

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè 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 Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, 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 Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzari, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

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

A. MASSARO, L. GROSSI, <i>La progressiva “destrutturazione giurisprudenziale” del suicidio medicalmente assistito: una nuova questione di legittimità costituzionale sull’art. 580 c.p.</i>	5
N. GIBELLI, <i>Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell’EPPO: una prima lettura della sentenza C-281/22 della Corte di Giustizia dell’Unione europea</i>	31

SCHEDE

L. S. ROSSI, <i>A proposito del nuovo disegno di legge in materia di sicurezza</i>	47
C. PAGELLA, <i>La Corte dei conti solleva una questione di legittimità costituzionale relativa al c.d. “scudo erariale”: la Consulta chiamata di nuovo a pronunciarsi sul “Decreto semplificazioni”</i>	59
L. CAMALDO, <i>Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell’art. 27-bis D.P.R. n. 448/1988 (c.d. messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal decreto Caivano</i>	77

LA PROGRESSIVA “DESTRUTTURAZIONE GIURISPRUDENZIALE” DEL SUICIDIO MEDICALMENTE ASSISTITO: UNA NUOVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SULL’ART. 580 C.P.

di Antonella Massaro e Lorenza Grossi¹

SOMMARIO: 1. La tela di Penelope del suicidio medicalmente assistito: dalla Corte costituzionale ai giudici di merito, andata e ritorno. – 2. La pretesa applicabilità dell’art. 580 c.p. oltre i confini del “servizio sanitario nazionale”. – 2.1. Le criticità di una clausola di equivalenza sostanziale per fatti commessi presso strutture straniere: un possibile superamento muovendo dalla natura dichiarativa della procedura prevista dal nuovo art. 580 c.p. – 3. Il trattamento di sostegno vitale dopo la sentenza n. 242 del 2019 e prima della nuova questione di legittimità costituzionale: il caso Trentini. – 4. Le ragioni della questione di legittimità costituzionale: a) la definizione dei trattamenti di sostegno vitale. – 4.1. b) il contrasto con gli artt. 3, 2, 13 e 32 Cost. – 4.2. c) L’ostacolo (superabile) dell’art. 137, terzo comma, Cost. – 5. L’(in)ammissibilità di una nuova valutazione del suicidio medicalmente assistito da parte della Corte costituzionale. – 6. I profili di illegittimità costituzionale relativi alla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale: a) La natura eccezionale della norma introdotta dalla Corte costituzionale nell’art. 580 c.p. – 6.1. Vita *versus* autodeterminazione: il diverso “posizionamento” della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale a seconda del bene giuridico tutelato. – 6.2. Attualità *versus* necessità del trattamento di sostegno vitale: il profilo di insuperabile irragionevolezza dell’art. 580 c.p. – 7. Alcuni degli scenari ipotizzabili: a) inammissibilità per violazione con l’art. 137, terzo comma, Cost. – 7.1. b) inammissibilità per difetto di una soluzione costituzionalmente obbligata in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore. – 7.2. c) inammissibilità per difetto di rilevanza – 7.3. d) inammissibilità per manifesta infondatezza. – 7.4. e) sentenza interpretativa di rigetto (di regola o di principio). – 7.5. f) sentenza di rigetto “secca”. – 7.6. g) sentenza, a vario titolo, di accoglimento. – 8. La lacuna assiologica in materia di fine vita e la “scelta” (insindacabile?) della Corte costituzionale.

1. La tela di Penelope del suicidio medicalmente assistito: dalla Corte costituzionale ai giudici di merito, andata e ritorno.

La parziale illegittimità dell’art. 580 c.p., “anticipata” dall’ordinanza n. 207 del 2018 e dichiarata con la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, ha rappresentato, senza dubbio, una breccia aperta nella impenetrabilità del suicidio medicalmente assistito nell’esperienza giuridica italiana. La Corte costituzionale, come ampiamente noto, ha introdotto delle “condizioni di non punibilità” delle condotte di aiuto al suicidio, ritenendo illegittimo l’art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza

¹ Sebbene il contributo derivi da una riflessione e da una stesura condivise, si attribuiscono ad Antonella Massaro i paragrafi 3, 4, 5, 6, 6.1 e a Lorenza Grossi i paragrafi 1, 2, 2.1, 6.2, 7, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 8.

nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»².

