selettivi, ed il riferimento alla "tutela dell'incolumità" sarebbe in questa prospettiva la conferma che la discesa a terra è consentita solo quando sia in gioco, come nelle vicende di Catania, la salute dei soggetti a bordo. Se questo fosse l'intendimento del Governo, non si potrebbe tuttavia che constatare come la norma sia formulata molto male, posto che il suo tenore letterale dice una cosa diversa, e cioè che lo sbarco a terra è consentito "a tutela dell'incolumità", senza alcun riferimento a condizioni di particolare vulnerabilità dei soccorsi o a un imminente pericolo per la loro salute. L'altra spiegazione è che il Governo, pur senza fare pubblicamente autocritica riguardo agli episodi di sbarchi selettivi di ottobre, abbia in realtà tenuto conto delle moltissime obiezioni sollevate rispetto a tale *modus operandi*, sia in sede nazionale che internazionale, ed abbia inteso evitare che in futuro simili soluzioni vengano riproposte. Quale che sia la spiegazione che si ritenga preferibile, rimane il dato oggettivo di una norma che si pone in decisa contro-tendenza rispetto al resto delle disposizioni del decreto, tutte invariabilmente volte ad irrigidire il contrasto alle ONG, mentre qui ci troviamo di fronte

ad una disposizione che pone davanti a qualsiasi altra esigenza la tutela dell'incolumità dei naufraghi, cioè proprio l'obiettivo perseguito dalle ONG: la definitiva conferma che la linearità e la congruenza del dato normativo rispetto agli scopi non sono caratteristiche del decreto in commento.

4. Il nuovo sistema sanzionatorio: dal penale all'amministrativo per aggirare il controllo di legalità. – Venendo ora alle modifiche che hanno interessato il sistema sanzionatorio, non vogliamo qui attardarci in una sua descrizione minuta. In sostanza, è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro quando vi è stata la violazione del divieto di transito e sosta, emesso alle condizioni analizzate sopra; anche in caso non sia stato previamente emanato alcun divieto, è prevista la sanzione amministrativa da 2.000 a 10.000 euro “quando il comandante o l'armatore non fornisc(a) le indicazioni richieste dalla competente autorità nazionale o non si uniforma alle indicazioni della medesima autorità”. Nel primo caso è altresì prevista la sanzione accessoria del fermo amministrativo per due mesi, con confisca del mezzo in caso di reiterazione della violazione con la medesima nave; nel secondo, il fermo amministrativo della nave ha durata di 20 giorni, che diventano due mesi in caso di reiterazione, mentre la confisca è disposta in caso di ulteriore reiterazione.

Il dato su cui ci pare utile soffermarci, e che risulta di particolare interesse nella prospettiva del penalista, si coglie analizzando lo sviluppo diacronico del sistema sanzionatorio, che presenta tratti di sicura singolarità. Ricordiamolo in poche battute. La prima volta che il legislatore, con il cd. decreto Salvini-bis del 2019, decide di prevedere apposite sanzioni per la violazione del divieto di ingresso e sosta nelle acque territoriali, non prevede sanzioni penali, ma sanzioni amministrative durissime (molto più severe di quelle previste dal nuovo decreto: sanzione pecuniaria sino a 1 milione di euro e confisca già alla prima violazione). Quando la nuova maggioranza, con il cd. decreto Lamorgese del 2020, intende rendere meno aspro il confronto con le ONG, decide non già di abolire *tout court* le sanzioni previste nel 2019, ma di sostituire la sanzione amministrativa con la sanzione penale cumulativa della reclusione sino a due anni e della multa da 10.000 a 50.000 euro, senza la previsione di ipotesi speciali di confisca. Oggi, quando l'obiettivo del Governo è quello di re-inasprire la reazione punitiva, il delitto viene abrogato, ed al suo posto torna applicabile una sanzione amministrativa (di identico importo della multa che va a sostituire), con confisca amministrativa della nave.

Si delinea un trend che ha trovato conferma in tutti e tre gli interventi analizzati, risalenti a tre diverse maggioranze succedutesi nel tempo. Quando il legislatore intende apprestare un apparato sanzionatorio più gravoso nei confronti delle ONG, fa ricorso alla sanzione amministrativa, mentre quando vuole “ammorbidire” il carico sanzionatorio vengono comminate sanzioni penali (anche detentive): un vero e proprio sovvertimento di quella che dovrebbe essere la struttura in termini di afflittività del nostro sistema sanzionatorio, che al contrario dovrebbe vedere al suo vertice in chiave di severità la sanzione penale (specie quando incidente sulla libertà personale, attraverso la minaccia di una pena detentiva), e storicamente considera la depenalizzazione (come quella operata dal decreto in commento: sostituzione della reclusione e della multa con sanzione amministrativa del medesimo importo della multa sostituita) un modo per

alleggerire, e non per inasprire la risposta sanzionatoria nei confronti di una certa condotta illecita. Nel caso che ci interessa, è avvenuto esattamente il contrario di quanto ci si sarebbe dovuti aspettare, con la criminalizzazione di una condotta prima punita in sede amministrativa adottata in quanto considerata più favorevole per le ONG, mentre la depenalizzazione di una condotta prima incriminata è salutata come un inasprimento della risposta punitiva. Eppure, nel dibattito pubblico è una questione di cui si è discusso pochissimo, mentre vale la pena spendervi qualche riflessione.

Il fenomeno per cui la sanzione amministrativa può in concreto risultare più afflittiva della sanzione penale che va a sostituire non è certo nuovo per il nostro ordinamento. La Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare che il passaggio da una sanzione penale ad una amministrativa può non essere più favorevole per l'autore del fatto, essendo necessario verificare la concreta afflittività di entrambi i dispositivi sanzionatori, ben potendo nel caso concreto la sanzione amministrativa risultare più onerosa per l'autore dell'illecito, specie quando corredata di misure ablativo del diritto di proprietà (sequestro preventivo e confisca)⁷. Si potrebbe allora ritenere il fenomeno descritto sopra come la mera conferma della più generale tendenza dell'illecito amministrativo ad acquisire una sempre crescente centralità nella configurazione dell'apparato sanzionatorio, tanto in ragione della sua concreta portata afflittiva (la sanzione pecuniaria amministrativa ha spesso contenuto più elevato della multa o dell'ammenda), quanto della celerità ed effettività della sua applicazione (la sanzione amministrativa viene disposta in tempi molto rapidi, mentre la sanzione penale giunge all'esito di un procedimento complesso, dall'esito incerto e comunque spesso dai tempi molto lunghi). Nulla di diverso, insomma, di quanto osservato in altri contesti, dove da tempo è ben noto che la risposta amministrativa può risultare più efficace ed afflittiva del ricorso alla sanzione penale: le sanzioni in materia di illeciti societari sono al riguardo esemplari, e non a caso è proprio a questa materia che attengono le sentenze della Corte costituzionale appena citate.

Tale spiegazione non ci pare, tuttavia, nello specifico caso che ci interessa, idonea a fornire una risposta davvero soddisfacente. In materia di *crimmigration*, infatti, il legislatore, anche in tempi recenti, ha dimostrato a più riprese di non essere affatto disponibile a sostituire, in una prospettiva di maggiore efficienza, la sanzione penale con la sanzione amministrativa, non volendo rinunciare all'effetto simbolico in chiave stigmatizzante proprio della giustizia penale. Ricordiamo in particolare le vicende relative alla questione della depenalizzazione del reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10-bis TUI, quando, nell'ambito di un ampio intervento di depenalizzazione realizzato con il meccanismo della legge-delega, il legislatore delegato non ha dato seguito alla richiesta del Parlamento di trasformare il reato in illecito amministrativo, ritenendo di non poter rinunciare alla forza simbolica espressa dalla

⁷ Il riferimento è alle note pronunce n. 68/2017, con nota di F. VIGANÒ, [Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitivo'](#), in *Dir. pen. cont.*, 10.4.2017, e n. 223/2018, con nota di G.L. GATTA, [Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitivo' più sfavorevoli di quelle penali \(a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario\)](#), *ibidem*, 13.12.2018.

qualificazione come reato della condizione di clandestinità. E del resto, il TUI è ricchissimo di fattispecie penali totalmente ineffettive, che il legislatore ha dimostrato negli anni di non avere alcuna intenzione di sostituire con sanzioni amministrative: si pensi ancora, oltre che alla contravvenzione di cui all'art. 10-bis, ai delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 4-ter e 5-quater, che comminano pene pecuniarie di inusitata durezza a soggetti da parte dei quali è sostanzialmente impossibile ottenerne l'esecuzione.

Per quanto concerne poi le linee politico-criminali che hanno ispirato i primi interventi del nuovo Governo, la rinuncia per ragioni di efficienza repressiva alla sanzione penale in vista dell'utilizzo di più severe sanzioni amministrative è tutt'altro che la regola, anzi. Il pensiero va ovviamente al primo intervento in materia penale del Governo Meloni, con il cd. decreto rave-party, e l'introduzione con la legge di conversione del nuovo delitto di "Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica" all'art. 633-bis c.p. Da più parti era stato fatto notare come, ben più che un nuovo reato, sarebbe stata più efficace la previsione di sanzioni amministrative nei confronti degli organizzatori, specie se fosse stata introdotta la confisca del materiale utilizzato. In quel caso, però, la maggioranza parlamentare era stata granitica nel ritenere che solo la sanzione penale fosse comunicativamente adeguata a punire il fenomeno, senza neppure prendere in esame considerazioni efficientiste a favore della sanzione amministrativa. Perché invece quando non si tratta di punire più duramente gli organizzatori dei rave, ma di inasprire le sanzioni nei confronti dei capitani e degli armatori delle ONG, si ricorre *de plano* alla sanzione amministrativa, addirittura sostituendola alla sanzione penale (detentiva) prevista dalla normativa abrogata?

La ragione della scelta di rinunciare alla sanzione penale nello specifico caso delle ONG sta a nostro avviso nel fatto che la magistratura penale ha ormai a più riprese affermato la legittimità dell'operato delle navi umanitarie. A partire dal *leading case* della capitana Carola Rackete, ove per la prima e sinora unica volta anche la Cassazione è intervenuta (in sede cautelare) sullo specifico argomento della responsabilità penale del personale delle ONG, sono ormai numerose le occasioni in cui sono state archiviate le ipotesi di reato inizialmente ipotizzate⁸; e l'unico processo in corso attualmente è quello a carico del Ministro Salvini, proprio per il suo rifiuto di concedere lo sbarco dei naufraghi alla nave di una ONG.

L'obiettivo della depenalizzazione allora risulta evidente. Consapevole che la magistratura penale ha già affermato la legittimità dell'operato delle ONG, il Governo sembra voler sottrarle il potere sanzionatorio, ad attribuirlo alla struttura amministrativa del Ministero dell'interno, che si ritiene evidentemente più sensibile dell'ordine giudiziario alle aspettative della politica. Certo, qualora i prefetti applichino le sanzioni previste dai decreti, le ONG potranno impugnarle davanti all'autorità giudiziaria; ma intanto le sanzioni saranno state applicate e i fermi disposti, e quando poi intervenisse

⁸ Per una ricostruzione dei diversi procedimenti penali avviati a carico delle ONG e poi archiviati, sia consentito rinviare a L. MASERA, [Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi – Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete](#), in *Leg. pen.*, 22.4.2022, 1-26.

una decisione negativa in sede di impugnazione il risultato comunicativo sarà già stato raggiunto.

Proprio questo ragionamento costituisce, a nostro avviso, l'aspetto più pericoloso del decreto sulle ONG. La depenalizzazione disposta dal Governo rappresenta un tentativo di fuga dalla giurisdizione, al cui giudizio ci si intende sottrarre affidando all'autorità amministrativa la potestà sanzionatoria⁹; un tentativo reso più grave dalla circostanza che la magistratura ha già fornito un giudizio chiaro di liceità della pratica dei soccorsi in mare, e perseguire lo stesso da parte del Governo una strategia di criminalizzazione (intesa nel senso lato della *crimmigration*, che comprende anche l'apparato punitivo di natura amministrativa) ha il preciso significato di aggirare le indicazioni provenienti dal sistema giudiziario.

La constatazione che il nostro sistema prevede comunque il vaglio di legittimità dell'operato dell'autorità amministrativa in sede giudiziaria, durante il giudizio di impugnazione della sanzione eventualmente applicata, non può rappresentare una garanzia sufficiente¹⁰. Prima dell'eventuale intervento di un giudice, le sanzioni possono già avere esercitato il loro effetto afflittivo e deterrente, e comunque in uno Stato di diritto non è ammissibile che il Governo contrasti pratiche dichiarate legittime dall'autorità giudiziaria. La tutela dei diritti dei soggetti coinvolti è garantita solo ove sia già l'autorità amministrativa (nel caso di specie, i prefetti) ad esercitare con rigore il vaglio di legittimità delle richieste provenienti dai vertici politici della struttura ministeriale, e a non applicare politiche che sono già state dichiarate illegittime dalla magistratura, o sono palesemente in contrasto con il diritto internazionale. La fuga dalla giurisdizione si potrà tradurre in una più grave fuga dalla legalità solo se la struttura ministeriale non eserciterà sino in fondo il proprio potere di verifica che l'esercizio del potere sanzionatorio, pur auspicato in sede politica, sia conforme alla normativa nazionale e sovranazionale. Sinora, a quanto risulta, non è stata applicata alcuna sanzione alle ONG che hanno operato soccorsi dopo l'entrata in vigore del decreto; nelle prossime settimane verificheremo se vi saranno iniziative da parte delle prefetture competenti, o se in buona sostanza l'attività delle ONG proseguirà con le medesime modalità del passato.

5. Conclusioni: i veri nodi problematici della questione SAR. – Mancano poche settimane alla scadenza del termine per la conversione in legge del decreto appena analizzato, ed alla luce dell'odierno quadro politico è poco probabile che il Parlamento voglia procedere a modifiche sostanziali del testo. Forse, dopo il puntuale rilievo contenuto nel parere della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, verrà precisato che le nuove norme non impediscono soccorsi multipli, ma come abbiamo visto si tratta di una conclusione cui già si perviene alla luce del testo approvato dal Governo. La sensazione, alla luce di un'analisi del dato normativo e non degli slogan

⁹ Per questa osservazione, cfr. la lucida analisi di L. Ferrarella, *Decreto ONG, conseguenze e dubbi*, sul *Corriere della sera* del 30.12.2022.

¹⁰ Sottolinea in particolare questo aspetto il parere del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, del 30.12.2022.

che ne hanno accompagnato l'approvazione, è che l'applicazione della nuova normativa non porterà ad uno stravolgimento del *modus operandi* delle ONG che operano in ambito SAR¹¹, anche se molto dipenderà dall'atteggiamento che al riguardo terranno gli attori della vicenda (ONG e Governo).

Ciò, tuttavia, non significa che non sia in atto una strategia politico-amministrativa che può mettere in serie difficoltà le ONG SAR. Il vero ostacolo, però, non deriva tanto dall'approvazione del nuovo decreto, quanto dalle prassi che saranno adottate dall'autorità amministrativa nelle prossime occasioni in cui si tratterà di gestire un soccorso operato dalle ONG. Il punto è quello dell'assegnazione di porti di sbarco molto lontani dal luogo ove viene effettuato il soccorso, ed è stato chiaramente individuato dalla nota della Commissaria presso il Consiglio d'Europa, che abbiamo già ripreso sopra a proposito del decreto. "I also note with concern that in practice, NGO vessels have been assigned distant places of safety such as ports in Central and Northern Italy. This prolongs the suffering of people saved at sea and unduly delays the provision of adequate assistance to meet their basic needs. It unnecessarily exposes the people onboard to the potential danger of adverse weather conditions. Prolonged stay onboard tends to lead to the rapid deterioration of the health situation of the involved".

Ben più che l'approvazione del nuovo decreto (che come visto ampiamente sopra non contiene alcuna disposizione al riguardo, benché leggendo certe dichiarazioni o certi commenti sui media sembrerebbe il contrario), è l'assegnazione di porti lontani anche migliaia di chilometri dal luogo dei soccorsi ad incidere davvero sulla gestione delle operazioni SAR da parte delle ONG. La Commissaria giustamente mette in luce i pericoli che una navigazione così lunga può comportare sulla salute dei naufraghi, spesso già provati da terribili esperienze in Africa ed in mare. Ma percorrere migliaia di chilometri è anche un costo enorme in termini di tempo e di risorse economiche, che riduce sensibilmente la concreta possibilità delle ONG di essere presenti nelle acque del Mediterraneo centrale.

L'assegnazione di un porto di sbarco in caso di soccorso è una scelta che l'amministrazione può adottare con un ampio margine di discrezionalità, e sicuramente non sono *prima facie* implausibili gli argomenti del Governo (nella risposta sul punto alla Commissaria), per cui la scelta di porti nel Centro e Nord Italia sarebbe funzionale ad una più razionale distribuzione del carico dell'accoglienza su tutte le regioni del Paese, e non solo su quelle dell'Italia meridionale. In realtà, la genuinità di tale intendimento si scontra con la circostanza che gli sbarchi delle ONG rappresentano intorno al 10% del totale dei naufraghi soccorsi nel Mediterraneo centrale, mentre l'altro 90 % è operato dai mezzi delle nostre Guardia di Finanza e Marina Militare, o da navi commerciali che hanno incontrato i naufraghi lungo la loro rotta, ed in questo caso vengono sempre assegnati porti di sbarco collocati nell'Italia meridionale.

Ci pare questo un argomento forte a sostegno del fatto che la prassi inaugurata nelle ultime settimane dal Ministro dell'interno non sia affatto dettata da ragioni di

¹¹ In questo senso si esprime anche il comunicato dal titolo *Contro la Costituzione, le ONG e i diritti umani: l'insostenibile fragilità del d.l. n. 1/2023*, emesso il 5.1.2023 dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione.

funzionalità del sistema, tra l'altro molto discutibili nel merito: se è vero, infatti, che la distribuzione dell'accoglienza dei naufraghi deve sicuramente essere operata a livello nazionale, è altrettanto vero che, per quanto riguarda le primissime fasi di sbarco ed identificazione dei naufraghi, sono ormai quasi dieci anni che il nostro Paese, su impulso dell'Unione europea, ha adottato il cd. approccio hotspot, con la previsione di pochi Centri appositamente allestiti in prossimità del luogo di sbarco (Sicilia e regioni meridionali), da cui poi le persone soccorse dovrebbero essere rapidamente (almeno in teoria...) smistate verso destinazioni più stabili, collocate su tutto il territorio nazionale. Del resto, la prassi adottata nel caso di soccorsi operati da soggetti diversi dalle ONG mostra come l'indicazione del porto di sbarco a La Spezia o Livorno valga solo per le ONG, a conferma che la vera ragione della scelta di porti così lontani sta solo nella volontà di tenere quanto più possibile lontane le ONG dal Mediterraneo centrale, addossando altresì loro costi di carburante così elevati, da rendere difficile la sostenibilità finanziaria delle operazioni.

Il dibattito intorno al decreto non deve rappresentare allora l'occasione per distogliere l'attenzione da quelli che sono i veri pericoli cui è esposto l'attuale sistema di salvataggio in mare. Da un punto di vista normativo, è ben difficile che il Governo o il Parlamento possano approvare riforme davvero restrittive della attività dei soccorritori, perchè si tratterebbe di norme palesemente contrarie al diritto internazionale, che non supererebbero il vaglio del Presidente della Repubblica. Il contrasto alle ONG non avviene tanto a livello di norme, quanto di prassi operative che possono in concreto ridurre considerevolmente le attività di soccorso. Se e in che modo la legittimità di tali prassi sarà poi portata all'attenzione dell'autorità giudiziaria, ad opera delle ONG destinatarie di porti di sbarchi lontanissimi che vogliano opporsi a tale nuova prassi, è ora difficile da prevedere.

Prima di chiudere queste note, ci pare doveroso però porre l'attenzione su un tema che sta sullo sfondo di quello del contrasto alle ONG, ma cui è indispensabile accennare per ricostruire correttamente la posta in gioco in questo dibattito. Vogliamo qui soffermarci sulla situazione dei campi in Libia da cui fuggono molti dei naufraghi, su cui giustamente si sofferma la Commissaria del Consiglio d'Europa nella nota più volte citata. Scrive al riguardo la Commissaria: "The Memorandum of Understanding with the Libyan Government of National Accord, which will be automatically renewed on 2 February, plays a central role in facilitating the interception of refugees, asylum seekers and migrants at sea, and their subsequent return to Libya. Notwithstanding the considerable evidence documenting grave human rights violations faced by refugees, asylum seekers, and migrants in Libya, no concrete action has so far been taken to address this issue. Therefore, I take the opportunity to reiterate my call to suspend cooperation with the Libyan Government on interceptions at sea, and to make any future cooperation with third countries in the field of migration conditional on comprehensive human rights safeguards".

Soltanto pochi giorni dopo questa dichiarazione, è stata resa nota la consegna da parte del Governo italiano alla Guardia costiera libica di una nuova motovedetta da utilizzare nel contrasto all'immigrazione, o in termini meno ovattati e più realistici per riportare nei campi di tortura coloro che in qualche modo sono riusciti ad uscirne. Il

nostro Governo continua quindi la sua cooperazione con un'entità, la Guardia costiera libica, che in più sedi è sospettata di diretto coinvolgimento con i crimini contro l'umanità perpetrati nei campi di detenzione libici, veri e propri gironi danteschi di cui sono state rese innumerevoli e strazianti testimonianze¹². Parlare molto del decreto alle ONG e non della collaborazione con la Guardia costiera libica rischia allora di sembrare come colui che guarda il dito e non la luna, come se il vero problema fosse la tutela delle navi delle ONG, e non la tutela dei diritti fondamentali dei disperati che queste navi vanno a salvare. La discussione sul decreto dovrebbe essere al contrario l'occasione per riportare l'attenzione su quella che è davvero una brutta pagina della nostra Storia, con il nostro Paese (nel succedersi dei diversi Governi, di ogni colore politico, e con il costante plauso dell'Unione europea) a sostenere l'attività di intercettazione e respingimento dei disperati che fuggono dall'inferno libico. Ma nel dibattito pubblico i racconti dei sopravvissuti e delle atroci violenze che hanno subito suscitano ormai scarso interesse, mentre il tema del contrasto alle ONG rappresenta un tema identitario per le attuali forze di maggioranza, che hanno evidente interesse a polarizzare su questo le controversie, nella silenziosa continuità di una cooperazione con le autorità libiche che rappresenta da anni l'incrollabile costante della nostra politica estera in tema di gestione dei flussi migratori.

¹² Sul punto, cfr. in questa Rivista il contributo di M. CRIPPA del 23.12.2021, [Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 15 Statuto di Roma sollecita il Procuratore all'apertura di indagini per crimini contro l'umanità e crimini di guerra di fronte alla Corte penale internazionale](#).

**MANCATA IMPUGNAZIONE NEL GIUDIZIO ABBREVIATO
E RIDUZIONE DI UN SESTO DELLA PENA A SEGUITO
DELLA RIFORMA CARTABIA: I TRIBUNALI DI MILANO E DI VASTO
ESCLUDONO LA RIMESSIONE IN TERMINI**

*Nota a Trib. Milano, sez. III, ord. 26 gennaio 2023, pres. Guadagnino
e Trib. Vasto, 23 gennaio 2023, pres. Giangiacomo*

di Beatrice Fragasso

1. Segnaliamo due ordinanze, una del Tribunale di Milano e una del Tribunale di Vasto, che escludono la rimessione in termini dell'imputato per la richiesta di accesso al rito abbreviato – rimessione che era stata richiesta dagli imputati in ragione dell'entrata in vigore, *dopo la scadenza dei termini per l'accesso al rito speciale*, di un regime sanzionatorio di favore per la persona condannata con rito abbreviato che non impugni la sentenza di condanna.

In particolare, il co. 2-bis dell'art. 442 c.p.p. – introdotto dalla riforma "Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) – prevede che la pena inflitta in sede di giudizio abbreviato sia ulteriormente ridotta di un sesto, in caso di mancata impugnazione della sentenza. La questione che si pone, dunque, è quella di stabilire se l'efficacia retroattiva *in bonam partem* della nuova disposizione sanzionatoria, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p., possa determinare la rimessione in termini dell'imputato che voglia accedere al rito speciale, beneficiando così – in caso di mancata impugnazione dell'eventuale sentenza di condanna – dell'ulteriore riduzione premiale.

Un primo orientamento, di segno positivo, è stato seguito dal Tribunale di Perugia, che, in due diversi provvedimenti (già pubblicati sulla nostra *Rivista*, con annotazione redazionale di G.L. Gatta¹ e nota di F. Lombardi²), ha rimesso in termine gli imputati, ritenendo che l'art. 442, co. 2-bis, c.p.p. – in quanto norma che disciplina il trattamento sanzionatorio – abbia natura sostanziale, e sia dunque soggetto al principio di retroattività *in bonam partem* sancito dall'art. 2, co. 4, c.p. e, a livello sovranazionale, dall'art. 7 CEDU. Pur non contestando la natura sostanziale del nuovo beneficio sanzionatorio, i tribunali di Vasto e Milano pervengono entrambi – in maniera, a parere di chi scrive, del tutto condivisibile – a conclusioni opposte, facendo leva sulla natura *processuale* delle norme che regolano i presupposti e l'accesso ai riti alternativi.

¹ G.L. GATTA, [Riforma Cartabia e giudizio abbreviato: il Tribunale di Perugia ammette la rimessione in termini per la richiesta del rito dopo la previsione di una ulteriore riduzione della pena di un sesto in caso di mancata impugnazione](#), annotazione a Trib. Perugia, ord. 18 gennaio 2023, Signal (Giud. Ciliberto), in *questa Rivista*, 19 gennaio 2023.

² F. LOMBARDI, [Rinuncia all'impugnazione nel giudizio abbreviato e riduzione di un sesto della pena \(art. 442 co. 2 bis c.p.p.\): il problema della rimessione in termini a giudizio in corso](#), nota a Trib. Perugia, sent. 18 gennaio 2023, dep. 31 gennaio 2023, n. 130, in *questa Rivista*, 9 febbraio 2023.

2. Innanzitutto, come già accennato, entrambe le ordinanze – conformemente all’indirizzo inaugurato nel 2009 dalla sentenza Scoppola della Corte Edu³ - concordano sul fatto che il neo-introdotto co. 2-*bis* dell’art. 442 c.p.p. sia una norma avente natura *sostanziale*, in quanto relativa al trattamento sanzionatorio dell’imputato: tale disposizione, dunque, soggiace pacificamente al regime di retroattività previsto dall’art. 2, co. 4, c.p. Il dispiegarsi dell’efficacia retroattiva della norma, tuttavia, pare qui subordinato alla rituale instaurazione del giudizio abbreviato – requisito, come già sottolineato, non soddisfatto nei casi sottoposti all’attenzione dei due tribunali. A differenza delle norme che regolano il beneficio sanzionatorio (art. 442, co. 2 e co. 2-*bis*, c.p.p.), le disposizioni che disciplinano le modalità, i presupposti e i termini per l’accesso al rito speciale hanno natura *processuale* e, di conseguenza, sono soggette al principio del *tempus regit actum*.

A tal proposito, il Tribunale di Milano richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale «la natura sostanziale della diminvente premiale per il rito abbreviato predicata dalla CEDU nella sentenza in data 17 settembre 2009 (caso Scoppola c/o Italia), non implica la trasformazione della natura processuale di tutta la restante normativa concernente i presupposti, i termini e le modalità di accesso al rito, aspetti rimessi alla scelta del legislatore nazionale e non immutati dalla giurisprudenza comunitaria»⁴.

Le disposizioni che concernono i presupposti per l’accesso al rito – tra le quali rientrano quelle che fissano i termini entro i quali, a pena di decadenza, è possibile richiedere il rito speciale – sono dunque soggette al principio del *tempus regit actum*: una volta intervenuta la preclusione, e in assenza di una disciplina transitoria, l’imputato non potrà più accedere al giudizio abbreviato, anche se da quest’ultimo potrebbe derivare (in caso di mancata impugnazione dell’eventuale sentenza di condanna) un trattamento sanzionatorio più mite.

La restituzione nel termine per proporre il giudizio abbreviato, d’altra parte, sarebbe funzionale a garantire un beneficio puramente ipotetico, condizionato alla scelta dell’imputato di non impugnare la sentenza, e, come sottolineato dal Tribunale di Milano, «implicherebbe una vanificazione del valore delle preclusioni, coessenziali all’ordine pubblico processuale ed attraverso le quali si realizza la funzionalità del processo in termini di equilibrio tra esigenze di giustizia, di certezza, di economia e che rappresentano un presidio apprestato dall’ordinamento per assicurare la funzionalità del processo in relazione alle sue peculiari conformazioni risultanti dalle scelte del legislatore (cfr. Cass. 15748/2014 in motivazione)».

2.1. Alle suddette motivazioni – che costituiscono il nucleo centrale dell’*iter* argomentativo in entrambe le ordinanze in commento – si aggiungono ulteriori considerazioni, nell’una e nell’altra pronuncia. Da un lato, il Tribunale di Vasto

³ C. Edu, GC, *Scoppola c. Italia* (n. 2), 17 settembre 2009.

⁴ Cass., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 5034, in *De Jure*; nello stesso senso vd. Cass., sez. I, 21 gennaio 2014, n. 15748, in *De Jure*; Cass., sez. I, 21 dicembre 2015, dep. 2016, n. 7162, in *De Jure*; Cass., sez. I, 4 dicembre 2012, n. 48757, in *De Jure*.

sottolinea come la rimessione in termini potrebbe talvolta contrastare con le ragioni di economia processuale che costituiscono il fondamento del giudizio abbreviato: proprio nel caso sottoposto alla sua attenzione, ad esempio, il processo si trovava nel pieno dell'istruttoria dibattimentale, con dieci udienze già espletate. Dall'altro, il Tribunale di Milano evidenzia come, laddove il legislatore della riforma Cartabia – nell'ampliare l'ambito applicativo di un rito alternativo – ha inteso superare le preclusioni processuali già intervenute, vi ha provveduto con apposita disposizione transitoria: è il caso dell'art. 90, co. 2, d.lgs. 150/2022, che stabilisce che l'imputato nei cui confronti siano già decorsi i termini di cui all'art. 464-bis c.p.p. è rimesso *ex lege* in termini per formulare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (con le scadenze perentorie previste dalla medesima disposizione). Lo stesso, continua il tribunale meneghino, è avvenuto anche in passato, ogniquale volta il legislatore volesse superare le preclusioni processuali maturate al momento dell'entrata in vigore di riforme ampliative dei requisiti di accesso a riti premiali (cfr. art. 5 della legge 12 giugno 2003, n. 134, in tema di patteggiamento allargato).

L'assenza di un'analogia disposizione transitoria, per l'ipotesi del giudizio abbreviato, sembrerebbe dunque far ritenere che vi fosse la volontà legislativa di escludere la possibilità di rimessione in termini in questi casi.

3. La posizione assunta dai Tribunali di Vasto e di Milano ci pare condivisibile. Innanzitutto, il fatto che, per ottenere l'applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria più favorevole, gli imputati abbiano chiesto la rimessione in termini dovrebbe destare, già *prima facie*, alcune perplessità di ordine sistematico circa la fondatezza dell'istanza. Il principio di retroattività *in bonam partem*, infatti, non può che essere applicato *direttamente* dal giudice, quando la *lex posterior* abbia previsto – in ordine ad una determinata fattispecie – un trattamento sanzionatorio più mite (o l'irrilevanza penale).

Nel caso di specie, in particolare, l'applicabilità (anche retroattiva) dell'art. 442, co. 2-bis, c.p.p. è subordinata al verificarsi di una *fattispecie giuridica complessa*, costituita dalla richiesta di accesso al rito abbreviato, dall'ordinanza di ammissione al rito e, quale condizione negativa, dalla *mancata impugnazione della sentenza*⁵. La successione di norme modificative della disciplina è tutta interna a tale fattispecie: prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, la mancata impugnazione della sentenza di condanna emessa a seguito di giudizio abbreviato determinava l'applicazione della pena ivi stabilita; successivamente, la mancata impugnazione determina la riduzione di un sesto della pena irrogata con la sentenza. È tra queste due situazioni che non deve crearsi una disparità, pena la violazione del principio di retroattività *in bonam partem* sancito dall'art.

⁵ Sulla comminatoria prevista dalla disciplina del rito abbreviato come sanzione "condizionata" al verificarsi di una fattispecie complessa vd. Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n.34233, Giannone, § 5; in dottrina vd. F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte Edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2013, p. 13. Nello stesso senso vd. F. LOMBARDI, *Rinuncia all'impugnazione nel giudizio abbreviato e riduzione di un sesto della pena (art. 442 co. 2 bis c.p.p.): il problema della rimessione in termini a giudizio in corso*, cit., § 4.

2, co. 4, c.p.; eventuali disparità relative invece alla posizione degli imputati che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, siano decaduti dalla possibilità di accedere ai riti alternativi dovranno essere valutate sul piano della *ragionevolezza* dell'assenza di una disciplina transitoria. Su questi aspetti torneremo al § 3.2.

Se tale ricostruzione è corretta, allora, l'efficacia retroattiva della nuova disposizione, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p., si ridurrà a ben poca cosa, limitandosi a regolare il caso in cui vi sia un imputato che sia stato condannato in sede di giudizio abbreviato *prima* dell'entrata in vigore del comma 2-*bis* e che, al momento dell'entrata in vigore della disposizione, sia ancora nei termini per impugnare: uno spazio di esplicazione dell'efficacia retroattiva piuttosto ristretto, se si considera che allo stesso risultato si perverrebbe applicando il più stringente principio processuale del *tempus regit actum*⁶.

La giurisprudenza di legittimità, d'altra parte, in diverse occasioni ha avuto modo di precisare che la "dottrina Scoppola" presuppone che l'accesso al rito speciale sia stato effettuato secondo le modalità e i termini previsti dalla legge. In particolare, in applicazione di tale principio, la Corte di Cassazione, in alcuni casi concernenti i c.d. "fratelli minori" di Scoppola, ha ritenuto infondate le istanze di commutazione della pena dell'ergastolo in quella di trent'anni di reclusione, avanzate in sede esecutiva da parte di quegli imputati che, dopo aver richiesto il rito abbreviato – quando la normativa (legge 16 dicembre 1999, n. 479) prevedeva l'applicazione della pena dei trent'anni di reclusione per i reati puniti con l'ergastolo (con o senza isolamento diurno), giudicati con rito abbreviato –, vi avevano successivamente rinunciato, quando il decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, aveva stabilito che, per i reati puniti con l'ergastolo con isolamento diurno, la condanna in sede di rito abbreviato determinava l'irrogazione della pena dell'ergastolo senza isolamento diurno⁷.

3.1. A rigore, in assenza di una disciplina transitoria in questo senso, il nuovo beneficio sanzionatorio non parrebbe direttamente applicabile nemmeno nei casi in cui l'imputato abbia impugnato la sentenza di rito abbreviato *prima* dell'entrata in vigore della nuova disposizione e vi abbia poi rinunciato, in vista dell'applicazione dell'ulteriore riduzione di un sesto⁸: anche in questo caso, infatti, verrebbe a mancare l'*elemento negativo* della citata fattispecie complessa, ossia la *mancata impugnazione* della sentenza di condanna. Se la *ratio* della nuova disposizione – ridurre il numero delle impugnazioni delle sentenze di giudizio abbreviato – potrebbe *prima facie* suggerire un'applicazione analogica *in bonam partem* dell'art. 442, co. 2-*bis*, c.p.p. ai casi di rinuncia

⁶ Così anche F. LOMBARDI, *Rinuncia all'impugnazione nel giudizio abbreviato e riduzione di un sesto della pena (art. 442 co. 2 bis c.p.p.): il problema della rimessione in termini a giudizio in corso*, cit., § 4.

⁷ Cass., sez. I, 21 gennaio 2014, n. 15748, cit.; Cass., sez. I, 21 dicembre 2015, dep. 2016, n. 7162, cit.; Cass., sez. I, 4 dicembre 2012, n. 48757, cit.

⁸ Diversa, invece, l'opinione del Tribunale di Vasto: «La nuova più favorevole disciplina potrebbe ad esempio essere fatta valere dall'imputato appellante avverso una sentenza di condanna di primo grado emessa all'esito di giudizio abbreviato, che intenda ottenere quel beneficio rinunciando all'impugnazione avanzata prima della entrata in vigore del d.lgs. 150/22, perché in questo caso si realizza l'effettiva ratio della norma ossia quella di risparmiare un ulteriore grado del processo concedendo il premio all'imputato».

all'impugnazione già presentata, tuttavia la natura eccezionale del beneficio sembrerebbe ostacolare tale interpretazione, in conformità ai rigorosi criteri stabiliti all'art. 14 Preleggi. Piuttosto, potrebbe emergere un profilo di *irragionevolezza* della disparità di trattamento tra le due circostanze (mancata impugnazione e rinuncia all'impugnazione, da parte dell'imputato che aveva proposto impugnazione *prima* dell'entrata in vigore della riforma Cartabia), su cui torneremo anche nel prossimo paragrafo. Riteniamo, in ogni caso, che il vuoto normativo non possa essere colmato da un intervento interpretativo del giudice.

3.2. Allo stesso modo – e contrariamente a quanto affermato da uno dei citati provvedimenti adottati dal Tribunale di Perugia –, è da escludersi un'applicazione analogica delle discipline transitorie previste dal legislatore, in passato, per consentire l'accesso ai riti alternativi agli imputati nei confronti dei quali erano già intervenute delle preclusioni processuali. In particolare, il giudice perugino ha applicato analogicamente la disciplina della restituzione in termini "speciale" prevista dall'art. 4-ter, co. 2 e 3, d.l. 7 aprile 2000, n. 82, che – a fronte della reintroduzione dei delitti puniti con l'ergastolo tra quelli giudicabili con rito abbreviato – assegnava agli imputati il diritto di essere rimessi nei termini. Su questo specifico punto ci limitiamo a rinviare alle lucide considerazioni critiche svolte da F. Lombardi nella [nota pubblicata su questa Rivista](#), che fanno leva sulla **non estendibilità** all'art. 442, co. 2-bis della *ratio* sottesa all'art. 4-ter, d.l. 82/2000: tale disposizione, infatti, consentiva all'imputato la remissione nei termini poiché, prima della vigenza di quella normativa, *il rito speciale gli era precluso*; l'art. 442, co. 2-bis, c.p.p., invece, non incide sui requisiti di accesso al rito abbreviato, ma comporta soltanto un miglioramento del trattamento sanzionatorio, tra l'altro del tutto eventuale e subordinato ad un comportamento discrezionale dell'imputato.

Più in generale, in realtà, la scelta di applicare analogicamente delle disposizioni transitorie è di per sé criticabile, poiché queste, di regola, intervengono proprio per introdurre una deroga ai principi generali del diritto intertemporale: nel silenzio della legge, dunque, dovrebbe ritenersi che il legislatore abbia inteso sottoporre il periodo di transizione dalla vecchia alla nuova normativa al regime ordinario della successione delle norme nel tempo (*tempus regit actum*, quanto alle norme processuali; art. 2 c.p., quanto alle norme penali).

Piuttosto, potrebbe discutersi circa la *ragionevolezza* della mancanza di una disciplina transitoria che consenta la remissione in termini per accedere al rito abbreviato. A parere di chi scrive, tuttavia, la disparità di trattamento (tra l'imputato che – trovandosi nei termini – può presentare domanda per accedere al rito abbreviato e, in caso di mancata impugnazione, beneficiare della riduzione di pena prevista dall'art. 442, co. 2-bis, c.p.p., e l'imputato nei cui confronti siano scaduti i termini) pare giustificata da ragioni di deflazione processuale, che costituiscono il fondamento razionale della nuova riduzione sanzionatoria, così come, più in generale, del rito abbreviato. Ove l'imputato abbia già optato per il giudizio ordinario – e magari, come nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Vasto, si siano già svolte decine di udienze – la restituzione in termini determinerebbe un evidente spreco di attività processuale, a fronte di un beneficio, in termini di deflazione, *puramente eventuale*. Più nello specifico,

d'altra parte, la *ratio* dell'art. 442, co. 2-bis, c.p.p., è quella di *incentivo a non impugnare* la sentenza emessa a seguito di rito abbreviato, non, genericamente, quella di *incentivo ad accedere al rito abbreviato*: tale effetto – che pur, nei fatti, non può essere escluso – è del tutto secondario.

Piuttosto, lo ribadiamo, potrebbe considerarsi irragionevole il non aver previsto una disposizione transitoria che estenda il regime di cui all'art. 442, co. 2-bis, c.p.p. alle ipotesi di *rinuncia all'impugnazione* da parte dell'imputato che aveva proposto impugnazione *prima* dell'entrata in vigore del nuovo beneficio sanzionatorio. La disparità di trattamento, in questo caso, non pare avere giustificazione alcuna, posto che la rinuncia all'impugnazione realizzerebbe immediatamente lamedesima finalità – ridurre il numero delle impugnazioni delle sentenze di giudizio abbreviato – alla quale, come già sottolineato, è preposto l'art. 442, co. 2-bis, c.p.p.