La causa di non punibilità richiederebbe la compresenza di condizioni sostanziali (proposito suicidario autonomo, derivante da una persona capace di prendere decisioni libere e consapevoli; patologia irreversibile, da cui derivano sofferenze intollerabili per il malato; dipendenza da trattamenti di sostegno vitale) e condizioni più strettamente procedurali (modalità previste dalla legge n. 291 del 2017; supervisione del servizio sanitario nazionale; parere del comitato etico competente)³.

Si è discussa, fin da subito, la natura giuridica della causa di non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale, al fine di individuare la disciplina alla stessa applicabile tanto sul piano sostanziale (si pensi, per esempio, alle conseguenze in materia di errore) quanto su quello processuale (con particolare riguardo alla ripartizione del rischio per la mancata prova⁴). Sebbene si sia ipotizzato che la causa di non punibilità in questione configuri un limite di tipicità, il quale, a sua volta, potrebbe operare in riferimento alla fattispecie oggettiva⁵ o all'elemento soggettivo del reato⁶,

² Per ampi e strutturati commenti relativi a entrambe le pronunce si rinvia ai due volumi, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, ESI, 2019 e *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Giappichelli, 2020.

³ La distinzione tra condizioni sostanziali e condizioni procedurali nella struttura dell'art. 580 c.p. è ampiamente valorizzata da Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4 ss.

⁴ Sull'onere della prova da intendersi come "rischio per la mancata prova", *amplius*, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, vol. I, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. 83-84: «di 'onere della prova' nel processo penale non si può parlare in senso proprio: l'espressione, infatti, implicherebbe la validità della prova solo se prodotta dalla parte interessata ad affermare la proposizione da provare. Viceversa, secondo il codice vigente, la prova è validamente assunta, chiunque l'abbia prodotta (accusa, difesa o giudice)».

⁵ S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2022, spec. 944-946, spec. 945.

⁶ T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, in *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi, *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 1/2022, 24; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2020, 9, il quale sembrerebbe individuare una "speciale causa scusante", non solo per i motivi che hanno ispirato l'aiuto al suicidio, ma anche attraverso una valorizzazione di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza, nel momento in cui esclude qualsiasi obbligo in capo al sanitario di accogliere le richieste dell'aspirante suicida. V., però, più recentemente M. ROMANO, *Fine vita e suicidio assistito. Dalla Corte costituzionale a una disciplina legislativa. Il disegno di legge n. 2553*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3/2022, 957, in cui l'Autore ritorna sulla propria idea, optando per il limite di tipicità, sulla base di un

l'opinione maggioritaria propende per un inquadramento nell'ambito delle cause di giustificazione: secondo alcuni, la fitta regolamentazione introdotta dalla Corte costituzionale avrebbe introdotto una scriminante procedurale, già in passato indicata come la soluzione preferibile⁷, sulla base del noto modello teorico elaborato da Winfried Hassemer⁸, mentre altri suggeriscono la configurabilità di una giustificazione "sostanziale", senza la necessità di ricorrere allo schema procedurale⁹.

Le prime applicazioni giurisprudenziali del "nuovo" art. 580 c.p., se da un lato sembrano confermare la tesi della causa di giustificazione (procedurale)¹⁰, dall'altro lato hanno sottoposto il dispositivo della sentenza n. 242 del 2019 a una progressiva "destrutturazione", giungendo a mettere in discussione, se non a superare del tutto, alcune delle condizioni poste dalla Corte costituzionale all'irrelevanza penale dell'aiuto al suicidio.

Si tratta, in effetti, di una tendenza che si registra tanto sul versante delle condizioni procedurali quanto su quello delle condizioni sostanziali.

La giurisprudenza di merito, ritenendo applicabile la nuova causa di non punibilità anche in riferimento a pratiche di suicidio assistito realizzate presso strutture sanitarie estere (svizzere, più precisamente), ha messo in discussione, anzitutto, il fatto

duplice ordine di motivi: (i) la scusante non basterebbe a escludere l'impedibilità del suicidio da parte di terzi; (ii) lascerebbe residuare una responsabilità sul piano civile.

⁷ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 3/2007, 909; ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2009, 1671-1672; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 33; ID., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2016, 560; ID., *Il caso Fabol/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit., 126 ss.; ID., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti l'aiuto a morire" imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020, 14; ID., *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2023, 15-16; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*; ID., *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)*, in *Il caso Cappato*, cit., 346-347. La soluzione della scriminante procedurale è condivisa anche da C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2020, § 6; ID., *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in *Il caso Cappato*, cit., 82, 89; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, *ivi*, 5; A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza trionfante*, *ivi*, 249; ID., *Il tema del "fine vita" nella vicenda Cappato: i nuovi confini procedurali dell'aiuto (lecito) al suicidio*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Approfondimenti tematici*, Corte Suprema di cassazione, Ufficio del Massimario, 2019, cit., 36; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *DisCrimen*, 26 maggio 2020, 5.