3.3. L'assenza di una disciplina transitoria parrebbe ancora più problematica se rapportata agli imputati che abbiano determinato la propria strategia processuale, a seguito di condanna in rito abbreviato, nel periodo compreso tra il 2 novembre 2022, data originariamente prevista per l'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, e il 30 dicembre 2022, data di effettiva entrata in vigore della riforma "Cartabia", a seguito del differimento disposto dal Consiglio dei Ministri con l'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 (conv. l. 30 dicembre 2022 n. 199).

Nell'immediatezza del rinvio, su questa *Rivista* erano già stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale – sotto il profilo, per quanto qui interessa, del principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.) – del differimento dell'entrata in vigore delle norme penali sostanziali più favorevoli al reo (vd. G.L. Gatta, [Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?](#), 31 ottobre 2022). In particolare, in quella sede ci si chiedeva se esigenze meramente organizzative – che erano state invocate dal Governo come giustificazione per il rinvio – fossero sufficienti a legittimare un sacrificio della libertà personale del reo, rispetto a quanto stabilito *in bonam partem* dal legislatore delegato della riforma "Cartabia": si faceva l'esempio dell'imputato che avrebbe potuto giovare delle più ampie maglie applicative dell'art. 131-bis c.p. e che, invece, in forza del rinvio, era destinato a subire una condanna. Il discorso pare estendibile agli imputati nei confronti dei quali, nel periodo compreso tra il 2 novembre e il 30 dicembre 2022, scadevano i termini per l'impugnazione della sentenza emessa a seguito di rito abbreviato. Sia che l'imputato abbia deciso di presentare appello, sia che questi abbia lasciato decorrere i termini, in ogni caso il rinvio sembrava presentare profili di irragionevolezza, privando l'imputato – in ipotesi, in assenza di giustificazioni legittime – della possibilità di scegliere l'applicazione di un beneficio sanzionatorio in cambio della mancata impugnazione.

Se di certo una disciplina transitoria non avrebbe potuto sanare il *vulnus* subito dall'imputato non impugnante, stante il limite all'efficacia retroattiva costituito dal giudicato, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p. (vd. *Infra* § 3.4.), essa sarebbe invece potuta intervenire, come già accennato, attraverso l'equiparazione, ai fini dell'art. 442, co. 2-bis, c.p.p., tra mancata impugnazione e rinuncia all'impugnazione: una soluzione che – auspicabile con riferimento a tutti gli imputati che avessero proposto appello prima

dell'entrata in vigore del nuovo beneficio sanzionatorio (vd. *supra* § 3.2.) –sarebbe stata ancora più opportuna, per le motivazioni anzidette, in relazione agli imputati che avessero impugnato nel periodo di prolungata *vacatio legis*.

3.4. Infine, riprendendo alcune considerazioni svolte nel precedente paragrafo, un breve cenno alle ipotesi in cui la citata fattispecie giuridica complessa sia stata integrata in tutti i suoi elementi (richiesta di accesso al rito abbreviato, ordinanza di ammissione, mancata impugnazione della sentenza di condanna), prima dell'entrata in vigore dell'art. 442, co. 2-*bis*, c.p.p. Si tratta di ipotesi in cui la pronuncia non può che essere passata in giudicato, dal momento che l'elemento negativo della citata fattispecie (la mancata impugnazione, entro i termini di legge, della sentenza di condanna) determina l'irrevocabilità della sentenza stessa. Come noto, l'art. 2, co. 4, c.p. individua nella presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato un limite invalicabile all'efficacia retroattiva della *lex mitior*. La ragionevolezza di tale deroga è costantemente messa in discussione da una parte della dottrina⁹, che – sulla spinta di un orientamento di stampo spiccatamente “sostanzialistico” della giurisprudenza della Corte Edu¹⁰ e, più in generale, di una progressiva erosione del dogma dell'intangibilità del giudicato¹¹ – rileva come anteporre la “certezza del diritto” (di fatto, un'esigenza puramente “pratica”) ad esigenze di giustizia sostanziale non sia in linea con l'attuale volto costituzionale dell'ordinamento penale. Fino ad oggi, tuttavia, la Corte Costituzionale ha fatto salva la legittimità dell'art. 2, co. 4, c.p., riconoscendone il fondamento nell'«esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti» (Corte Cost., 20 maggio 1980, n. 74, § 3).

Di conseguenza, la riduzione di un sesto della pena prevista dall'art. 442, co. 2-*bis*, c.p.p. non potrà applicarsi agli imputati nei confronti dei quali i termini per impugnare la sentenza di condanna in rito abbreviato siano scaduti prima dell'entrata in vigore della legge “Cartabia”.

⁹ Vd. per tutti S. Del Corso, (voce) *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, 1999, p. 92 ss.; L. Bin, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 7-8, p. 2965 ss.

¹⁰ Cfr. C. Edu, sez. III, *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016, con nota di F. MAZZACUVA, [La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la corte europea elude un confronto diretto con il problema](#), in cui la Corte di Strasburgo rilevava una violazione dell'art. 7 Cedu proprio in relazione alla mancata applicazione retroattiva di una legge più favorevole entrata in vigore successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna pronunciata nei confronti del ricorrente.

¹¹ Si pensi, in particolare, alla sentenza C. Cost. 18 luglio 2013, n. 210, che – con riferimento al caso dei c.d. “fratelli minori” di Scoppola – ha stabilito che la pena dichiarata convenzionalmente illegittima dell'ergastolo dovesse essere sostituita – per coloro che si trovassero nella stessa situazione di Scoppola – con la pena di trenta anni di reclusione. Di tali principi ha fatto poi applicazione Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, dep. 2014, n. 18821, Ercolano, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014, con nota di F. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. riflessioni in margine alla pronuncia delle sezioni unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola](#).

IL RAPPORTO DEL WORKING GROUP ON BRIBERY DELL'OCSE SULL'APPLICAZIONE IN ITALIA DELLA CONVENZIONE SULLA LOTTA ALLA CORRUZIONE DI PUBBLICI UFFICIALI STRANIERI NELLE OPERAZIONI ECONOMICHE INTERNAZIONALI

di Maria Chiara Ubiali

1. Lo scorso 13 ottobre 2022 il *Working Group on Bribery* (WGB)¹ dell'OCSE ha adottato – nell'ambito della quarta fase di monitoraggio avviata nel 2016 – il rapporto di valutazione sull'Italia che può leggersi [in allegato](#)². Tale documento – che pubblichiamo nella [traduzione italiana](#) ora disponibile sul sito dell'organizzazione – valuta ed esprime raccomandazioni sull'applicazione nel nostro Paese della Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali³, nonché sullo stato di attuazione della Raccomandazione del Consiglio per il rafforzamento della lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni commerciali internazionali⁴.

Si tratta di un documento che ha suscitato grande interesse e fatto molto discutere, soprattutto per le pagine in cui il WGB, dopo aver comunque lodato alcuni passi avanti compiuti dall'Italia su vari fronti, manifesta senza infingimenti una decisa critica nei confronti delle diverse sentenze di proscioglimento pronunciate all'esito di procedimenti penali per fatti di corruzione internazionale riconducibili all'art. 322 bis c.p. Lasciamo tra parentesi, sullo sfondo, il tema politico relativo ai limiti entro i quali può dirsi ammissibile e opportuno che un organismo internazionale critichi gli esiti assolutori di sentenze emesse dai giudici indipendenti di uno Stato sovrano. Su questo

¹ Istituito in ambito OCSE nel 1994, come è noto, il *Working Group on Bribery* controlla l'attuazione della Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e della Raccomandazione per ulteriori strategie di lotta contro la corruzione degli impiegati pubblici nelle transazioni economiche internazionali, introdotta originariamente nel 2009. Il *Working Group on Bribery* è composto dai rappresentanti degli Stati che hanno sottoscritto la citata Convenzione e si riunisce a Parigi quattro volte all'anno.

² Come si apprende dalla lettura del rapporto, il gruppo di valutazione sull'Italia che ha operato in questa fase era composto da esaminatori statunitensi e tedeschi, nonché da membri della divisione anticorruzione dell'OCSE. Dopo aver ricevuto le risposte dell'Italia al questionario standard previsto dalla Fase 4 e alle domande supplementari specifiche per il Paese, il gruppo di valutazione ha condotto una visita in loco a Milano e Roma dal 4 all'8 aprile 2022.

³ La Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali è stata firmata il 17 dicembre 1997 ed è entrata in vigore il 15 febbraio 1999. Attualmente l'Accordo è stato sottoscritto da 44 Paesi (tutti gli Stati facenti parti dell'OCSE e 6 Stati ad esso esterni). La Convenzione è in vigore in Italia dal 15 dicembre 2000 (legge di ratifica n. 300 del 2000).

⁴ Si tratta di un documento originariamente adottato nel 2009 e quindi riemanato in una versione riveduta il 26 novembre 2021. Il testo aggiornato è reperibile al link: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>

punto – a dimostrazione del clamore che il report ha suscitato – si è espressa con un comunicato la stessa Associazione Nazionale Magistrati⁵. Lo scopo di questo nostro breve contributo è solo di mettere a disposizione dei lettori il rapporto e i suoi contenuti. Si tratta, indubbiamente, di un documento di grande interesse, che si segnala altresì per offrire una visione sinottica della maggior parte delle tematiche e delle questioni problematiche che riguardano la corruzione internazionale.

Se ampio è stato il dibattito successivo alla pubblicazione del report⁶, seguita da inevitabili polemiche, non altrettanto noti e dibattuti ci sembrano essere ancora i contenuti, all'interno di un ampio e articolato documento che la nostra *Rivista* mette ora a disposizione dei lettori e del dibattito, a cominciare da quello scientifico.

2. Il documento è strutturato in tre parti. A) La prima analizza i profili problematici legati all'individuazione dei reati di corruzione internazionale (p. 12 ss.), soffermandosi in particolare sulle modalità con le quali le notizie di reato giungono nella disponibilità dell'autorità giudiziaria. B) La seconda parte – quella, ci pare, di maggiore interesse – affronta le diverse criticità che riguardano la repressione penale della corruzione internazionale e dei reati ad essa correlati (p. 36 ss.). Nell'ultima parte del documento, infine, il gruppo di lavoro dell'OCSE focalizza l'attenzione C) sulla responsabilità delle persone giuridiche (p. 82 ss.), concentrandosi, tra gli altri aspetti, sull'annosa questione dei livelli delle sanzioni pecuniarie per gli enti.

3. Per quanto riguarda A) l'individuazione dei reati di corruzione internazionale, il rapporto svolge alcune riflessioni sulla base dei dati relativi a ventinove procedimenti penali avviati successivamente alla conclusione della terza fase di monitoraggio del WGB nei confronti dell'Italia (p. 13 ss.). I dati mostrano come, nella maggioranza dei casi, la *notitia criminis* non sia stata scoperta proattivamente dalla autorità giudiziaria, ma sia giunta alla sua attenzione da altre fonti. Le informazioni fornite dalle autorità straniere rappresentano la fonte principale delle denunce (28%). Per contro, il monitoraggio dei media e le segnalazioni del personale diplomatico estero hanno generato un numero relativamente basso di denunce. Tre casi di corruzione internazionale hanno preso avvio mediante verifiche delle autorità fiscali. Mentre non si segnalano, nell'arco temporale preso in considerazione (dal 2011 ad oggi), procedimenti avviati su segnalazione di professionisti contabili e di revisori dei conti esterni alle imprese o su indicazione delle imprese stesse. Nessuna notizia di reato è pervenuta all'autorità giudiziaria da parte delle Agenzie partecipate dallo Stato che, a vario titolo, sostengono l'espansione delle aziende italiane all'estero tramite misure di finanziamento o erogazione di credito a tassi agevolati (p. 29 ss.). Il documento del WGB si riferisce in particolare a SACE (Società assicurativa finanziaria partecipata dal Ministero

⁵ Il comunicato è stato rilasciato dall'Associazione Nazionale Magistrati il 26 ottobre 2022, ed è consultabile al link: <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3866/lanm-sul-phase-4-report-delloce-in-tema-di-lotta-alla-corruzione.htm>

⁶ Si v., per una autorevole presa di posizione su alcuni degli aspetti toccati dal report, E. Fusco, L. Salazar, *Accordi extraprocessuali per collaborare meglio con le autorità straniere*, in *Il Sole24ore*, 10 novembre 2022.

dell'Economia) e a SIMEST (Società del gruppo Cassa Depositi e Prestiti), enti a partecipazione pubblica che, da quanto si legge nel rapporto, non hanno individuato e comunicato all'autorità giudiziaria casi di corruzione internazionale, sebbene siano state formulate accuse per tale ipotesi di reato nei confronti di imprese che da essi hanno ottenuto sostegno finanziario.

Per ovviare all'inattività, o comunque per aumentare il contributo dei soggetti appena menzionati all'opera di segnalazione dei casi di corruzione internazionale, il rapporto raccomanda all'Italia di sviluppare in modo più significativo, e a vario livello, progetti di formazione dei funzionari e degli operatori di settore con riguardo alle specificità della corruzione internazionale e alle tematiche ad essa collegate. Nondimeno, il WGB suggerisce al nostro Paese di intraprendere politiche di sensibilizzazione nei confronti dei funzionari circa il dovere di denuncia di tale reato alle autorità giudiziarie e di polizia. Al fine di una maggiore partecipazione di tutti i soggetti alle politiche di prevenzione e repressione della corruzione internazionale, il rapporto annovera altresì tra gli obiettivi principali da raggiungere il miglioramento del quadro normativo in materia di *whistleblowing* (p. 16 ss.): *in primis*, attraverso l'implementazione degli strumenti di tutela e di ricorso contro qualsiasi azione di ritorsione nei confronti di chi segnala illeciti. A questo riguardo va sottolineato che, lo scorso 9 dicembre 2022, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1937, "riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali". La bozza è stata sottoposta al vaglio delle competenti commissioni parlamentari e si attende quindi la delibera del Consiglio dei Ministri e la successiva entrata in vigore del decreto legislativo; il quale si propone di armonizzare le previsioni già vigenti con quelle da adottare per conformarsi alla Direttiva europea.

Il documento in esame rivolge inoltre un appello più ampio all'Italia, affinché si doti di una strategia globale di contrasto alla corruzione internazionale, sul modello di quanto viene fatto da ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) con riferimento al coordinamento delle politiche anticorruzione nel settore pubblico interno (p. 12 e in più punti del documento). Secondo il WGB, tale strategia dovrebbe, in prima battuta, individuare i settori e le attività a maggior rischio di corruzione internazionale, quindi sviluppare le specifiche misure per fronteggiare tali rischi e, infine, designare gli organismi responsabili dell'attuazione delle misure e i meccanismi di valutazione della loro efficacia. Un insieme di operazioni che in effetti ben ricalca i contenuti del Piano Nazionale Anticorruzione, sviluppato a cadenza triennale da ANAC.

4. Ma veniamo ora alla parte del documento più specificamente dedicata alla B) repressione penale della corruzione internazionale e dei reati ad essa correlati (p. 36 ss.). Dopo una sintetica analisi delle diverse fattispecie inquadrata nell'art. 322 *bis* c.p., il rapporto si concentra diffusamente sul controverso tema del raggiungimento dello *standard* della prova nei processi di corruzione internazionale.

È questa la parte del rapporto – lo dicevamo in avvio – sulla quale si è soffermata l'attenzione maggiore e dove emerge il disappunto del WGB per le numerose

assoluzioni con le quali si sono conclusi molti dei processi istruiti nel nostro Paese per fatti di corruzione internazionale. A questo proposito, il documento elenca i fattori che – secondo i valutatori del gruppo di lavoro – hanno ostacolato, e ostacolano, una più corretta valutazione processuale di tali condotte. In esito a questa rassegna emerge una opinione critica nei confronti delle modalità con le quali viene condotto l'accertamento processuale in caso di imputazione per l'art. 322 *bis* c.p., e la raccomandazione affinché si possa giungere in questo ambito ad un deciso cambio di paradigma.

È noto che i procedimenti che riguardano i reati di corruzione – sia nella dimensione interna, sia in quella internazionale – sono il più delle volte basati su indizi: di rado, infatti, il corruttore e il corrotto sono colti in flagranza e spesso il rapporto tra costoro è mediato da un intermediario; tanto che, soprattutto quando non si dispone di intercettazioni o di scambi di messaggi scritti tra le parti, non sussiste alcuna prova che i soggetti coinvolti abbiano negoziato direttamente l'accordo corruttivo. Ne consegue dunque che gli unici elementi che possono essere presi in considerazione al fine della prova della sussistenza del delitto sono gli indizi.

Nel nostro ordinamento è l'art. 192, co. 2 c.p.p. ad occuparsi del criterio di valutazione degli indizi, stabilendo che: «*l'esistenza di un fatto non può essere desunta da [indizi](#) a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti*». La casistica presa in considerazione nel documento in esame (p. 37 ss.) mostra come tale disposizione sia spesso interpretata nella prassi secondo un modello che – lo dicevano poco sopra – ha suscitato le perplessità dei valutatori del WGB. Nelle decisioni attenzionate dal Gruppo di lavoro, infatti, gli indizi sono valutati dai giudici isolatamente; così come le eventuali argomentazioni a discolta addotte dai difensori, che vengono di conseguenza esaminate in relazione al singolo indizio specifico. Questa valutazione non olistica degli elementi indiziari fa sì che – per la natura stessa dell'indizio – sia spesso immaginabile in astratto una argomentazione disculpante. L'indizio rappresenta infatti una circostanza che, se considerata in modo isolato, possiede una valenza dimostrativa solo possibilistica, suscettibile di spiegazioni alternative. Nel modello di analisi diffuso nella nostra prassi e criticato dal WGB, l'individuazione, sempre possibile da parte del difensore, di un'argomentazione a discolta, impedisce al giudice di utilizzare il singolo indizio ai fini della prova, rendendo così particolarmente difficile la dimostrazione dell'esistenza del *pactum sceleris*.

L'opinione dei valutatori del WGB – suffragata dagli interventi di alcuni esperti italiani (p. 39-40) che sono stati auditi nella fase di valutazione (soprattutto giudici e pubblici ministeri) – è che la modalità di applicazione dell'art. 192, co. 2 c.p.p. appena descritta abbia dato luogo ad uno standard probatorio eccessivamente severo, che ha condotto troppo spesso ad esiti assolutori. Da quanto si legge nel rapporto, infatti, gli ultimi sette casi di corruzione internazionale emersi nel nostro Paese si sono conclusi con cinque proscioglimenti integrali, un proscioglimento parziale e una condanna (non ancora definitiva); e la modalità di valutazione degli indizi è stato il motivo principale dei proscioglimenti in tre dei casi in questione.

5. Anche il livello di dettaglio richiesto con riguardo alla prova dell'accordo corruttivo (p. 40-41) è senz'altro uno dei fattori che ha contribuito, e contribuisce, alla prevalenza del numero dei proscioglimenti sulle condanne. In alcuni noti casi di corruzione internazionale infatti i tribunali, per affermare la sussistenza di tale delitto,

hanno ritenuto necessaria la prova di tutti i dettagli dell'accordo, quali la data, il luogo, le parti coinvolte e le precise condizioni finanziarie previste. Il rapporto del WGB – anche su questo aspetto giovandosi delle affermazioni di alcuni esperti interni coinvolti nella procedura di valutazione – ritiene che un tale grado di precisione della prova del *pactum sceleris* sia raramente disponibile nei casi di corruzione internazionale, in ragione della collocazione dei fatti anche all'estero e del coinvolgimento di soggetti stranieri, spesso non perseguibili dalla nostra autorità giudiziaria. Se all'obbligo di provare tali dettagli si aggiungono le già illustrate difficoltà legate all'utilizzo degli indizi, ben si comprende allora, si legge nel rapporto, come diventi estremamente difficile dimostrare la sussistenza del delitto di corruzione internazionale.

6. Un ulteriore fattore di difficoltà nella prova della corruzione internazionale è individuato dal WGB nella modalità con la quale sono trattati nella prassi italiana i casi, ricorrenti, in cui il presunto corruttore – di solito il dirigente di una società – paga una somma consistente di denaro ad un consulente, affinché questi faccia tutto il necessario per aggiudicarsi un contratto di appalto pubblico in un Paese straniero caratterizzato da un elevato livello di corruzione (p. 42-43). Il documento in esame ritiene che, in situazioni come queste, il dirigente debba essere ritenuto responsabile di corruzione internazionale non solo quando abbia consapevolmente corrotto un pubblico ufficiale straniero, ma anche quando si sia dimostrato imprudente, negligente o “*wilfully blind*” circa l'eventualità che il denaro versato ad un intermediario potesse essere successivamente devoluto al funzionario pubblico per fini corruttivi. Nel nostro Paese sono invece andati assolti dall'accusa di corruzione internazionale soggetti per i quali non è stato possibile dimostrare la piena consapevolezza dell'effettiva destinazione illecita di parte delle somme corrisposte al consulente. In questi casi, la rappresentazione generica della situazione di pericolo quale effetto dell'azione intrapresa non è stata ritenuta sufficiente per determinare la responsabilità.

7. Questione oggetto di valutazione da parte del WGB è altresì quella relativa all'autonomia del delitto di corruzione internazionale (p. 46 ss.). La Convenzione OCSE – all'art. 1 – impone infatti che la condanna di un soggetto per tale delitto in uno Stato membro non possa richiedere che gli elementi costitutivi del reato siano valutati anche alla stregua della legislazione del diverso Paese del funzionario corrotto. La giurisprudenza presa in considerazione dal documento in esame non sembra tuttavia aver garantito il rispetto di questa indicazione, in particolare con riferimento alla definizione di pubblico ufficiale straniero. A questo proposito il rapporto menziona, infatti, una sentenza della Corte di cassazione del 2009⁷ – presa poi a modello da molte decisioni successive – la quale ha sancito che, con riguardo alla nozione di pubblico ufficiale ai fini della corruzione internazionale, il giudice è chiamato ad applicare un test a duplice schema: *in primis*, deve accertare d'ufficio la normativa straniera pertinente per determinare se il funzionario corrotto svolga funzioni o attività ritenute, per quel Paese,

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 5 novembre 2009, n. 49532, *DeJure*.

di natura pubblica; quindi tale attività deve rappresentare una funzione pubblica anche alla luce delle legge italiana. Uno schema, quello appena illustrato, che sembrerebbe tuttavia rendere in reato in questione non autonomo, esponendosi così alle critiche dei valutatori del WGB.

Pongono ugualmente problemi di autonomia della fattispecie le sentenze che – giudicando della possibile integrazione del delitto di corruzione internazionale per un atto contrario ai doveri d’ufficio – richiedono di valutare la legalità della condotta del funzionario alla stregua del diritto dell’ordinamento straniero (p. 47). Secondo il WGB le difficoltà pratiche che derivano dalla valutazione degli elementi della fattispecie anche alla luce del diritto straniero contribuiscono – insieme alle altre criticità sopra menzionate – a rendere la sussistenza del *pactum sceleris* quasi indimostrabile.

8. Ma non è finita qui: secondo i valutatori del WGB altri sono infatti gli scogli che la legislazione e la prassi del nostro Paese pongono sulla strada dell’accertamento del delitto di corruzione internazionale. A questo proposito, ampio spazio viene dedicato alla possibilità di ricorrere all’accusa di concussione (art. 317 c.p.) quale causa di esclusione della responsabilità per il privato che ha corrisposto o promesso denaro ad un pubblico ufficiale straniero (p. 48 ss.). Si tratta di una eventualità questa, certo ridimensionata dopo il restringimento del campo di applicazione dell’art. 317 c.p., avvenuto nel 2012 a beneficio del nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.). Nondimeno, quest’ultima fattispecie, pur non escludendo la responsabilità del privato, prevede nei suoi confronti una pena massima (3 anni di reclusione) significativamente inferiore rispetto a quella inflitta per i delitti di corruzione (8 o 10 anni). Il documento evoca d’altra parte alcune decisioni nelle quali particolarmente modesto è stato lo standard della prova richiesto per far sì che, nei confronti del privato, l’iniziale accusa di corruzione internazionale si tramutasse in una decisione di irresponsabilità – perché questi era stato in realtà vittima di una condotta concussoria – oppure in una condanna per induzione indebita, con l’inflizione quindi di una pena sensibilmente minore. Da ciò discende la raccomandazione che l’Italia monitori con particolare attenzione la casistica in questo ambito e faccia in modo, anche eventualmente intervenendo sulla legislazione, che le sanzioni concretamente inflitte per il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.) siano efficaci, proporzionate e dissuasive.

Un rischio di esonero dalla responsabilità per fatti di corruzione internazionale viene altresì individuato dal rapporto nella causa di non punibilità di cui all’art. 323 *ter* c.p. (p. 52-53), introdotta nel 2019 dalla legge c.d. “Spazza-corrotti”, e che – in presenza di alcune condizioni legate alla tempestività della dichiarazione – sancisce la non punizione nei confronti di chi «denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili». I valutatori del WGB evidenziano alcune criticità legate all’applicazione di questo strumento al delitto di corruzione internazionale, pur dando atto che non sono finora emersi nella prassi casi in cui esso è stato utilizzato.

9. Il documento dedica quindi spazio ad alcune tematiche relative all'organizzazione e alle politiche di coordinamento tra gli organi preposti alle indagini in materia di corruzione internazionale (p. 53 ss.). *In primis*, si esprime preoccupazione per la perdurante mancanza di un *database* centrale che raccolga le informazioni relative a tutti i procedimenti in corso per il reato di corruzione internazionale, contribuendo così a scongiurare la possibilità che più procure si ritrovino contemporaneamente ad indagare sugli stessi fatti. I valutatori del WGB plaudono invece all'iniziativa della Procura della Repubblica di Milano che, nel 2018, ha istituito al proprio interno un Dipartimento specializzato nel perseguimento dei reati economici transnazionali (p. 55-56): esso rappresenta ad oggi l'autorità che in Italia ha gestito il maggior numero di procedimenti per fatti di cui all'art. 322 *bis* c.p. A questo proposito, il rapporto considera estremamente positiva l'istituzione di nuclei specializzati, nell'ottica della concentrazione delle competenze e della massimizzazione dell'efficienza nel contrasto ad una tipologia di reato così complesso dal punto di vista della prova nel processo. Non poteva mancare quindi un accenno al tema delle risorse (p. 56-57): le indagini per reati transnazionali comportano senza dubbio un significativo impiego di mezzi, sia in termini di denaro, sia con riferimento ai magistrati coinvolti. Il documento del WGB raccomanda allora che le risorse, economiche e umane, destinate a tali processi siano sempre commisurate alla mole di lavoro effettivamente esistente.

10. Significativa è altresì quella parte del documento che concentra l'attenzione su alcuni aspetti legati alle tempistiche dei procedimenti per corruzione internazionale (p. 58 ss.). Innanzitutto, il WGB ritiene troppo breve il limite temporale massimo di due anni entro il quale vanno necessariamente concluse le indagini preliminari (artt. 405-407 c.p.p.). Nell'eventualità di casi particolarmente complessi deve infatti essere concesso all'autorità inquirente un lasso di tempo più ampio per completare le investigazioni. Un accenno viene fatto altresì al tema della prescrizione (p. 63-64). A questo riguardo si ricorda come, nella precedente fase di valutazione, molte erano state le voci che avevano lamentato l'inadeguatezza dei termini di prescrizione in questo ambito, reputandoli troppo brevi. Si plaude allora alle recenti riforme che hanno innalzato i termini di prescrizione complessivi; portando per esempio a 15 anni il termine di prescrizione massimo per il delitto di corruzione internazionale per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

11. Non ci tratteniamo sulle parti – che pur meriterebbero un approfondimento – relative all'acooperazione giudiziaria tra gli Stati (p. 64 ss.) e ai reati collegati alle fattispecie di cui all'art. 322 *bis* c.p. (p. 71 ss.). Un qualche cenno va fatto invece al tema delle risoluzioni non processuali dei casi di corruzione internazionale (p. 75 ss.). La stragrande maggioranza dei processi condotti nel nostro Paese con riferimento a tale reato si conclude infatti attraverso un patteggiamento. Tale forma di risoluzione processuale solleva tuttavia alcune criticità, già evidenziate nelle fasi di valutazione precedenti, e sulle quali ritorna anche il documento in esame. Su tutte, si ribadisce la necessità di rendere pubblici, compatibilmente con le norme sul rispetto della privacy, gli aspetti fondamentali dell'accordo tra le parti: a) i fatti principali e i soggetti coinvolti;

b) le considerazioni rilevanti per la risoluzione del caso e per la commisurazione della pena; c) il tipo di sanzioni comminate.

La parte del rapporto dedicata alla repressione penale della corruzione internazionale riserva, infine, uno sguardo alle sanzioni previste per le persone fisiche (p. 77 ss.). Qui è significativo notare come il WGB ritenga “relativamente leggera” le pene inflitte all’esito dei processi attenzionati dai valutatori. Tale esiguità delle sanzioni è ricondotta dal documento alle numerose riduzioni di pena previste nel nostro ordinamento, *in primis* quelle concedibili in virtù della scelta di un rito alternativo. In questo quadro si comprende allora il favore con il quale viene accolto il recente inasprimento delle pene detentive principali e delle pene accessorie, introdotto per mano della già citata legge “Spazza-corrotti”. Sempre con riferimento al tema delle sanzioni, i valutatori rinnovano all’Italia l’invito a introdurre anche per il delitto di cui all’art. 322 *bis* c.p. la possibilità di comminare la pena pecuniaria (p. 79). Secondo il WGB l’Italia rappresenta infatti un’eccezione tra i Paesi membri, i quali, in 41 casi su 43, contemplano anche le pene pecuniarie per le persone fisiche responsabili di corruzione internazionale.

12. Il documento si conclude con un’ultima parte dedicata alla C) responsabilità delle persone giuridiche (p. 82 ss.). Il Gruppo di lavoro individua a questo proposito alcune questioni problematiche, già attenzionate nella precedente fase di valutazione. Si lamenta innanzitutto come la formulazione dell’art. 5 del d.lgs. 231/2001, nel delineare – alle lettere a) e b) – i soggetti le cui condotte possono comportare la responsabilità dell’ente, possa essere interpretata nel senso di escludere la condanna della persona giuridica quando il reato è commesso da un dipendente di livello inferiore a quello direttivo medio (p. 82-83). Si tratta di una esegesi, quest’ultima, che contrasta con quanto disposto dall’art. 2 della Convenzione il quale, si legge nel rapporto, non limita la responsabilità agli atti dei dipendenti al di sopra di un determinato livello (come fa invece la lett. a, art. 5 d.lgs. 231/2001), né richiede che il dipendente colpevole si trovi sotto la supervisione e la direzione diretta o immediata di un dirigente aziendale di grado più elevato (ciò che invece dispone la lett. b, art. 5 d.lgs. 231/2001).

Un focus particolare è riservato, anche per le persone giuridiche, al tema delle sanzioni pecuniarie (p. 85 ss.). Già nella precedente fase di valutazione si era raccomandato all’Italia di aumentare il livello massimo delle sanzioni pecuniarie previste per le persone giuridiche, facendo sì che le circostanze attenuanti e la riduzione del *quantum* della pena per l’adozione di riti alternativi non impediscano l’irrogazione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive anche per le grandi compagnie aziendali. A questo proposito, nell’ambito di valutazioni che hanno riguardato altri Paesi, il WGB ha suggerito altresì l’adozione di sanzioni pecuniarie massime rapportate al fatturato dell’azienda. Il documento evidenzia infine come l’attuale regime sanzionatorio – sul quale non sono intervenute le modifiche sperate – abbia mostrato nella prassi più recente tutta la sua inadeguatezza.

Il rapporto dedica spazio anche al tema delle sanzioni interdittive (p. 87-88). I valutatori del Gruppo di lavoro ritengono che tali sanzioni rappresentino uno strumento al quale è senz’altro opportuno ricorrere nei giudizi resi nei confronti delle persone giuridiche. Nell’ordinamento italiano, tuttavia, anche le misure interdittive rivolte agli

enti si segnalano per la loro esiguità e per essere facilmente sostituibili con la pena pecuniaria al ricorrere di determinate condizioni spesso dipendenti dalla volontà dell'ente stesso (per es. quando l'ente, prima dell'inizio del processo, risarcisce integralmente il danno ed elimina le conseguenze dannose e pericolose del reato).

Il WGB tocca quindi anche l'annoso tema del termine di prescrizione per le persone giuridiche (p. 91-92). Mentre per le persone fisiche – lo accennavamo poco sopra – la disciplina della prescrizione è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, con riguardo alla responsabilità degli enti rimane inalterato l'art. 22 d.lgs. 231/2001, secondo cui «le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato». Il Gruppo di lavoro manifesta la sua perplessità per il fatto che moltissimi sono ancora i procedimenti in cui matura nei confronti dell'ente il termine di prescrizione.

13. Il report del WGB colloca infine nelle pagine conclusive un utile riassunto dei propri contenuti. Da un lato, vengono ricordate le buone prassi e i risultati positivi raggiunti dall'Italia (p. 98-99) a partire dalla precedente fase di valutazione; dall'altro lato, si elencano di nuovo, in maniera sintetica, tutte le raccomandazioni rivolte dai valutatori al nostro Paese (p. 99 ss.) e le questioni che saranno oggetto di monitoraggio (p. 104). Su entrambi questi ultimi aspetti l'Italia sarà chiamata a rendere conto per iscritto al Gruppo di lavoro nell'ottobre del 2024.

**OMICIDIO COLPOSO DERIVANTE DA INQUINAMENTO
AMBIENTALE: IL PROBLEMA DELL'ACCERTAMENTO DEL NESSO
CAUSALE IN CONDIZIONI DI INCERTEZZA SCIENTIFICA
IN UNA PRONUNCIA ASSOLUTORIA DEL TRIBUNALE DI TRENTO**

*Trib. Taranto, Sez. G.U.P., sentenza del 12 luglio 2022 (dep. 10 ottobre 2022),
Est. Carriere, C.A.*

di Silvia Bernardi

1. Un'interessante pronuncia del Tribunale di Taranto – qui pubblicata in allegato – si sofferma sul problema dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro per danni cagionati a terzi nell'esercizio dell'attività industriale, con particolare riferimento alle ipotesi in cui si assuma che soggetti estranei all'organizzazione aziendale abbiano contratto patologie correlate alla dispersione di sostanze inquinanti provenienti da un sito produttivo.

La decisione si affianca alla più ampia vicenda giudiziaria che tuttora interessa lo stabilimento siderurgico dell'ex Ilva di Taranto, costituendo per molti versi un'appendice del processo "Ambiente svenduto", recentemente definito con sentenza di primo grado¹; più precisamente, le accuse mosse in quest'occasione dalla Procura tarantina riguardano la **morte di un bambino di cinque anni a causa di un grave tumore neurologico (astrocitoma pilomixoides)**, la cui insorgenza viene collegata all'esposizione alle sostanze tossiche rilasciate dagli impianti siderurgici dell'ex Ilva in un periodo in cui costui ancora si trovava allo stato fetale. Il reato contestato a diversi responsabili di area e a un dirigente di stabilimento delle acciaierie tarantine è quello di **omicidio colposo aggravato** ai sensi dell'**art. 589 c. 2 c.p.** per essere stato determinato dalla **violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro**, non risultando applicabile *ratione temporis* il delitto di "Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale" oggi previsto dall'art. 452-ter c.p., collocato dalla l. 22 maggio 2015, n. 68 all'interno dell'attuale Titolo VI-bis del codice penale.

A differenza del più noto "maxi-processo" celebrato davanti alla Corte d'assise di Taranto, dunque, il procedimento in esame non muove dalla contestazione di macro-eventi innescati da fenomeni di inquinamento industriale, offensivi di beni quali l'ambiente e l'incolumità pubblica², ma dalla causazione di un singolo evento lesivo ai

¹ Tribunale di Taranto, Prima Corte di Assise, 31 maggio 2021 (dep. 28 novembre 2022), n. 1.

² Nel procedimento "Ambiente svenduto", infatti, le principali figure di reato contestate dalla Procura tarantina sono state quelle di disastro (art. 434 c.p.), omissione di cautele (art. 437 c.p.) e avvelenamento di acque (art. 439 c.p.), accanto all'associazione per delinquere, a reati contro la p.a. e la fede pubblica, e a diverse ulteriori figure delittuose e contravvenzionali. Sul punto si può rimandare a C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFFANI – D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, II. Imprese e sicurezza* (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrypp), 2015, p. 149 ss.; cfr. anche S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, p. 192 ss.

danni di un soggetto del tutto estraneo all'esercizio dell'impresa. Nel caso di specie, nondimeno, il giudice dell'udienza preliminare giunge a escludere la sussistenza del fatto oggetto di imputazione, attribuendo carattere decisivo, come si vedrà, all'impossibilità di individuare una legge scientifica di copertura da cui inferire l'esistenza di una correlazione causale tra l'esposizione alle sostanze tossiche provenienti dallo stabilimento Ilva e l'insorgenza della specifica patologia tumorale che aveva condotto alla morte la giovane persona offesa.

2. La vicenda di cui si tratta ha origine tra il novembre 2008 e il febbraio 2009, periodo corrispondente ai primi quattro mesi di vita fetale della vittima, durante i quali la madre del nascituro prestava servizio presso uno studio commercialista sito nel rione Tamburi di Taranto.

Il quartiere in questione, il cui nome è ormai noto alle cronache proprio a causa dell'elevato numero di patologie tumorali riscontrate tra i residenti³, si trova a brevissima distanza – circa 200 metri – dagli stabilimenti dell'Ilva. La tesi della pubblica accusa, pertanto, era che la diretta esposizione della donna agli agenti nocivi derivanti dagli impianti siderurgici nel delicato frangente dei primi mesi della gravidanza avesse arrecato danni irreversibili al bambino, concretatisi nell'insorgenza della grave neoplasia neurologica, diagnosticatagli fin dai primi mesi di vita, che lo aveva condotto alla morte nel luglio 2014; per questo motivo, la Procura di Taranto riteneva che il decesso del minore fosse addebitabile alla condotta colposa dei diversi responsabili delle Aree Agglomerato, Parchi Minerali, Cokeria, Altiforni, Acciaierie e Gestione Rottami di Ilva s.p.a., oltre che al direttore dello stabilimento tarantino, i quali, omettendo le necessarie misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, avrebbero permesso la dispersione delle sostanze inquinanti derivanti dalle lavorazioni siderurgiche tanto all'interno dei luoghi di lavoro quanto all'esterno degli impianti produttivi.

3. Come si anticipava, le accuse mosse dalla Procura tarantina sono state considerate infondate dal giudice dell'udienza preliminare, che ha assolto con la formula più ampia il solo tra gli otto imputati ad aver richiesto il giudizio abbreviato condizionato, disponendo il non luogo a procedere nei confronti degli altri.

La pronuncia in commento concerne specificamente la posizione dell'imputato giudicato con rito abbreviato, ma le valutazioni svolte dal G.U.P. risultano ugualmente riferibili a tutti i soggetti nei cui confronti il pubblico ministero aveva richiesto il rinvio a giudizio. Può pertanto essere utile ripercorrere brevemente le motivazioni che hanno

³ La correlazione tra inquinamento industriale e incidenza anomala di patologie nelle aree prossime allo stabilimento è stata messa in luce fin dai primi studi epidemiologici condotti sulla città di Taranto, i quali hanno assunto particolare rilevanza ai fini del processo Ilva; cfr. ad esempio lo studio AA.VV., *Ambiente e salute a Taranto: studi epidemiologici e indicazioni di sanità pubblica*, in *Epidemiologia e Prevenzione*, 36(6), 2012, disponibile online sul sito www.epiprev.it, nel quale si rileva (p. 307) che i quartieri Paolo VI e Tamburi sono quelli in cui si sono registrati i più elevati tassi di ospedalizzazioni e mortalità della popolazione residente.

condotto alla decisione assolutoria evidenziando lo schema argomentativo seguito dal giudicante, strutturalmente articolato in tre passaggi fondamentali:

- i. nella prima parte, che ha funzione di premessa, il G.U.P. circoscrive le condotte colpose oggetto di contestazione, verificando la pertinenza delle norme cautelari in materia di infortuni e malattie sul lavoro richiamate dal p.m. all'interno del capo d'imputazione, da cui dipende l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 589 c. 2 c.p.;
- ii. nella seconda parte, oggetto di indagine è la sussistenza della condotta colposa ascritta a ciascun imputato, consistente nell'aver consentito la diffusione incontrollata di sostanze inquinanti provenienti dallo stabilimento siderurgico, con conseguente esposizione della madre della vittima a tali agenti nocivi durante i primi quattro mesi di gravidanza;
- iii. nella parte conclusiva, infine, viene affrontato il problema del nesso causale tra la condotta contestata e la morte della persona offesa, ovvero tra l'esposizione della vittima alle sostanze inquinanti prodotte da Ilva e l'insorgenza del grave astrocitoma pilomixoide che ne ha provocato il decesso.