⁸ W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung- Kritik –Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz*, (Hrsg.) H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden, Nomos, 1994, 731 ss.

⁹ D. PULITANÒ, *Di fronte al suicidio*, cit., 393; ID., *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in *Il caso Cappato*, cit., 282.

¹⁰ Corte d'Assise di Massa, 27 luglio 2020, disponibile su www.giurisprudenzapenale.it, 30; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Richiesta di archiviazione*, 15 settembre 2023, disponibile su www.giurisprudenzapenale.it, spec. 29-30.

che sulla procedura individuata dalla Corte costituzionale sia assicurato un controllo da parte del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico competente.

In secondo luogo, si è proceduto a una progressiva dilatazione interpretativa della necessaria sussistenza di trattamenti di sostegno vitale che tengano in vita il paziente, i quali, lungi dal risolversi nella mera dipendenza da una macchina, ben potrebbero consistere in ogni forma di dipendenza del paziente da “cose o persone”¹¹. Proprio il requisito in questione è stato all’origine di una nuova rimessione alla Corte costituzionale: il Tribunale di Firenze, il 17 gennaio 2024, ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull’art. 580 c.p. «nella versione modificata dalla stessa Corte [costituzionale] con sentenza 242 del 2019, nella parte in cui richiede che la non punibilità di chi agevola l’altrui suicidio sia subordinata alla circostanza che l’aiuto sia prestato a una persona “tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale”»¹².

L’art. 580 c.p., quindi, viene nuovamente sottoposto allo scrutinio del Giudice delle leggi, ma questa volta si chiede di valutare la legittimità costituzionale non della formulazione del legislatore del 1930, ma della versione dell’art. 580 c.p. introdotta proprio dalla Corte costituzionale nel 2019: in maniera certamente inedita, si mette in discussione la legittimità non della normativa di risulta derivante da una sentenza di accoglimento, ma di una norma introdotta “direttamente” dal dispositivo di una pronuncia della Corte costituzionale. Il processo di transizione della Corte dal “legislatore negativo” di kelseniana memoria, ancora visibile sul “fragile” sfondo dell’art. 28 della l. n. 87 del 1953¹³, a un “legislatore positivo”, che effettua scelte discrezionali per il raggiungimento di finalità politiche, raggiunge, in questo modo, uno dei suoi picchi più chiari e riconoscibili.

2. La pretesa applicabilità dell’art. 580 c.p. oltre i confini del “servizio sanitario nazionale”.

Le questioni più strettamente procedurali rappresentano una condizione preliminare, dal punto di vista giuridico, per affrontare il nodo del trattamento di sostegno vitale nella struttura del nuovo art. 580 c.p.

Come anticipato, la sentenza n. 242 del 2019 ha ritenuto, nel dispositivo della pronuncia, che le condizioni di accesso al suicidio medicalmente assistito debbano essere verificate dalle strutture del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente: si tratta di una procedura senza precedenti, ritenuta dalla

¹¹ *Infra*, § 4.

¹² Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 17.

¹³ Di “sostanziale fragilità” dell’art. 28 l. n. 87 del 1963 parla L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, 2-3, 215. Sulla superfluità o, comunque, sulla scarsa chiarezza dell’art. 28 l. n. 87 del 1953, per tutti M.S. GIANNINI, *L’illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, VIII, 1954, 39 ss. ora anche in *ID. Scritti*, Volume terzo, Milano, Giuffrè, 2003 e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova, Cedam, 1984, 358.

Corte necessaria per la tutela dei soggetti più vulnerabili¹⁴, la quale, integrando la legge n. 219 del 2017 al di fuori di ogni “necessità costituzionale”, rappresenta, probabilmente, una delle parti più evidentemente “creative” dell’intervento sull’art. 580 c.p.

La *ratio* sottesa alla soluzione della Corte costituzionale sembrerebbe sufficientemente chiara: il riferimento alla legge n. 219 del 2017 implica che il suicidio assistito debba ricondursi entro la cornice del rapporto medico-paziente, scongiurando il rischio che «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – possa lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino»¹⁵.

La natura “pubblica” della procedura è confermata, poi, dal ruolo di controllo affidato al servizio sanitario nazionale, con l’ulteriore precisazione che, vista la delicatezza degli interessi in gioco, debba essere assicurato anche l’intervento di un organo collegiale terzo, individuato nei comitati etici territorialmente competenti¹⁶.