4. Muovendo dall'esame delle premesse, occorre anzitutto rilevare come il capo di imputazione fosse stato oggetto di riformulazione da parte dello stesso p.m. nel corso dell'udienza preliminare, dopo che i difensori degli imputati ne avevano lamentato l'eccessiva genericità e indeterminatezza. Di conseguenza, mentre l'accusa originaria si limitava a fare riferimento all'"omessa adozione di misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali", la versione finale indicava specificamente le norme del d.lgs. 81/2008 (Testo unico della sicurezza sul lavoro, da ora T.U.S.L.) che si riteneva fossero state violate dai dirigenti dell'ex Ilva, individuandole negli artt. 15, 18 lett. d), f), h), m), q), z) e comma 3-bis, 19, 64 e 71.

Il puntuale richiamo a specifiche regole cautelari del T.U.S.L. acquisiva rilievo non solo al fine di muovere all'agente un rimprovero a titolo di colpa specifica, ma altresì per fondare la contestazione dell'aggravante di cui all'art. 589 c. 2 c.p.; per poter produrre tali effetti, però, a giudizio del G.U.P. le norme preventive evocate dovevano essere previamente vagliate nella loro pertinenza e rilevanza, in applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di "causalità della colpa" e, nello specifico, del criterio della "concretizzazione del rischio". Come più volte affermato anche dalla Suprema Corte, infatti, il mero riscontro di una posizione di garanzia in capo all'agente non consente un'automatica imputazione dell'evento a titolo di colpa, dovendosi preliminarmente procedere a una verifica della coincidenza tra il rischio concretizzatosi nell'evento e il rischio specifico fronteggiato dalla regola cautelare violata, per poi accertare, in seconda battuta, se tale violazione abbia dispiegato una concreta efficacia causale rispetto all'evento⁴. Ne conseguiva, per il caso di specie,

⁴ Cfr. di recente Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 2021 (dep. 3 giugno 2021), n. 21554; il principio è stato affermato anche da Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021 (dep. 6 settembre 2021), n. 32899, p. 302 ss., relativa al caso del disastro ferroviario di Viareggio, a proposito della quale si può rinviare al commento di P. BRAMBILLA,

l'esigenza di appurare se effettivamente le norme del T.U.S.L. richiamate dal capo di imputazione svolgessero la funzione di prevenire rischi come quello concretizzatosi nell'evento, ossia la causazione di danni all'integrità fisica o alla vita di persone estranee alla compagine aziendale dovuti alla dispersione di sostanze inquinanti.

Procedendo a tale accertamento, il G.U.P. di Taranto esclude, per prima cosa, la pertinenza delle "misure generali di protezione" previste dall'art. 15, specificamente volte a tutelare la salute e la sicurezza "dei lavoratori nei luoghi di lavoro" e, dunque, inconferenti rispetto all'evento concreto; lo stesso viene affermato per le previsioni dell'art. 18, che a loro volta prendono in considerazione rischi specifici concernenti i lavoratori e comunque diversi da quello innescato nel caso in esame. Una considerazione particolare viene dedicata alla disposizione di cui all'art. 18 lett. q), che sancisce il dovere del datore di lavoro di «prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano *causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno* verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio»: pur trattandosi di una norma cautelare espressamente deputata alla protezione di soggetti estranei all'attività d'impresa, tuttavia, la sua rilevanza rispetto al caso di specie viene parimenti esclusa, in quanto gli specifici rischi che essa mira a prevenire – secondo l'interpretazione offertane dalla Cassazione – sono solo quelli promananti dalle particolari misure tecniche adottate dall'impresa per garantire lo svolgimento in sicurezza dell'attività lavorativa⁵.

La medesima valutazione di non conferenza viene estesa anche alle disposizioni di cui all'art. 18 comma 3-bis in tema di obblighi di vigilanza del datore di lavoro (peraltro introdotta solo nell'agosto 2009, dunque successivamente rispetto al periodo in cui la madre della vittima sarebbe stata esposta alle sostanze inquinanti); all'art. 19, attinente agli obblighi del preposto; e all'art. 71, concernente l'obbligo di dotare i lavoratori di attrezzature conformi ai requisiti di legge e idonee a tutelare la loro stessa salute e sicurezza.

L'unica tra le norme cautelari invocate che viene reputata pertinente rispetto allo specifico evento lesivo in contestazione, in sintesi, è quella di cui all'art. 64, co. 1 lett. a) del T.U.S.L., che stabilisce che il datore di lavoro sia tenuto ad assicurare la conformità dei luoghi di lavoro ai requisiti di cui al precedente art. 63, che a sua volta fa rinvio, al primo comma, a quanto prescritto dall'allegato IV al d.lgs. 81/2008, intitolato "Presenza nei luoghi di lavoro di agenti nocivi"; a venire in rilievo, in particolare, sarebbero le disposizioni di cui ai punti 2.1.5. e 2.2. di tale testo normativo, già vigenti al tempo della condotta di esposizione⁶, da cui si ricava l'obbligo del datore di lavoro di assicurare

[Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione](#), in questa Rivista, 9 novembre 2021.

⁵ Così, in particolare, la citata Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, p. 318, in cui si precisa che «L'intento del legislatore è quindi quello di evitare che in funzione della sicurezza delle attività lavorative e dei relativi addetti si creino rischi per la popolazione e l'ambiente esterno ai luoghi di lavoro».

⁶ Sicuramente pertinente sarebbe stata anche la prescrizione di cui al punto 2.1.4.-bis, che stabilisce che "Nei lavori in cui si svolgano gas o vapori irrespirabili o tossici od infiammabili ed in quelli nei quali si sviluppano normalmente odori o fumi di qualunque specie il datore di lavoro deve adottare provvedimenti atti ad impedirne o a ridurne, per quanto è possibile, lo sviluppo e la diffusione", la quale tuttavia non era vigente all'epoca dei fatti, essendo stata inserita dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106.

l'aspirazione di gas, vapori, odori o fumi quanto più possibile vicino al luogo dove sono prodotte (violato in presenza di emissioni c.d. fuggitive o non convogliate) e quello di impedire o ridurre, per quanto possibile, lo sviluppo e la diffusione di polveri nell'ambiente di lavoro (attraverso apparecchi chiusi, sistemi di aspirazione o, in via residuale, inumidimento del materiale).

Attestato che le regole cautelari da ultimo richiamate mirano effettivamente a prevenire rischi legati alla diffusione di sostanze inquinanti prodotte dall'attività lavorativa, si pone tuttavia il problema di stabilire se le medesime, specificamente preposte alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, possano altresì ritenersi finalizzate a proteggere soggetti terzi estranei all'organizzazione aziendale. A tale quesito il G.U.P. di Taranto ritiene di poter rispondere affermativamente, osservando come la Cassazione abbia in più occasioni sostenuto che i presupposti dell'aggravante di cui all'art. 589 c. 2 c.p. possono essere integrati anche nei casi in cui la persona offesa non sia un lavoratore e l'offesa si sia verificata al di fuori del contesto lavorativo, a condizione che l'evento costituisca una concretizzazione del rischio lavorativo, intendendo per tale «quello derivante dallo svolgimento di attività lavorativa e che ha ordinariamente a oggetto la sicurezza e la salute dei lavoratori, ma può concernere anche la sicurezza e la salute di terzi, ove questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di esposizione del lavoratore»⁷. Questa, del resto, è sicuramente la situazione degli abitanti del quartiere Tamburi di Taranto, che, per la particolare vicinanza allo stabilimento, si trovano in una situazione di esposizione sostanzialmente identica a quella riguardante i lavoratori dell'ex Ilva.

Queste considerazioni inducono il G.U.P. a considerare correttamente contestata la circostanza aggravante di cui all'art. 589 c. 2 c.p., così escludendo che il reato, consumatosi nel luglio 2014 con il decesso della vittima, fosse già estinto per prescrizione: la presenza dell'aggravante in parola, infatti, ai sensi dell'art. 157 c. 6 c.p. determina il raddoppio del termine di prescrizione ordinaria. Il giudice, nondimeno, omette (scientemente) di approfondire il profilo inerente al possesso da parte degli imputati delle qualifiche soggettive richieste dal T.U.S.L., pur rilevando l'assenza nel fascicolo del pubblico ministero delle deleghe notarili con cui i singoli incarichi sarebbero stati conferiti. Sebbene, dunque, allo stato degli atti non fosse possibile attribuire la qualifica di datori di lavoro "sotto-ordinati" – piuttosto che di semplici "dirigenti" – a ciascuno dei co-imputati, specialmente con riferimento ai responsabili d'area⁸, il giudice decide consapevolmente di non avvalersi dei propri poteri istruttori

⁷ Così la sentenza relativa al disastro di Viareggio, Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, p. 311. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. IV, 6 maggio 2016 (dep. 10 giugno 2016), n. 24136; Cass. pen., Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 40719; Cass. pen., Sez. IV, 15 maggio 2003 (dep. 1 luglio 2003), n. 27975.

⁸ Il direttore di stabilimento, infatti, nella maggior parte dei casi può ritenersi datore di lavoro *ex lege* sulla base della definizione contenuta nell'art. 2 lett. b) T.U.S.L., che attribuisce tale qualifica a chi «ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa». Sul complesso problema dell'individuazione dei soggetti che rivestono il ruolo di datore di lavoro all'interno delle organizzazioni complesse, cfr. la recente Cass., Sez. III, 15 febbraio 2022 (dep. 17 marzo 2022), n. 9028, con nota di A. ROSSETTI, [L'individuazione del datore di lavoro ai sensi del d.lgs. 81/2008: uno scostamento dalle Sezioni Unite](#), in questa Rivista, 9 giugno 2022.

ufficiosi, osservando come, in ogni caso, l'assenza di prove circa la sussistenza del nesso causale tra la condotta colposa e l'evento avrebbe condotto a una sentenza di proscioglimento.

5. Passando a considerare il merito della vicenda in esame, il G.U.P. si pone anzitutto il problema della delimitazione temporale della condotta ascritta ai diversi imputati, consistente nell'*aver consentito la dispersione di polveri e sostanze nocive provenienti dalle lavorazioni dello stabilimento siderurgico, omettendo l'adozione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*. A tal proposito, infatti, viene messo in luce che, vertendo il procedimento in esame sulla causazione di un singolo omicidio colposo, per circoscrivere la condotta rilevante non si dovrebbe aver riguardo all'intero arco di tempo durante il quale si presume che dallo stabilimento tarantino di Ilva s.p.a. siano state disperse polveri e sostanze inquinanti, ma verrebbe in considerazione una "finestra temporale" più ristretta, corrispondente al periodo in cui si assumeva che la madre della vittima in recente stato di gravidanza fosse stata direttamente esposta alle sostanze nocive prodotte dall'attività siderurgica. Per questa ragione, all'esito dell'udienza preliminare il giudice aveva dichiarato il non luogo a procedere "per non aver commesso il fatto" nei confronti di quegli imputati che, in base a quanto riportato nello stesso capo di imputazione, non svolgevano la funzione di responsabile di area nel periodo compreso tra il novembre 2008 e il febbraio 2009, considerati in radice estranei rispetto alla causazione dell'evento in contestazione.

Per quanto riguarda gli imputati in carica durante tale periodo, invece, la prospettiva accusatoria da vagliare concerneva la possibilità di muovere loro un rimprovero a titolo di colpa specifica per aver cagionato la morte della persona offesa omettendo «l'adozione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro e malattie professionali» e, più in dettaglio, delle misure preventive in materia di diffusione di sostanza nociva di cui all'allegato IV del d.lgs. 81/2008. La genericità dei precetti tecnici contenuti nell'allegato in questione, qualificabili come norme cautelari "a contenuto elastico", imponeva tuttavia al giudice un'attenta opera di contestualizzazione, specificandone il contenuto alla luce delle caratteristiche dell'attività produttiva concretamente svolta, della normativa di riferimento vigente al tempo del fatto e delle migliori tecniche disponibili a quel tempo.

A tal riguardo, l'accusa produceva a sostegno della propria tesi le risultanze della perizia chimica ed epidemiologica svolta nel 2012 nell'ambito del procedimento "Ambiente svenduto", i cui atti erano stati acquisiti al fascicolo delle indagini preliminari. I risultati di tale attività istruttoria, in estrema sintesi, deponevano per le seguenti conclusioni:

- a. dallo stabilimento Ilva s.p.a. a quel tempo si diffondevano gas, vapori e polveri contenenti sostanze pericolose per la salute dei lavoratori degli impianti e della popolazione limitrofa – tra cui benzo(a)pirene, IPA, diossine, polveri di minerali e altro – nella forma tanto di emissioni convogliate (ossia incanalate attraverso condotti dello stabilimento), quanto di emissioni non convogliate (dunque diffuse o fuggitive);

- b. i livelli di diossina e PCB rinvenibili negli animali abbattuti e nei terreni circostanti l'area industriale di Taranto erano riconducibili in maniera prevalente all'attività di Ilva s.p.a.;
- c. all'interno dello stabilimento Ilva di Taranto non erano state osservate tutte le misure idonee a evitare la dispersione incontrollata di fumi e polveri nocivi per la salute umana, rilevandosi un elevato livello di emissioni non convogliate dagli impianti, la cui esistenza – anche a seguito degli interventi di adeguamento svolti nell'ambito del procedimento di autorizzazione integrata ambientale – era documentata dalla presenza di fenomeni di *slopping*, emissioni incontrollate di scorie derivanti dalla conversione della ghisa in acciaio, caratterizzate da una distintiva “fumata rossa”;
- d. per quanto riguarda la conformità dei livelli di emissione alle normative nazionali e regionali in vigore, i valori misurati nell'anno 2010 risultavano conformi ai valori-limite prescritti dalle precedenti autorizzazioni di settore e dall'AIA rilasciata il 4 agosto 2011, ma, con riferimento all'attività di recupero di rifiuti non pericolosi (materie prime secondarie) mediante trattamento termico, vi era difformità rispetto all'obbligo di assicurare sistemi di controllo continuo sancito dal d.m. 5 febbraio 1998, con conseguente impossibilità di accertare il rispetto dei relativi parametri; inoltre, le emissioni non convogliate (connesse quasi integralmente al fenomeno di *slopping*) e le torce esistenti in stabilimento risultavano non regolate, e quindi non conformi, fino al decreto AIA del 2011. In merito alla conformità alle norme comunitarie, invece, i valori di inquinanti emessi nel 2010 per il parametro polveri risultavano inferiori a quelli fissati dal decreto AIA nel 2011, ma superiori rispetto alle *best available techniques* (BAT) previste dai documenti tecnici europei (BRef), con punte di particolare criticità in relazione ad alcune delle aree coinvolte.

Tali esiti erano stati per il vero confutati dalle difese degli imputati, a parere delle quali le valutazioni peritali comunque non fornivano la prova dell'effettiva esposizione della madre della vittima alle sostanze inquinanti eventualmente prodotte da Ilva; ciò nondimeno, il giudice ritiene superabili i rilievi difensivi, in considerazione tanto delle descritte risultanze della perizia chimico-ambientale quanto degli ulteriori dati ambientali acquisiti con l'istruttoria, che evidenziavano come tra la fine del 2008 e l'inizio del 2009 nel quartiere Tamburi fossero stati registrati valori critici di diversi inquinanti cancerogeni, tra cui PM10 e IPA⁹.

La ragionevolezza delle prospettazioni del p.m., pertanto, sarebbe avallata dal complesso dei dati raccolti, da cui a parere del G.U.P. «*sembrerebbe* evincersi (...) la fondatezza dell'assunto accusatorio non soltanto con riferimento alla diffusione incontrollata (o non adeguatamente controllata) di polveri e sostanze nocive (ad effetto cancerogeno) provenienti dalle varie unità produttive del siderurgico (...), ma anche che ciò fosse avvenuto proprio nel periodo di esposizione della madre del piccolo L., ossia

⁹ La sentenza richiama, in proposito, una nota di sintesi dell'ARPA Puglia, relativa ai dati ambientali del 2008 e del primo semestre del 2009, sui cui dati si era fondata la relazione del consulente tecnico prodotta dai genitori della persona offesa (cfr. p. 18 della sentenza in commento).

nei primi quattro mesi di gravidanza»¹⁰. A siffatta conclusione, tuttavia, il giudice attribuisce esplicitamente la qualifica di “valutazione incidentale”, ritenendo superfluo svolgere un’indagine più approfondita e perciò astenendosi dal richiedere un supplemento istruttorio: ancora una volta, infatti, prevale la considerazione che, in ogni caso, i dubbi circa l’effettiva sussistenza di una correlazione causale tra la diffusione delle sostanze inquinanti da parte di Ilva e la morte della persona offesa dovevano reputarsi *insuperabili allo stato delle attuali conoscenze scientifiche*, imponendo a prescindere una pronuncia di proscioglimento.

6. La sentenza passa così a considerare il profilo dirimente della vicenda in esame, rappresentato dall’accertamento del nesso causale tra la “presunta” condotta colposa e l’evento-morte oggetto di contestazione.

La tesi accusatoria traeva fondamento dai risultati delle analisi di alcuni frammenti dell’astrocitoma formatosi nel cervello della giovane persona offesa, prelevati attraverso due distinte biopsie, l’una eseguita quando il bambino aveva poco più di due mesi, l’altra due anni più tardi: entrambi i reperti, infatti, erano caratterizzati dalla presenza di numerosi corpi estranei micro e nano-dimensionati (ossia di dimensioni inferiori a 1 micron), di natura metallica e ceramica, di sicura provenienza esogena e suscettibili di produrre effetti cancerogeni. Alla luce di tale significativo elemento, la concreta verifica della sussistenza di un collegamento eziologico tra la contestata condotta colposa dei dirigenti dell’ex Ilva e la morte del bambino passava per la soluzione di un triplice ordine di quesiti:

- a. *se le particelle di origine esogena trovate all’interno dell’astrocitoma presente nel cervello della persona offesa provenissero dall’attività produttiva dello stabilimento Ilva;*
- b. *se la tesi secondo cui tali corpi estranei erano stati trasmessi dalla madre al feto durante la gravidanza fosse fondata alla luce delle conoscenze scientifiche a disposizione;*
- c. *se la presenza di quelle particelle potesse essere ricondotta con ragionevole certezza all’origine dell’insorgenza della patologia tumorale che aveva determinato la morte della persona offesa.*

Il G.U.P. di Taranto ritiene di poter fornire risposta positiva ai primi due quesiti. Da un lato, le particelle ritrovate all’interno del cervello della vittima sembravano avere una «chiara provenienza da sostanze inquinanti esterne e da processi di combustione nell’ambito di lavorazioni industriali» e alcuni reperti apparivano addirittura «univocamente riferibili proprio ai processi di lavorazione dello stabilimento siderurgico Ilva»¹¹; dall’altro, il consulente tecnico del p.m. aveva messo in luce come fosse possibile escludere con certezza che la patologia tumorale che aveva condotto il

¹⁰ Cfr. p. 19 della sentenza in commento, in cui si ricorda come la madre della vittima, sentita in sede di sommarie informazioni, avesse ricordato la presenza quotidiana nell’ambiente di lavoro di “polveri di colore scuro”, che macchiavano le mani e i documenti e rimanevano intrappolate tra i capelli e che venivano quindi abitualmente inalate.

¹¹ Cfr. p. 21 della sentenza in commento.

minore alla morte potesse essere stata innescata in epoca successiva alla nascita, risultando pertanto insorta durante lo stato fetale. In proposito, doveva ritenersi scientificamente plausibile che le polveri fossero state inizialmente inalate dalla madre della vittima e fossero poi transitate per via ematica fino ai tessuti cerebrali del feto, anche se solo con riferimento alle particelle di dimensioni inferiori a 1 micron (atteso che le particelle più grandi di tale misura, in base ai dati scientifici a disposizione, non sarebbero in grado di attraversare la barriera placentare).

Al contrario, il terzo quesito ottiene una risposta negativa, a fronte dell'impossibilità di provare con certezza l'effettivo svolgimento del meccanismo causale reale che aveva condotto all'insorgenza del tumore. Questa conclusione appare al giudice imposta dal rispetto dei principi fondamentali in tema di accertamento del nesso causale, consolidatisi presso la giurisprudenza della Corte di cassazione nel corso degli ultimi venti anni¹²: da un lato, si osserva che la Suprema Corte sarebbe ormai attestata «nel senso di esigere, in tema di nesso di causalità, il positivo accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto»¹³; dall'altro, si sottolinea la necessità di individuare una specifica legge di copertura, anche a carattere statistico, che si fondi su una tesi qualificata e accreditata dalla comunità scientifica, la quale dovrà essere “calata nel caso concreto” al fine di verificare se il rapporto di causalità possa ritenersi dotato di un'elevata credibilità razionale o probabilità logica, previa esclusione dell'esistenza di tutti i possibili “decorsi causali alternativi”. Si ricorda, in proposito, che i giudici di legittimità hanno da ultimo chiarito che «non è consentito l'utilizzo di una teoria esplicativa originale, mai prima discussa dalla comunità degli esperti, a meno che ciascuna delle assunzioni a base della teoria non sia verificabile e verificata secondo gli ordinari indici di controllo dell'attendibilità scientifica di essa e dell'affidabilità dell'esperto»¹⁴.