Dal carattere “statale” attribuito al suicidio medicalmente assistito dovrebbe derivare, come necessaria conseguenza, la dimensione “nazionale” della causa di non punibilità, destinata a operare per le sole condotte di aiuto al suicidio autorizzate ed eseguite nel territorio italiano, presso strutture appartenenti al servizio sanitario nazionale. Se, per contro, il suicidio assistito si svolgesse secondo le condizioni previste dalla legislazione di uno Stato estero, presso strutture allo stesso appartenenti, ciò dovrebbe valere, per ciò solo, ad escludere l’applicazione della causa di non punibilità o, il che è lo stesso, a concludere per la rilevanza penale di eventuali condotte di aiuto materiale.

La giurisprudenza di merito, invece, ha ritenuto applicabile il nuovo art. 580 c.p. a condotte di aiuto offerte a persone che hanno fatto accesso a pratiche di suicidio assistito in cliniche svizzere, secondo la “procedura” prevista da un ordinamento diverso da quello italiano e, comunque, in assenza di ogni controllo da parte del servizio sanitario nazionale e di ogni parere del comitato etico competente. Questa impostazione è stata condivisa anche dall’ordinanza con cui il Tribunale di Firenze ha sollevato la recente questione di legittimità costituzionale.

La premessa dalla quale muovono i giudici di merito è che l’autentica garanzia, capace di assicurare la formazione di una volontà libera e consapevole del paziente, risiede nel carattere medicalizzato della procedura. Quest’ultimo requisito dovrebbe ritenersi integrato non solo se il consenso venga acquisito con le modalità previste dalla legge n. 219 del 2017, sotto la “supervisione” del servizio sanitario nazionale, ma anche, nel caso in cui la prestazione sia offerta da una struttura estera, in presenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle richieste dalla legge italiana e dal “nuovo” art. 580 c.p.¹⁷.

¹⁴ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, § 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207 § 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Per considerazioni critiche relative all’effettiva idoneità del comitato etico territorialmente competente ad assolvere al compito di garante dei soggetti vulnerabili v. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen.*, 2019, 50.

¹⁷ Tribunale di Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 7.

Una “clausola di equivalenza sostanziale”, in effetti, è stata prevista dallo stesso dispositivo della sentenza n. 242 del 2019, la quale, avvertendo l’esigenza di regolare gli effetti intertemporali della propria pronuncia precisava che per i fatti alla stessa antecedenti (a partire dal caso Cappato) sarebbe stato necessario accertare la sussistenza di condizioni equivalenti rispetto a quelle indicate *pro futuro*. La giurisprudenza di merito, però, ritiene che un analogo giudizio di equivalenza sostanziale possa valere anche per vicende verificatesi interamente nel vigore della nuova disciplina¹⁸. Il rinvio alle modalità previste dalla legge n. 219 del 2017, in particolare, non escluderebbe che «i singoli passaggi di cui si compone la procedura in questione possano essere accertati secondo un approccio sostanziale onde verificare se di volta in volta siano state compiute quelle valutazioni imposte dalla scansione “tipica”»¹⁹, a patto che siano «rispettate tutte le esigenze sostanziali di protezione del paziente e della sua autodeterminazione»²⁰.

Si ha poi cura di precisare che il rispetto delle condizioni previste dall’art. 580 c.p. non fosse comunque concretamente esigibile nel caso di specie: malgrado la sussistenza di una procedura *ad hoc* per il suicidio medicalmente assistito in Italia, infatti, il paziente non avrebbe comunque potuto accedervi, visto che lo stesso non risultava tenuto in vita da trattamento di sostegno vitale. Sembra, detto altrimenti, che il giudizio di equivalenza sostanziale delle condizioni c.d. procedurali divenga, in maniera esplicita, il paravento per eludere (anche) il rispetto delle condizioni c.d. sostanziali diverse dalla scelta libera e consapevole del paziente: in questo modo, però, si va ben oltre i confini delineati dalla sentenza n. 242 del 2019.

2.1. Criticità di una clausola di equivalenza sostanziale per fatti commessi presso strutture straniere: un possibile superamento muovendo dalla natura dichiarativa della procedura prevista dal nuovo art. 580 c.p.

L’applicazione della causa di non punibilità prevista dall’art. 580 c.p. sulla base di una lettura sostanziale dei requisiti introdotti dalla Corte costituzionale, in realtà, risulta tutt’altro che scontata.