¹² Si tratta dei principi accolti dalle Sez. un. dell'11 settembre 2002, n. 30328, nel caso *Franzese*, e più recentemente ribaditi dalle Sez. un. 24 aprile 2014, n. 38342, nel noto caso *ThyssenKrupp*. Tra gli arresti più recenti, la sentenza in commento richiama, in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 15 dicembre 2021 (dep. 22 marzo 2022), n. 9705; Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2021 (dep. 11 gennaio 2022), n. 416; Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2021 (3 agosto 2021), n. 30229; Cass. pen., Sez. III, 7 aprile 2021 (6 settembre 2021), n. 32860; Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2020, n. 34341; Cass. pen., Sez. IV, 24 febbraio 2021 (dep. 4 maggio 2021), n. 16843; Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 2019 (dep. 12 novembre 2019), n. 45935; Cass. pen., Sez. IV, 19 giugno 2018 (dep. 24 ottobre 2018), n. 48541.

¹³ Cfr. p. 26 della sentenza in esame, in cui il G.U.P., citando Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2021, n. 416, ricorda che «In tema di nesso di causalità, il giudizio controfattuale, imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, ove eseguita, avrebbe potuto evitare l'evento, richiede il preliminare accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto (c.d. giudizio esplicativo), al fine di verificare, sulla base di tale ricostruzione, se la condotta omessa può valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione all'evitabilità dell'evento, ovvero alla sua verifica in epoca significativamente posteriore». Come si avrà modo di osservare nelle brevi considerazioni svolte in chiusura al presente commento, il G.U.P. fa più volte riferimento a principi chiaramente riferibili al paradigma della causalità omissiva, pur senza mai affrontare espressamente il problema della natura commissiva od omissiva delle condotte contestate nel caso di specie.

¹⁴ In questi termini, in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 2019, n. 45935, cit., commentata in *questa Rivista* da S. ZIRULIA, [Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene \(tra l'altro\) sui criteri di selezione della “scienza nuova”](#), 13 febbraio 2020.

Facendo dunque applicazione di tali principi al caso di specie, il G.U.P. pone in evidenza come gli studi scientifici fino a quel momento condotti intorno alla cancerogenesi dell'astrocitoma pilomixoide – ossia il particolare tumore che aveva determinato la morte della persona offesa – avessero rilevato l'esistenza di due sole cause note, la “predisposizione genetica ereditaria” e le “radiazioni ionizzanti”, le quali peraltro potevano essere concretamente ricondotte all'origine di tale patologia solo nel 10% dei casi: allo stato attuale, di conseguenza, le cause del 90% degli astrocitomi rimanevano ignote.

Nel caso in esame, entrambe le due cause note dell'astrocitoma potevano essere escluse con certezza, non risultando né che la madre della persona offesa fosse stata esposta a radiazioni ionizzanti durante la gravidanza, né la ricorrenza di sindromi genetiche ereditarie; ciò nondimeno, la perdurante incertezza scientifica in ordine alle possibili cause della patologia in questione, imputabile all'insufficienza dei dati statistici a disposizione, rendeva impossibile accertare con ragionevole certezza che cosa avesse determinato l'insorgenza dell'astrocitoma nel caso concreto e, conseguentemente, impediva di escludere che il tumore che aveva provocato la morte del bambino fosse riconducibile a cause diverse rispetto all'esposizione alle sostanze cancerogene provenienti dagli impianti produttivi dell'ex Ilva.

Come ammesso in sede di audizione dallo stesso consulente tecnico del p.m., del resto, l'esposizione alle sostanze inquinanti in questione durante lo stato fetale costituiva senz'altro un fattore idoneo a determinare un aumento del rischio di sviluppare un tumore cerebrale nei primi anni di vita, ma non poteva essere posto con *certezza* all'origine del singolo astrocitoma, con conseguente impossibilità di rintracciare una correlazione causale dotata di un “elevato grado di probabilità logica” tra la condotta contestata agli imputati e l'evento morte. Anche gli studi epidemiologici richiamati dalla pubblica accusa si dimostravano inconferenti rispetto a tale ultimo scopo, posto che i dati relativi alla popolazione di Taranto non rilevavano un eccesso di tumori cerebrali, ma solo di patologie tumorali di altro genere; allo stesso modo, l'Agenzia Internazionale per la Ricerca contro il Cancro non annoverava i tumori del sistema nervoso centrale tra quelli correlati all'inquinamento ambientale derivante dallo svolgimento di attività siderurgiche.

Detto in altri termini, a giudizio del G.U.P. la generale cancerogenicità delle sostanze inquinanti provenienti da Ilva cui la vittima era stata esposta non poteva considerarsi elemento sufficiente a fondare l'accertamento del nesso causale nella vicenda di specie: tale dato, infatti, rappresentava un mero indizio a sostegno della tesi accusatoria, che tuttavia non permetteva di prescindere dall'indicazione di una legge di copertura più specifica che attestasse un collegamento, quantomeno a livello probabilistico, tra l'esposizione alle sostanze nocive e l'insorgenza della patologia tumorale alla base dell'evento morte nel caso concreto. Risultando una simile legge di copertura, allo stato dell'arte, inesistente, permaneva «una totale incertezza (anche medico-scientifica) sui meccanismi eziologici e sulla cancerogenesi di simili forme di tumori del sistema nervoso centrale», da cui derivavano «ragionevoli dubbi circa

l'interferenza di possibili fattori causali alternativi, anche non noti»¹⁵; l'imputato, conseguentemente, doveva essere assolto ai sensi dell'art. 530 c. 2 c.p.p. per insufficienza di prove circa la sussistenza del fatto di reato.

7. La pronuncia in commento ci sembra meritevole di segnalazione, oltre che in considerazione dei rilevanti profili di interesse pubblico legati alla vicenda dell'ex Ilva di Taranto, proprio per l'attenzione dedicata al problema della ricostruzione del rapporto di causalità in situazioni caratterizzate dall'incompletezza delle conoscenze scientifiche di riferimento. La drammatica vicenda all'esame del G.U.P. di Taranto, in effetti, potrebbe efficacemente proporsi quale esempio paradigmatico di come il rigoroso rispetto del meccanismo di accertamento del nesso eziologico proposto dalle Sezioni Unite Francese – articolato, come noto, sulla distinzione tra *causalità generale* (incardinata sulla possibilità di affermare una correlazione causale, almeno a livello probabilistico, tra classi di condotte e classi di eventi) e *causalità individuale* (il cui accertamento presuppone l'effettiva esclusione dei decorsi causali alternativi a quello individuato dalla legge di copertura) – in alcuni casi ponga il giudice di fronte al limite rappresentato da una non superabile condizione di incertezza sul piano scientifico, che inevitabilmente finisce per precludere la possibilità di avallare l'ipotesi accusatoria “oltre ogni ragionevole dubbio”.

Nell'affrontare tale problematica in relazione al caso di specie, il G.U.P. si mostra consapevole del ruolo che la giurisprudenza della Corte di cassazione assegna al giudice di merito in punto di selezione del sapere scientifico attendibile. Come rilevato dalla Suprema Corte fin dalla sentenza Cozzini, invero, solo raramente costui ha la possibilità di fare affidamento su leggi di copertura provviste di riconoscimento unanime all'interno della comunità degli esperti, «non potendosi pretendere l'unanimità alla luce della ormai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico»¹⁶: il suo compito, allora, diviene quello di valutare «se esista una teoria sufficientemente affidabile (...) sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso»¹⁷, sottoponendo a un'analisi critica il sapere scientifico confluito nel giudizio e l'attendibilità e imparzialità dei soggetti che se ne fanno portatori¹⁸. Il tema della

¹⁵ Cfr. p. 40 della sentenza in commento.

¹⁶ Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010 (dep. 13 dicembre 2010), n. 43786, Cozzini, § 15.

¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010 (dep. 13 dicembre 2010), n. 43786, Cozzini, § 16.

¹⁸ A tal proposito, la stessa Cassazione Cozzini propone dei criteri di ordine oggettivo (relativi alla correttezza metodologica della teoria) e soggettivo (relativi alla professionalità ed imparzialità dell'esperto che interviene nel processo) sulla cui base valutare l'attendibilità della legge scientifica; in questo senso anche Cass. pen., Sez. IV, 3 novembre 2016 (dep. 14.03.2017), n. 12175, Montefibre-bis, § 18, in cui si legge che «Il sapere scientifico, altrove consolidatosi, giunge nel processo penale attraverso gli esperti; al giudice sta il compito di assicurare la competenza e l'imparzialità di giudizio del medium e di verificare con l'ausilio di questi, attraverso una documentata analisi della letteratura scientifica universale in materia, l'esistenza e l'apporto della legge scientifica di copertura». Il problema della selezione del sapere scientifico si è posto in particolare in materia di amianto, ambito nel quale la giurisprudenza, pur richiamandosi puntualmente ai test elaborati dalla sentenza Cozzini, non è mai giunta a una soluzione univoca circa la questione della validità della tesi del c.d. effetto acceleratore in relazione allo sviluppo del mesotelioma pleurico: sul punto si rimanda, per alcune analisi recenti, a S. FINOCCHIARO, *La responsabilità penale per mesotelioma pleurico causato*

causalità generale, peraltro, è stato oggetto di ulteriore approfondimento da parte della Cassazione anche in pronunce più recenti, che hanno evidenziato come possa altresì capitare che il giudice si trovi a fare i conti con teorie scientifiche emergenti per la prima volta nel dibattito processuale sottoposto al suo esame, ossia con un sapere scientifico sostanzialmente “nuovo”¹⁹; questo non importa automaticamente che simili teorie non possano essere utilizzate per corroborare la sussistenza del nesso eziologico nel caso concreto, ma il giudicante sarà tenuto a svolgere un vaglio ancora più accorto della loro affidabilità, alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, ferma l’esigenza che egli sia non “creatore”, ma “fruitore” della legge scientifica di copertura.

I principi appena sintetizzati, come si diceva, ci sembrano adeguatamente valorizzati nella decisione del G.U.P. di Taranto. In continuità con l’impostazione della Suprema Corte, infatti, il giudice ha tenuto conto del fatto che la lacunosità degli studi scientifici inerenti alla genesi dell’astrocitoma pilomixoide fosse una conseguenza della rarità del tumore in questione e, pertanto, dell’insufficienza della base statistica a disposizione; la tesi originale prospettata dalla pubblica accusa attraverso il consulente tecnico del p.m., tuttavia, a suo giudizio non superava la verifica di attendibilità prescritta dalla Cassazione, sia perché non supportata da un’adeguata base scientifica, sia perché di per sé incapace di esprimere un valido giudizio probabilistico circa la sussistenza di una correlazione causale tra l’esposizione alle sostanze tossiche prodotte da Ilva e l’insorgenza della patologia concretamente emersa, limitandosi a riscontrare la “mera possibilità” di una simile connessione²⁰. Si può osservare, inoltre, che la scelta rigorosa del G.U.P. circa il grado di specificità richiesto alla legge di copertura – il cui termine di riferimento viene individuato nella causazione non di generiche patologie tumorali, ma dello specifico tumore che aveva condotto alla morte la persona offesa – appare in linea con l’impostazione in passato già seguita dalla giurisprudenza nei processi in materia di amianto, nei quali l’accertamento del nesso causale tra l’inalazione di fibre di asbesto e l’evento lesivo è stato subordinato alla condizione che l’amianto rientrasse, secondo la scienza medica del tempo, tra i possibili fattori di rischio della specifica patologia sviluppata dalla persona offesa²¹.

8. C’è però un aspetto su cui, nonostante la scrupolosa attenzione riservata al tema dell’accertamento del nesso causale, la sentenza in commento ci sembra presentare

dall’esposizione ad amianto: una patologia di sistema, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, p. 161 ss.; S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2019, p. 1289 ss.

¹⁹ Cfr. in particolare la già citata Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 2019, n. 45935, p. 29, e il relativo commento di S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto acceleratore*, cit.; nello stesso senso anche Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 2020 (dep. 29 settembre 2020), n. 27115.

²⁰ Cfr. in particolare pp. 35-39 della sentenza in commento.

²¹ Per tale ragione, ad esempio, il nesso di causalità è stato riconosciuto rispetto all’insorgere di patologie quali asbestosi, tumore polmonare e mesotelioma pleurico, ma non rispetto a tumori afferenti ad altre parti del corpo: in proposito si può rimandare alle considerazioni di S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 64 ss.

alcuni margini di ambiguità; in particolare, il giudice tarantino non chiarisce fino in fondo se intenda inquadrare la vicenda entro il paradigma della causalità commissiva ovvero della causalità omissiva. Il dubbio circa la qualificazione adottata, a dire il vero, sorge fin dalla lettura del capo di imputazione, in quanto la scelta terminologica del p.m., pur in assenza di richiami espressi all'art. 40 c. 2 c.p., sembra sottendere una possibile lettura dei fatti a titolo di *omicidio colposo mediante omissione* (giacché agli imputati viene contestato di "aver consentito" la diffusione delle polveri e sostanze nocive provenienti dallo stabilimento siderurgico "omettendo l'adozione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali"); lo stesso G.U.P., inoltre, nel sottolineare la necessità di un'indagine intorno al meccanismo causale che aveva condotto all'insorgenza del tumore, non sembra distinguere tra causalità attiva, nella quale l'accertamento della causalità reale mediante "eliminazione mentale" della condotta esaurisce il giudizio causale, e causalità omissiva, per cui invece la verifica della causalità naturalistica costituisce solo il presupposto del giudizio controfattuale di "addizione mentale" della condotta doverosa omessa²².

Tale ambiguità, a dire il vero, non ha prodotto effetti pratici sulla decisione in esame, posto che il riscontro di un vizio attinente alla ricostruzione della causalità reale avrebbe in ogni caso condotto a escludere il nesso eziologico. Ci sembra però corretto, al netto di queste considerazioni, collocare con sicurezza il fatto oggetto di contestazione nel quadro della responsabilità commissiva, risultando esso incentrato sul verificarsi di un evento – la morte della giovane persona offesa – che, secondo l'assunto accusatorio, costituiva l'esito di un decorso causale innescato dalla stessa attività produttiva di Ilva s.p.a. Si può difatti sostenere, facendo applicazione di un criterio da tempo proposto in dottrina²³, che ricadano nel paradigma commissivo tutte quelle ipotesi in cui all'agente si rimproveri di *aver introdotto nella realtà un fattore di rischio prima inesistente*, poi sfociato nell'evento lesivo, mentre la responsabilità assume carattere omissivo allorché si imputi al titolare di una posizione di garanzia di *non aver impedito il concretizzarsi di una situazione di rischio già esistente*. In accordo con tale distinzione, la stessa giurisprudenza di legittimità ha in diverse occasioni sostenuto che nei casi in cui il fondamento causale dell'evento lesivo sia riconducibile all'esposizione a sostanze tossiche prodotte dall'attività d'impresa – come nella casistica in materia di morti da amianto²⁴ – la condotta attribuibile ai responsabili dell'azienda risulta, nel suo "nucleo significativo"²⁵, attiva, avendo costoro contribuito a cagionare l'offesa al bene giuridico attraverso le proprie determinazioni di tipo organizzativo; in simili ipotesi, pertanto, la dimensione dell'omissione acquista rilevanza esclusivamente sul piano del rimprovero a titolo di

²² Cfr. p. 26 ss. della sentenza in commento.

²³ Cfr. in particolare L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 500; per un chiaro inquadramento della questione si rimanda anche a F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2013, p. 384 ss.

²⁴ Su tali profili, in relazione alla casistica in materia di amianto, si può rimandare a S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 62 ss.

²⁵ In questi termini Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, § 21; la stessa espressione si ritrova anche in Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38342, Espenhahn, § 28.

colpa, in termini di mancata adozione delle cautele doverose, il cui rispetto avrebbe impedito il verificarsi dell'evento.

Non va perciò trascurato che la distinzione tra condotte commissive e omissive, resa più complessa nell'ambito dei reati colposi di evento dalla frequente sovrapposizione tra causalità della condotta e causalità della colpa²⁶, appare comunque gravida di conseguenze rilevanti sul piano applicativo. Da tale qualificazione dipende infatti lo schema di accertamento della causalità, che – come già ricordato – in presenza di una condotta omissiva presuppone il compimento di un giudizio a carattere ipotetico (o, come autorevolmente sostenuto in dottrina, “doppiamente ipotetico”²⁷), ponendo il giudice di fronte alle difficoltà insite nella verifica dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa; se dunque nella causalità commissiva il coefficiente probabilistico della legge di copertura perde, in definitiva, di pregnanza, a fronte della necessità di procedere a un accertamento in concreto della causalità individuale mediante l'esclusione dei decorsi causali alternativi, così non sarà in relazione alla causalità omissiva, la cui *irriducibile dimensione prognostica* rende difficile – già sul piano logico – emanciparsi da un ragionamento di carattere probabilistico²⁸ e, specularmente, assegna un significativo rilievo al grado di probabilità espresso dalla legge di copertura²⁹.

²⁶ Su questa distinzione cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010 (dep. 13 dicembre 2010), n. 43786, Cozzini, § 21; Cass. pen., Sez. IV, 3 novembre 2016 (dep. 14.03.2017), n. 12175, Montefibre-bis, § 15.1. In dottrina, cfr. per tutti M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 1/1999, p. 41 ss.

²⁷ In dottrina si è evidenziato, in effetti, che il giudizio controfattuale rivestirebbe un carattere necessariamente ipotetico anche nella causalità attiva; nell'ambito della causalità omissiva, tuttavia, tale connotazione appare ancora più spiccata, posto che la correlazione che il giudice è chiamato a verificare non riguarda due elementi reali, ma vede la presenza di un elemento immaginario, rappresentato dalla condotta che l'agente avrebbe dovuto tenere, ma che non vi è stata. In proposito, cfr., per tutti, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4/1992, in particolare p. 839 ss.

²⁸ Sul punto, chiaramente, L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, cit., p. 497 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale*, cit., pp. 385-387.

²⁹ In questo senso v. ancora la sentenza Cozzini, cit., §§ 6-8.

PROCEDIBILITÀ A QUERELA E ARRESTO IN FLAGRANZA: CONSIDERAZIONI SUL DISEGNO DI LEGGE NORDIO

Disegno di legge A.C. n. 831

di Gian Luigi Gatta

1. Pubblichiamo in allegato, assieme alla relazione illustrativa e alle relazioni tecniche, il testo del disegno di legge A.C. n. 831 “Norme in materia di procedibilità d’ufficio e di arresto in flagranza”, presentato dal Ministro della Giustizia Dott. Carlo Nordio il 27 gennaio 2023 alla Camera dei Deputati, dove è attualmente all’esame della Commissione Giustizia (si sono svolte ieri delle [audizioni](#), disponibili sulla web-tv della Camera).

Come si ricorderà, il disegno di legge è stato presentato a valle del clamore mediatico, non privo di eccessi allarmistici alimentati dalle dichiarazioni di alcuni rappresentanti della magistratura e delle istituzioni, sviluppatosi attorno ad alcuni casi di cronaca relativi, tra l’altro, a mancati arresti in flagranza di autori di furti o a temute (ma non avvenute) scarcerazioni di affiliati alla criminalità organizzata mafiosa in custodia cautelare in carcere *anche* (ma *non solo*) per reati resi procedibili a querela dalla riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150). Il lettore ricorderà certamente quei casi, cui tanta attenzione hanno dedicato i media prima che la scena venisse occupata dai casi Cospito e Delmastro/Donzelli: autori di furti aggravati che, pur essendo stati colti in flagranza, non sono stati arrestati per l’impossibilità di reperire sul momento le persone offese titolari del diritto di querela; autori di un regolamento di conti mafioso, con sequestro e pestaggio di alcune persone responsabili di una rapina non ‘autorizzata’, che sarebbero stati liberati dalla custodia cautelare in carcere, per mancata presentazione della querela, se non fossero stati contestati *anche* altri più gravi reati, procedibili d’ufficio, come *normalmente* avviene nei procedimenti relativi a contesti di criminalità organizzata (è fin troppo evidente che la mafia non si contrasta con le querele, per riprendere il titolo di un bell’intervento di [Mario Chiavario](#), pubblicato su *L’Avvenire*).

Ebbene, tanto tuonò che piovve. La risposta del Governo non è però, come una certa narrazione mediatica pure aveva fatto credere per settimane, un intervento urgente correttivo di pretesi ‘disastri’ della riforma Cartabia. Nessun passo indietro viene proposto dal Governo rispetto all’estensione del regime di procedibilità ai reati contro la persona e contro il patrimonio individuati dalla riforma Cartabia. È questo un primo, fondamentale, dato politico-criminale da registrare. Così come non priva di significati è la scelta di ricorrere a un disegno di legge e non già a un decreto-legge o a un decreto legislativo correttivo della riforma Cartabia.

Se il rischio dei mancati arresti o delle scarcerazioni, tanto più di boss mafiosi, fosse stato concreto e statisticamente significativo, non sembra dubitabile, infatti, che il Governo sarebbe intervenuto con un decreto-legge.

D'altra parte, se si fosse davvero trattato di rimediare ad errori o sviste della riforma Cartabia, il veicolo normativo sarebbe stato rappresentato da un decreto legislativo correttivo di quella riforma, per il quale il Governo può esercitare una delega di cui già dispone, in virtù della legge n. 134/2021, fino al 30 dicembre 2024. Senonché, come si legge nella relazione del Ministro Nordio al disegno di legge A.C. n. 831, gli aspetti problematici sui quali si propone di intervenire sussistevano ancor prima della riforma Cartabia, che non li avrebbe potuti risolvere per mancanza di una delega sul punto. Sono vecchi problemi – come abbiamo cercato di mostrare in [un contributo pubblicato su questa Rivista](#) – che, contingentemente, sono stati messi a fuoco ed amplificati per effetto dell'estensione del regime di procedibilità a querela realizzato dal d.lgs. n. 150/2022. Problemi che, indubbiamente, è ragionevole e opportuno risolvere, ma che certamente non hanno la loro causa nella riforma Cartabia, che, assieme al vecchio istituto della querela, è stata per settimane sotto il tiro di fuoco di eccessive polemiche, ora ridimensionate *per tabulas*.

2. Venendo ad oggetto e contenuti, il disegno di legge d'iniziativa del Governo, che *si compone di tre soli articoli* (oltre a un quarto sull'invarianza finanziaria), ed è il primo sottoscritto dal Ministro Nordio come unico firmatario – ha una portata circoscritta e si prefigge due diversi obiettivi, sulla linea di [alcune proposte che erano state avanzate anche nel citato contributo pubblicato sulla nostra Rivista](#): a) escludere la procedibilità a querela in presenza di determinate aggravanti; b) consentire l'arresto obbligatorio in flagranza, per reati procedibili a querela, anche quando questa non viene presentata immediatamente perché non si riesce a rintracciare la persona offesa.

Si tratta di un intervento chirurgico, ragionevole e che in alcun modo mette in discussione le scelte di fondo sull'estensione della procedibilità a querela realizzate dalla riforma Cartabia, nel quadro degli obiettivi del PNRR. L'*incipit* della relazione del Ministro Nordio al disegno di legge è chiaro sul punto: la riforma Cartabia ha mirato, con l'estensione del regime di procedibilità a querela ad alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio, a realizzare effetti di deflazione processuale, cioè a ridurre il numero dei procedimenti penali (in corrispondenza della mancata presentazione della querela o della sua rimessione). Ebbene, si legge nella Relazione del disegno di legge Nordio, si tratta di un "intervento che si ritiene di confermare in quanto, nell'ambito degli impegni assunti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, è opportuno favorire tali effetti deflativi". Si tratta, pertanto, di un approccio confermativo/migliorativo e non demolitivo, che può senz'altro rassicurare, tra l'altro, la Commissione Europea (un approccio opposto è invece proprio del [disegno di legge A.C. 834, primo firmatario l'on. Federico Cafiero De Raho](#), che, a differenza del Governo, propone di ripristinare la procedibilità d'ufficio per alcuni reati che la riforma Cartabia ha reso procedibili a querela, nonché – su tutt'altro fronte – di reintrodurre le preclusioni al concordato sui motivi d'appello, di cui all'art. 599-bis, co. 2 c.p.p., abolite dal d.lgs. n. 150/2022).

2.1. Sotto il profilo del regime di procedibilità, il disegno di legge (art. 1) interviene su due aggravanti comuni previste nella parte speciale del codice penale,

prevedendo che, ove ricorrano quelle aggravanti, si procede sempre d'ufficio: anche, pertanto, quando per il reato cui si riferisce l'aggravante è prevista la procedibilità a querela. Le aggravanti in questione sono quelle del metodo mafioso (art. 416-bis.1 c.p.) – già prevista dall'art. 7 d.l. n. 152/1991 – e della finalità di terrorismo (art. 270-bis.1 c.p.) – già prevista dall'art. 1 d.l. n. 625/1979). L'intervento è realizzato aggiungendo ai due citati articoli del codice penale un ultimo comma ai sensi del quale “per i delitti aggravati dalla circostanza di cui al primo comma si procede sempre d'ufficio”.

Rispettivamente da 22 e da 44 anni le aggravanti comuni di cui agli artt. 416-bis.1 c.p. 270-bis.1 c.p. sono riferibili anche a reati procedibili a querela; la riforma Cartabia si è limitata ora ad estenderne il numero. Era ed è possibile, pertanto, che siano procedibili a querela reati aggravati dal metodo mafioso o della finalità di terrorismo. La proposta di rendere procedibili d'ufficio questi reati è ragionevole per due motivi: *a)* perché quelle aggravanti sono espressive di un'offesa a beni giuridici di rilievo pubblicistico e privano il fatto e l'offesa di una dimensione meramente privatistica, che sola giustifica la procedibilità a querela; *b)* perché, per quanto riguarda il metodo mafioso, le condizioni che aggravano il reato possono con ogni probabilità pregiudicare la libertà di presentare una querela. La forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo, la condizione di assoggettamento e di omertà, è incompatibile con la logica della procedibilità a querela, che presuppone la normale possibilità di manifestare liberamente, senza pressioni, la volontà e l'interesse a procedere.

Come si ricorda nella relazione illustrativa, peraltro, la tecnica normativa che esclude la procedibilità a querela in presenza di determinate aggravanti comuni non è nuova: l'art. 6, co. 1 del d.l. n. 122/1993 prevede che la procedibilità d'ufficio tutte le volte in cui ricorre l'aggravante della finalità di discriminazione o odio etnico o razziale o religioso, di cui all'art. 604 *ter* c.p. In questo caso, peraltro, la legge fa riferimento ai “reati” aggravati dalla predetta circostanza, e non già ai “delitti”, come nel caso dell'art. 1 del d.d.l. A.C. n. 831. Sarebbe più opportuno adottare la più ampia formula della legge del 1993 – che si riferisce ai “reati”, e non ai “delitti” – per evitare che restino procedibili a querela contravvenzioni aggravate dal metodo mafioso o dalla finalità di terrorismo. Oggi è un rischio più teorico che pratico, essendo le contravvenzioni normalmente procedibili d'ufficio. È però vero che proprio la riforma Cartabia ha reso procedibili a querela due contravvenzioni (quelle di disturbo delle occupazioni delle persone e di molestie, di cui agli artt. 659 e 660 c.p.) e che è ben possibile che il legislatore, in futuro, prosegua su questa scia.

Va segnalato, peraltro, che la procedibilità d'ufficio introdotta dal disegno di legge non potrebbe venir meno per effetto del giudizio di bilanciamento delle aggravanti considerate con concorrenti circostanze attenuanti. Non solo perché, in termini generali, la giurisprudenza esclude che il giudizio di subvalenza o di equivalenza di circostanze aggravanti renda procedibile a querela un reato procedibile d'ufficio nell'ipotesi aggravata (cfr., da ultimo, Cass. Sez. II, 21.12.2020, n. 22952, Sadik, Rc. 281454-01), ma, ancor prima, per una ragione assorbente: il divieto di prevalenza o di equivalenza di circostanze attenuanti (con la sola eccezione di quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p.) rispetto a quelle aggravanti (cfr. artt. 270-bis.1, co. 2 e 416-bis.1, co. 2 c.p.).

Un diverso discorso ci sembra debba essere fatto, invece, con riguardo alle attenuanti della dissociazione e della collaborazione, prevista per i reati con finalità di terrorismo e per i reati commessi con metodo mafioso, rispettivamente, dall'art. 270-bis.1, co. 3 e 416-bis.1, co. 3. Per espressa previsione normativa (artt. 270-bis.1, co. 4 e 416-bis.1, co. 4), quelle attenuanti rendono *inapplicabili le rispettive aggravanti* e pertanto, a noi pare, conserverebbero la procedibilità a querela dei reati considerati. Se volesse evitare questo esito, il legislatore dovrebbe allora fare espressamente salvo l'effetto sul regime di procedibilità, pur in difetto dell'applicazione dell'aggravante; dovrebbe, in altri termini, intervenire sul terzo comma dei due articoli considerati esplicitando che "salvo quanto previsto dal quinto comma, quando ricorre la circostanza di cui al terzo comma non si applica l'aggravante di cui al primo comma".

2.2. L'art. 2 del disegno di legge modifica poi l'art. 71, co. 1 del codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) inserendo il delitto di lesioni personali dolose (art. 582 c.p.) tra quelli per i quali le pene sono aumentate, da un terzo alla metà, se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale, durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione. L'estensione alle lesioni personali di tale aggravante fa sì, in virtù del disposto del secondo comma dello stesso art. 71 del codice antimafia, che si proceda d'ufficio; anche, pertanto, in relazioni alle lesioni personali lievi, rese procedibili a querela dal d.lgs. n. 150/2022. Questa circoscritta modifica normativa sembra ragionevole, considerato che, come si legge nella relazione che accompagna il disegno di legge, l'aggravante di cui all'art. 71, co. 1 è oggi riferibile anche a reati meno gravi – pure oggetto dell'intervento realizzato con il d.lgs. n. 150/2022 – quali la violenza privata e la minaccia.

2.3. L'intervento di maggior impatto e rilievo sistematico, tra quelli previsti dal disegno di legge (art. 3), riguarda l'arresto nella flagranza di reati procedibili a querela. Come abbiamo ricordato in un altro [contributo pubblicato su questa Rivista](#), da sempre (già nel codice di procedura penale del 1930) la legge consente l'arresto in flagranza, obbligatorio o facoltativo, anche per i reati procedibili a querela. In questo caso, la regola – comune all'arresto obbligatorio (art. 380, co. 3 c.p.p.) e facoltativo (art. 381, co. 3 c.p.p.) – è questa: "*l'arresto in flagranza è eseguito se la querela viene proposta, anche con dichiarazione resa oralmente all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria presente nel luogo. Se l'avente diritto dichiara di rimettere la querela, l'arrestato è posto immediatamente in libertà*". Nella flagranza del reato (cioè nel luogo in cui viene colto il sospetto autore) – in sostanza – deve oggi essere presente (o immediatamente reperibile) anche la persona offesa, titolare del diritto di querela. Diversamente, non può procedersi all'arresto. È proprio questa la ragione per la quale, in occasione di casi di cronaca come quelli sopra richiamati, non si è potuto procedere all'arresto in flagranza di autori di furti d'auto realizzati in ora notturna a danno di proprietari assenti sul luogo e irreperibili nell'immediatezza, ovvero al furto realizzato in un albergo chiuso per ferie mentre il proprietario si trovava all'estero.

Questo problema, come riconosce la relazione illustrativa del disegno di legge, non nasce con la riforma Cartabia (sussiste almeno dal 1930). La presenza della vittima

sul luogo in cui deve essere eseguito l'arresto in flagranza può non essere problematica per alcuni reati procedibili a querela; ad esempio, per la violenza sessuale, le lesioni personali dolose, il sequestro di persona, nonché, in via di principio, per tutti i reati in cui, di norma, la persona offesa, sul cui *corpo* ricade immediatamente la condotta delittuosa, è presente sulla scena del reato. Con ogni probabilità è proprio a queste situazioni che pensava il legislatore del 1930, quando ha concepito la disposizione poi replicata nel nuovo codice di rito. Viceversa, rispetto a non pochi reati procedibili a querela può capitare in un rilevante numero di casi che la vittima non sia presente e comunque rintracciabile e che, pertanto, non sia in grado di presentare la querela alla polizia presente sul luogo. Si pensi, ad esempio, alla violazione di domicilio, al furto e all'appropriazione indebita. In questi casi, la mancata presentazione della querela impedisce l'arresto e può frustrare le esigenze precautelari e di sicurezza pubblica. Il rischio concreto è in particolare quello della fuga, soprattutto quando si tratti di persone non identificate o di dubbia identificazione.

Il disegno di legge Nordio, per risolvere il problema di cui si è detto, consente l'arresto anche in assenza della querela, che però deve essere presentata entro 48 ore, pena la liberazione dell'arrestato. Più precisamente, si consente il solo arresto obbligatorio in flagranza quando la querela non è contestualmente proposta perché la persona offesa non è prontamente rintracciabile, purché la querela possa ancora sopravvenire (perché non è stata manifestata la volontà di rinuncia). Se la querela non è proposta nel termine di quarantotto ore dall'arresto oppure se l'avente diritto dichiara di rinunciarvi o rimette la querela proposta, "l'arrestato è posto immediatamente in libertà". Si prevede che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno proceduto all'arresto debbano effettuare tempestivamente ogni utile ricerca della persona offesa, entro le 48 ore.

Si ribadisce poi che, quando la persona offesa è presente – ovvero è rintracciata, – la querela può essere proposta anche con dichiarazione resa oralmente all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria, ferma restando (anche in caso di arresto facoltativo) – ed è questa una novità che realizza *un opportuno coordinamento con la riforma di cui al d.lgs. n. 150/2022* – la necessità di rendere alla persona offesa, anche con atto successivo, le informazioni di cui all'articolo 90-bis c.p.p.

Questo, per comodità di lettura, il testo del nuovo comma 3 dell'art. 380 c.p.p., che il disegno di legge propone di introdurre: *"Se si tratta di delitto perseguibile a querela e la querela non è contestualmente proposta, quando la persona offesa non è prontamente rintracciabile, l'arresto in flagranza, nei casi di cui ai commi 1 e 2, è eseguito anche in mancanza della querela che può ancora sopravvenire. In questo caso, se la querela non è proposta nel termine di quarantotto ore dall'arresto oppure se l'avente diritto dichiara di rinunciarvi o rimette la querela proposta, l'arrestato è posto immediatamente in libertà. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno proceduto all'arresto effettuano tempestivamente ogni utile ricerca della persona offesa. Quando la persona offesa è presente o è rintracciata ai sensi dei periodi precedenti, la querela può essere proposta anche con dichiarazione resa oralmente all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria, ferma restando la necessità di rendere alla persona offesa, anche con atto successivo, le informazioni di cui all'articolo 90-bis"*.

3. Il profilo meritevole di particolare attenzione, nell'ambito del disegno di legge, ci sembra proprio quello relativo alla disciplina dell'arresto in flagranza. Si tratta, infatti, di individuare un non facile punto di equilibrio tra la salvaguardia delle esigenze precautelari e di sicurezza pubblica, da un lato, e, dall'altro lato, la tutela della libertà personale dell'autore di reato presunto innocente. Consentire, come oggi, l'arresto in flagranza solo in presenza della condizione di procedibilità sposta l'asse di questo equilibrio dalla parte della libertà personale, a detrimento delle esigenze precautelari e di sicurezza pubblica. Per contro, consentire l'arresto in flagranza a prescindere dalla presentazione della querela sposterebbe l'asse di quel complesso equilibrio verso le esigenze precautelari e di sicurezza pubblica, sacrificando quelle di tutela della libertà personale. La soluzione proposta dal disegno di legge cerca un ragionevole punto di equilibrio ed è moderata in due diverse direzioni: da un lato, perché limita la possibilità di procedere all'arresto in flagranza ai soli casi di arresto obbligatorio, e non anche a quelli di arresto facoltativo; dall'altro lato, perché limita a sole 48 ore il termine per l'utile presentazione della querela, facendolo coincidere con il termine per la richiesta di convalida da parte del pubblico ministero. Entrambi questi limiti meritano qualche riflessione.

La limitazione dell'arresto 'senza querela' ai soli casi di arresto obbligatorio, anzitutto, può risultare problematica. Tra i reati per i quali è possibile l'arresto facoltativo in flagranza ve ne sono anche alcuni procedibili a querela, per i quali il disegno di legge non risolverebbe il problema, destinato a riemergere al primo caso di mancato arresto, per irreperibilità sul posto della persona offesa, che dovesse essere oggetto di attenzioni mediatiche pari a quelle delle scorse settimane: le lesioni personali dolose lievi, il sequestro di persona, la violenza privata, la violazione di domicilio, il furto semplice o aggravato dall'uso del mezzo fraudolento o dalla destrezza, il furto del bagaglio, il furto di cose esposte alla pubblica fede (come le autovetture parcheggiate per strada) o destinato a pubblico servizio/utilità, il furto all'interno dei mezzi di trasporto pubblico, o a danno di persona che fruito di un bancomat, la truffa e l'appropriazione indebita. In tutti questi casi – statisticamente più rilevanti quelli in materia di furto – la mancanza/irreperibilità della persona offesa sul luogo della flagranza del reato impedisce e impedirebbe l'arresto, pur dopo l'approvazione del disegno di legge. Sarebbe ragionevole, a ben vedere, trovare una soluzione normativa anche rispetto alla flagranza di questi reati: il carattere facoltativo dell'arresto non toglie che, ove si ritenga di effettuarlo – per la gravità del fatto o per la pericolosità del soggetto (cfr. art. 381, co. 4 c.p.p) – l'assenza/irreperibilità della persona rappresenti un impedimento che sacrifica le esigenze precautelari e di sicurezza pubblica.

La soluzione di limitare a 48 ore il tempo per ricercare la persona offesa, ai fini della presentazione della querela, ci sembra presenti pregi e difetti.

Il pregio è di far coincidere il termine con quello (art. 390 c.p.p) entro il quale il pm deve chiedere la convalida dell'arresto, consentendo così di poter presentare al giudice una richiesta corredata da una querela, che consente eventualmente, dopo la convalida, di applicare una misura cautelare.

Il difetto è che, come spesso avviene, gli arrestati possono oggi essere condotti davanti al giudice, per la convalida e il giudizio direttissimo, in meno di 48 ore: la

mattina seguente, ad esempio, in caso di arresti effettuati il pomeriggio o la notte prima. In questi casi, o le ricerche della persona offesa avranno buon esito, e sarà possibile disporre della querela il giorno dopo, oppure è verosimile che, per evitare la liberazione dopo la convalida, nell'impossibilità di disporre una misura cautelare senza querela, gli arrestati saranno trattenuti in stato di arresto fino a 48 ore. Ci sembra infatti che, potendosi nel disegno di legge procedere all'arresto anche senza la querela, esso potrebbe essere convalidato anche prima delle 48 ore, quando la querela ancora non è stata presentata; fermo restando che l'arrestato dovrebbe essere rimesso in libertà in caso di mancata presentazione della querela entro il predetto termine. La convalida in assenza di querela, però, impedirebbe *ex art. 273, co. 2 c.p.p.*, come si è detto, l'applicazione di una misura cautelare, dopo la convalida.

Per inciso, se è vero che potrebbe procedersi a convalida anche in assenza di querela, ciò significa che questa non rappresenterebbe una condizione di applicabilità della misura dell'arresto e che, pertanto, a noi pare, non si porrebbe, in caso di mancata presentazione della querela, un problema di riparazione per l'ingiusta detenzione.

Il principale problema è dunque rappresentato, a noi pare, dal possibile effetto collaterale della proposta normativa, che potrebbe prolungare rispetto ad oggi la limitazione della libertà personale per gli arrestati per i meno gravi reati procedibili a querela. Ciò porrebbe il problema, anche logistico, del possibile prolungato trattenimento degli arrestati nelle camere di sicurezza, prima di essere portati davanti al giudice; un trattenimento che può e deve tuttavia già a legislazione vigente essere opportunamente evitato, a favore dell'applicazione, se e in quanto possibile, dell'arresto nel domicilio (cfr. *art. 558, co. 4 bis c.p.p.*).

Una proposta alternativa, che abbiamo cercato di abbozzare [in altra sede](#), esclude la necessità della querela – cioè della condizione di procedibilità – entro le prime 96 ore dall'arresto, termine massimo per la limitazione eccezionale della libertà personale compatibile con l'*art. 13 Cost.* Sarebbe così possibile, entro questo arco temporale, effettuare e convalidare l'arresto e applicare, eventualmente, una misura cautelare, destinata a decadere se non sopravviene la condizione di procedibilità. Questa diversa soluzione concede più tempo per la ricerca della persona offesa e consente di presentare la persona davanti al giudice per la convalida dell'arresto anche dopo poche ore, applicando una misura cautelare (non necessariamente detentiva, come si sa) pur in assenza della querela. Nondimeno, non può tacersi il rischio di una più prolungata privazione della libertà personale in assenza di una condizione di procedibilità che può intervenire, come non.

Il problema affrontato dal disegno di legge ci sembra, insomma, meritevole di attenzione e, a ben vedere, dovrebbe fra riflettere sull'opportunità di ridurre il novero dei reati procedibili a querela per i quali è consentito l'arresto: la procedibilità a querela, nella gran parte dei casi (con la vistosa eccezione della violenza sessuale), riflette infatti una non particolare gravità del reato e, pertanto, una valutazione di disvalore che, almeno di norma (e salve eccezioni come quella di cui si è detto) dovrebbe coerentemente escludere l'applicazione di provvedimenti eccezionali di restrizione della libertà personale da parte delle autorità di pubblica sicurezza.

**DIVIETO DI SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE
(ART. 656 C. 9 C.P.P.): LA CORTE COSTITUZIONALE RIBADISCE
I LIMITI ENTRO CUI IL LEGISLATORE PUÒ PREVEDERE PRECLUSIONI
AL MECCANISMO SOSPENSIVO**

*Corte cost., sent. n. 3 del 23 novembre 2022 (dep. 20 gennaio 2023), Pres. De Pretis,
Rel. Viganò*

di Davide Colombo

1. Con [sentenza n. 3, decisa il 23 novembre 2022 e depositata il 20 gennaio 2023](#), la Corte costituzionale torna sul tema della sospensione dell'ordine di carcerazione. La pronuncia in esame si colloca a valle di alcune importanti decisioni della stessa Corte, in cui i giudici della Consulta – dopo aver chiarito che la “soluzione ottimale” richiederebbe un collegamento tra sospensione dell'ordine di esecuzione e possibilità di accesso a misure alternative alla detenzione – avevano riconosciuto che il legislatore, nell'ambito del proprio potere discrezionale, possa prevedere eccezioni a tale regola, laddove specifiche ragioni lo giustificano. Tuttavia, il vaglio di costituzionalità riservato a tali ipotesi eccezionali è necessariamente “particolarmente stretto” e involve primariamente il rispetto del principio di ragionevolezza e la irrinunciabile tensione rieducativa della pena.

Nel solco di tale orientamento, la sentenza qui segnalata – come meglio si dirà – esclude che sussistano sufficienti ragioni per giustificare il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione in relazione al reato di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-bis, comma 2, c.p., dichiarando pertanto l'illegittimità costituzionale (parziale) dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. – per violazione degli artt. 3 e 27 Cost. – nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato per il suddetto reato.

2. Procediamo, però, con ordine. La norma su cui la Corte è stata chiamata a concentrare la propria attenzione è, come si è detto, l'art. 656 c.p.p.

Il comma 9 di tale articolo prescrive due specifiche eccezioni alla regola generale, sancita dal precedente comma 5, della sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva allorché la pena inflitta, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a quattro anni, ovvero a sei anni nei casi previsti dagli artt. 90 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

In particolare, per quel che rileva in questa sede, la condizione ostativa di cui al comma 9, lett. a), esclude dal meccanismo sospensivo i condannati per i delitti di cui

all'art. 4-bis Ord. penit., nonché dei condannati per una serie di ulteriori delitti¹, tra cui quello di incendio boschivo ex art. 423-bis c.p.². La *ratio* di tale preclusione si fonda su un giudizio di speciale pericolosità del condannato per taluno dei delitti indicati, sicché esigenze di tutela della collettività impongono la neutralizzazione immediata del reo mediante la detenzione carceraria, da cui discende – come ovvia conseguenza – il divieto di disporre la sospensione dell'ordine di carcerazione³.

In altri termini, il legislatore ha ricollegato alla commissione dei reati specificamente individuati dalla disposizione *de qua* una presunzione di pericolosità del condannato, che ne impone il contenimento carcerario e che, tendenzialmente, può essere superata solo all'esito di confortanti indicazioni di segno opposto derivanti dall'osservazione intramuraria del reo⁴.

3. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui la norma non esclude dal catalogo dei reati per i quali non è possibile sospendere l'ordine di carcerazione il reato di cui all'art. 423-bis, comma 2, c.p., è stata sollevata dal Giudice per le indagini preliminari di Savona per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.

Il caso sottoposto al vaglio del giudice *a quo* riguarda un condannato per incendio boschivo colposo, nei cui confronti il pubblico ministero, invece che ordinare la carcerazione, ha chiesto al giudice di ordinare la sospensione dell'esecuzione, ritenendone irragionevole l'impossibilità, oltre che nell'ipotesi di cui all'art. 423-bis, comma 1, c.p. (incendio boschivo doloso), anche per l'ipotesi di cui al comma 2 (incendio boschivo colposo).

La rilevanza della questione è discesa dalla concreta applicabilità della previsione normativa censurata nel procedimento in essere, atteso infatti che è stato lo

¹ L'odierno catalogo dei reati per i quali non può essere disposta la sospensione dell'ordine di esecuzione è il risultato di svariati interventi ampliativi posti in essere in tempi diversi dal legislatore. Ne consegue che l'elenco completo dei reati per i quali è precluso il ricorso alla sospensione deriva dall'unione di quelli espressamente richiamati nell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. con quelli rientranti nell'art. 4-bis Ord. penit. Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2018, p. 1045.

² In particolare, l'introduzione nel catalogo ex art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. del delitto di incendio boschivo è avvenuta ad opera della l. n. 125/2008, su cui v. A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza: d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 140.

³ L'art. 656, comma 9, lett. b), c.p.p. configura una seconda condizione ostativa al meccanismo sospensivo di cui al comma 5, che ricorre qualora l'ordine di esecuzione sia nei confronti di chi, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trova in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diventa definitiva. Si tratta di una soluzione in sintonia con l'impalcatura voluta dal legislatore: se l'obiettivo è preservare dal passaggio per gli istituti carcerari i condannati che possono beneficiare della concessione di misure alternative alla detenzione, allora lo *status libertatis* del condannato è condizione genetica del meccanismo sospensivo. Sul tema v. L. KALB, *L. 27.5.1998 n. 165*, in AA. VV., *Processo civile e processo penale. Le riforme del 1998*, Ipsoa, Milano, 1998, p. 278, nonché F. CORBI, F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 116.

⁴ Così *ex multis* F. CAPRIOLI, *L'esecuzione delle sentenze di condanna a pena detentiva*, in F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 152.

stesso pubblico ministero che ha emesso l'ordine di carcerazione a ritenerlo non conforme al dettato costituzionale e a chiederne la sospensione al giudice dell'esecuzione.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il giudice rimettente ritiene che, se è vero che la cernita dei reati per i quali il legislatore può, nell'ambito del proprio potere discrezionale, prevedere il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione incontra un limite nel principio di eguaglianza-ragionevolezza, nonché nella necessaria tensione rieducativa della pena, allora l'inclusione dell'intero art. 423-*bis* c.p. – quindi anche l'ipotesi colposa di cui al secondo comma – si espone inevitabilmente a censure di incostituzionalità.

In particolare, il giudice *a quo* ritiene contaminata da indefettibile irragionevolezza la disparità di trattamento che viene a delinearsi fra il delitto di incendio boschivo colposo e altri reati colposi parimenti e più gravi (come l'omicidio stradale, l'omicidio sul lavoro, l'omicidio dovuto a colpa medica, l'incendio ferroviario), sicché la questione di legittimità costituzionale appare non manifestamente infondata in relazione sia all'art. 3 Cost., sia all'art. 27, comma 3, Cost.

Inoltre, il G.i.p. di Savona osserva che, non essendo prevista alcuna distinzione, nell'alveo dell'art. 656, comma 9, lett. *a*), c.p.p., tra l'ipotesi dolosa e quella colposa di incendio boschivo, la conseguente inclusione anche del delitto di cui all'art. 423-*bis*, comma 2, c.p. nel novero dei reati per i quali non può essere disposta la sospensione dell'ordine di carcerazione costituisce una aprioristica presunzione di pericolosità del condannato, che travalica il limite costituzionale della ragionevolezza delle scelte legislative.

Per di più, un sistema automatico di carcerazione immediata, senza possibilità di valutazione individualizzata, frustra la finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, comma 3, Cost., soprattutto in presenza di condotte non particolarmente gravi.

4. La Corte Costituzionale, come anticipato, dopo aver riconosciuto la rilevanza della questione sottoposta al proprio scrutinio⁵, ne ha altresì dichiarato la fondatezza e ha conseguentemente espunto il delitto di incendio boschivo colposo dal novero dei reati per cui l'art. 656, comma 9, lett. *a*), c.p.p. vieta la sospensione dell'ordine di carcerazione.

4.1. Preliminarmente, la Corte rammenta che la disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena e le relative preclusioni (art. 656, commi 5 e 9, c.p.p.) è già stata oggetto di svariate pronunce della Corte stessa, le quali sono approdate ad alcune osservazioni di principio che forniscono le coordinate essenziali per inquadrare correttamente la questione scrutinata.

In particolare, dalle riflessioni elaborate in seno a quella stessa giurisprudenza scaturisce l'idea secondo cui «il tendenziale collegamento della sospensione dell'ordine

⁵ La rilevanza della questione emerge pacificamente dalla circostanza che il giudice *a quo* dovesse ancora pronunciarsi sulla domanda di sospensione *ex* art. 656, comma 5, c.p.p. proposta dal pubblico ministero, essendosi infatti limitato ad anticipare, interinalmente e nelle more dell'incidente di legittimità costituzionalità, gli effetti della pronosticata pronuncia.

di esecuzione con i casi di accesso alle misure alternative costituisce un punto di equilibrio ottimale»⁶ nella prospettiva del principio di ragionevolezza. Infatti, come spiega perspicuamente la Corte, la soluzione ottimale sarebbe quella di prevedere il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. in tutti quei casi in cui il condannato – che non si trovi già in carcere in stato di custodia cautelare⁷ – debba espiare una pena, integrale o residua, contenuta entro i limiti temporali compatibili con l'accesso a misure alternative alla detenzione. In tal caso, infatti, il condannato che proponga tempestivamente istanza di ammissione a taluna di dette misure non sarebbe costretto, nelle more della decisione, a sperimentare comunque la detenzione carceraria⁸.

Invero – osserva la Corte – «l'ingresso in carcere per condannati che si trovano nelle condizioni di poter chiedere una misura alternativa è [...] problematico tanto dal punto di vista del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., quanto dal punto di vista della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.»⁹.

In primo luogo, i legami familiari, sociali e lavorativi del condannato subiscono, in caso di detenzione carceraria, una “brusca frattura”, che ostacola il percorso di risocializzazione del reo, potenzialmente intrapreso anche già durante il processo. V'è poi da considerare che, qualora la pena da scontare sia breve, è pronosticabile che la decisione del tribunale di sorveglianza sull'istanza di ammissione a misure alternative pervenga solo quando il condannato abbia già espiato integralmente (o quasi) la propria pena¹⁰.

In questa prospettiva, la Consulta – con sentenza n. 125 del 2016 – aveva ritenuto incongrua la normativa che, pur prevedendo per la rapina una pena assai più grave rispetto al furto con strappo, riconosceva a chi ne fosse autore un trattamento più vantaggioso in sede di esecuzione della pena, poiché il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione opererebbe per i condannati per il delitto di furto con strappo di cui all'art. 624-bis, comma 2, c.p., ma non rispetto alla rapina non aggravata. La Corte, quindi, aveva concluso per l'illogicità di una disciplina più sfavorevole per chi sia condannato per un reato meno grave, pur se contiguo dal punto di vista criminologico, con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo.

4.2. Benchè l'evocato “punto di equilibrio ottimale” risieda nella tendenziale corrispondenza tra il limite di pena stabilito per l'accesso alla misura alternativa e quello stabilito ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione, la giurisprudenza

⁶ V. Corte cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 41, par. 5. del Considerato in diritto.

⁷ Altrimenti, infatti, opererebbe la preclusione di cui all'art. 656, comma 9, lett. b), c.p.p.

⁸ V. par. 3.2. del Considerato in diritto della sentenza qui in esame.

⁹ *Id.*

¹⁰ Come già osservato dalla Consulta nella sentenza n. 216 del 2019, si tratta di un'eventualità «purtroppo non infrequente, stante il notorio sovraccarico di lavoro che affligge la magistratura di sorveglianza, nonché il tempo necessario per la predisposizione della relazione del servizio sociale in merito all'osservazione del condannato in carcere» (par. 4. Del Considerato in diritto).

costituzionale ha comunque riconosciuto che appartiene pur sempre alla discrezionalità legislativa selezionare ipotesi di cesura di tale legame, quando ragioni ostative appaiano prevalenti¹¹. In altri termini, laddove la scelta del legislatore non appaia irragionevole o incongrua, pur all'esito di un vaglio "particolarmente stretto"¹², la preclusione della sospensione dell'ordine di carcerazione è immune da censure di costituzionalità.

Così, nella sentenza n. 216 del 2019, i giudici della Consulta avevano dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 della medesima disposizione non può essere disposta nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624-bis, comma 1, c.p. In quell'occasione, la Corte costituzionale aveva ritenuto che il divieto di sospensione dell'ordine dell'esecuzione, in ipotesi di furto in abitazione, troverebbe la propria *ratio* nella discrezionale, e non irragionevole, presunzione del legislatore relativa alla particolare gravità del fatto di chi, per commettere il furto, entri in un'abitazione altrui, ovvero in altro luogo di privata dimora o nelle sue pertinenze, e della speciale pericolosità soggettiva manifestata dall'autore di un simile reato¹³. Infatti, secondo la Consulta, il legislatore avrebbe, con valutazione immune da censure sul piano costituzionale, ritenuto che la pericolosità individuale evidenziata dalla violazione dell'altrui domicilio rappresenti ragione sufficiente per negare in via generale ai condannati per il delitto di cui all'art. 624-bis, comma 1, c.p. il beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione, in attesa della valutazione caso per caso, da parte del tribunale di sorveglianza, della possibilità di concedere al singolo condannato i benefici compatibili con il suo titolo di reato e la durata della sua condanna¹⁴.

A un esito decisorio analogo è pervenuta più di recente la sentenza n. 238 del 2021, in cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 della medesima norma non può essere disposta nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis Ord. penit., con riferimento al delitto di cui all'art. 291-ter, comma 1, d.P.R. n. 43/73. In tale decisione la Corte, richiamando alcune riflessioni già svolte nella sentenza n. 41 del 2018¹⁵, ha osservato che, se il tendenziale collegamento della sospensione dell'ordine di esecuzione con i casi di accesso alle misure alternative costituisce un punto di equilibrio ottimale, è comunque rimessa al legittimo esercizio della discrezionalità legislativa la possibilità di individuare, qualora vi siano fondati motivi, ipotesi per cui il meccanismo sospensivo

¹¹ V. Corte cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 41, par. 5. del Considerato in diritto.

¹² V. Corte cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 41, par. 5. del Considerato in diritto. Per una nota a tale decisione, cfr. G. Malavasi, *Illegittimo l'art. 656, c. 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro anni*, in *Arch. pen.*, 1/2018.

¹³ Corte cost., sent. 20 giugno 2019, n. 216, par. 3.1.1. del Considerato in diritto.

¹⁴ *Ibid.*, par. 3.1.2. del Considerato in diritto.

¹⁵ Pronuncia in cui la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

debba essere escluso¹⁶. Nel caso di specie, è stata ritenuta non irragionevole la preclusione approntata dal legislatore, poiché fondata su un giudizio di particolare pericolosità del reato in esame, nonché sulla considerazione che, per tale delitto, l'accesso alla misura alternativa è soggetto a condizioni così stringenti da rendere tale eventualità meramente residuale, sicché appare tollerabile che venga sottoposto all'esecuzione carceraria chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà solo con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione¹⁷.

4.3. I binari su cui indirizzare il proprio giudizio, dunque, erano già stati tracciati dalla stessa Corte. Conseguentemente, nel caso scrutinato nella sentenza qui in esame, la Corte è stata chiamata a verificare se, in base ai parametri definiti nelle pronunce precedenti e, in particolare, alla luce del citato “controllo stretto” di legittimità costituzionale delle scelte discrezionali del legislatore, «sussistano sufficienti ragioni per sottrarre anche i condannati per il delitto di incendio boschivo colposo alla regola generale della sospensione dell'ordine di esecuzione»¹⁸.

5. La risposta a cui perviene la Corte, come visto in apertura, è negativa.

In primo luogo, la Corte rileva come l'integrale richiamo all'art. 423-bis c.p. da parte dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. comporti che esso ricomprenda anche l'ipotesi colposa, la quale, a ben vedere, costituisce l'unico reato di natura colposa tra quelli considerati dalla disposizione del codice di procedura. Una anomalia che non trova alcuna giustificazione nei lavori preparatori del d.l. 92/2008 (a cui, come visto in precedenza, si deve l'inclusione dell'art. 423-bis c.p. nel catalogo dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p.), di talché sorge il dubbio che la previsione dell'incendio boschivo colposo tra i reati per cui non può essere disposta la sospensione dell'ordine di carcerazione «sia frutto di una mera svista del legislatore»¹⁹.

Ad ogni modo, la Corte osserva che, nell'ipotesi di incendio boschivo colposo, il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione non trova alcuna plausibile giustificazione, in quanto la natura colposa della condotta posta in essere dal condannato impedisce di ritenere che quest'ultimo manifesti una speciale pericolosità, tale da imporre, per esigenze di prevenzione e di neutralizzazione, la sua detenzione carceraria. A conforto di tale assunto, la Corte ricorda che «la generalità degli istituti che, nel vigente sistema penale, comportano aggravamenti della pena o del suo regime esecutivo in relazione alla particolare pericolosità soggettiva dell'autore si basano sulla commissione, da parte sua, di reati dolosi, evidentemente ritenuti gli unici che consentono affidabili prognosi di ulteriore commissione di reati»²⁰. Così avviene, per esempio, nella

¹⁶ Corte cost., sent. 20 ottobre 2021, n. 238, par. 3.4. del Considerato in diritto.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ V. par. 3.4. del Considerato in diritto della sentenza qui in esame.

¹⁹ V. par. 3.4.1. del Considerato in diritto della sentenza qui in esame.

²⁰ V. par. 3.4.2. del Considerato in diritto della sentenza qui in esame. La Corte osserva che «se non può in assoluto escludersi che anche chi ha commesso il fatto per negligenza, imprudenza o imperizia possa nuovamente incorrere in un'analoga disattenzione o trascuratezza, è solo l'intenzionale violazione della legge penale che può essere posta alla base di presunzioni non arbitrarie, da parte del legislatore, di un

disciplina della recidiva, dell'abitudine della delinquenza, dei delitti ostativi all'accesso ai benefici penitenziari, dei delitti rispetto ai quali – in materia di misure cautelari – operano le presunzioni di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere.

Inoltre, il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione rispetto a condannati per il delitto *de quo* genera una insanabile e irragionevole disparità di trattamento tra l'incendio boschivo colposo e la generalità degli altri delitti colposi, in particolare quelli di pari o maggiore gravità, primo tra tutti il delitto – strutturalmente simile a quello di cui all'art. 423-bis, comma 2, c.p. – di incendio colposo, il quale, benché punito con la medesima cornice edittale, è posto a tutela del ben più importante bene giuridico dell'incolumità pubblica.

Infine, il divieto imposto dalla disposizione censurata costituisce un inutile – poiché ingiustificato – ostacolo alla funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, comma 3, Cost. In particolare, nel caso di specie, il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione non è bilanciato da alcuna delle possibili giustificazioni all'imposizione del passaggio in carcere del condannato, individuate dalla giurisprudenza costituzionale nelle sentenze dianzi richiamate: né dalla necessità di far fronte a una spiccata pericolosità del condannato (la quale, come visto, richiede la commissione di un reato di natura dolosa), né dalla necessità di prendere atto di uno speciale sistema di preclusioni che rende «residuale» l'accesso alle misure alternative per i condannati per determinati reati.

6. Per tutte queste ragioni, la Corte conclude che debba essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-bis, comma 2, c.p.

pericolo significativo di reiterazione di condotte criminose, tale da giustificare discipline che in via generale aggravino il trattamento sanzionatorio dell'autore, o lo sottraggano a benefici concessi alla generalità dei condannati».

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**