La previsione di una clausola di equivalenza “sostanziale”, contenuta nel dispositivo della sentenza n. 242 del 2019, si riferisce, anzitutto, alle sole modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017 ed è esplicitamente limitata ai soli fatti commessi prima dell’intervento della Corte costituzionale. Nella “lettera” del dispositivo, il controllo da parte del servizio sanitario nazionale, viceversa, non ammette equivalenti sostanziali, anche perché, forse, l’inserimento di questa ulteriore condizione con la sentenza n. 242 del 2019 mirava proprio ad arginare, dopo l’intervento della Consulta, ogni possibile forma di “turismo della morte”, che, qualora realizzata, dovrebbe restare esclusa dalla causa di non punibilità.

Se, del resto, come avviene nell’ordinanza del Tribunale di Firenze che ha

¹⁸ Tribunale di Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 7.

¹⁹ Tribunale di Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 7.

²⁰ Tribunale di Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 8.

sollevato questione di legittimità costituzionale, si ammette che il viaggio in Svizzera era anche motivato dal ragionevole diniego cui il paziente sarebbe andato incontro in Italia, vista la mancanza di altre condizioni richieste dall'art. 580 c.p. (trattamenti di sostegno vitale), è evidente come il giudizio di equivalenza sostanziale divenga il paravento dietro il quale nascondere l'elusione di altri requisiti, più strettamente sostanziali, sui quali si fonda l'esclusione della punibilità. L'impressione, in effetti, è che questa lettura tenda a "ridurre" la scriminante in questione al requisito della scelta libera e consapevole del paziente, realizzando quel mutamento di paradigma relativo al bene giuridico tutelato (dalla centralità della vita a quella della libertà di autodeterminazione), che, tuttavia, non sembra ancora emergere dalla giurisprudenza costituzionale.

Muovendo da queste premesse, un'applicazione della clausola di equivalenza a condotte commesse dopo l'intervento della Corte costituzionale, con particolare riguardo a fatti non commessi in Italia, potrebbe fondarsi su una estensione analogica della norma introdotta dalla Corte stessa, magari valorizzando la sua natura giuridica di causa di giustificazione e, quindi, utilizzando la valvola di sicurezza della analogia *in bonam partem*. In questo caso, però, come si cercherà di chiarire, bisognerebbe pur sempre "fare i conti" con la natura eccezionale della norma in questione.

Le criticità relative alla dimensione "nazionale" della causa di non punibilità, a ben vedere, potrebbero superarsi senza scomodare lo strumento dell'analogia, ma ragionando su due questioni ulteriori, tra loro strettamente collegate: a) la natura, dichiarativa o costituiva, della procedura dal cui rispetto deriva la non punibilità dell'aiuto al suicidio, ragionando nell'orizzonte sistematico delle scriminanti procedurali; b) l'alternativa tra una tutela di beni e una tutela di funzioni.

Quanto alla prima questione, secondo l'originaria impostazione di Hassemer, sarebbe la procedura a giustificare il fatto, perché *solo* attraverso la procedura potrebbe realizzarsi un adeguato bilanciamento degli interessi contrapposti²¹.

La dottrina italiana che maggiormente si è occupata delle scriminanti procedurali, invece, riconduce tradizionalmente l'effetto giustificativo all'esercizio di un diritto (*rectius*: facoltà legittima)²², che, da un lato, supera il riferimento a qualsiasi bilanciamento di interessi, individuando la propria *ratio essendi* nel principio di non contraddizione dell'ordinamento²³, e, dall'altro, impone di individuare sia il contenuto del diritto sia, soprattutto, i limiti del medesimo.

²¹ W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 737, 750-751.

²² Si preferisce questa espressione, conforme al dettato dell'art. 652, primo comma, c.p.p., sulla base del costante insegnamento per cui l'esercizio non si lega al diritto stesso, ma al suo contenuto: appunto, le facoltà che dal diritto derivano. Per questa impostazione, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, vol. I, Torino, Giappichelli, 2020, 316.

²³ Si tratta di una conclusione che può dirsi pacifica in dottrina. Nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2020, 264, per cui si tratterebbe di una scriminante meramente "dichiarativa", discendente dal principio di non contraddizione; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, cit., 322-323; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 314, 325; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano, Giuffrè, 2022, 333, sebbene il riferimento testuale sia, anziché al principio di non contraddizione, alla coerenza dell'ordinamento; molti Autori, poi, individuano ad

Resta però da chiarire se la procedura “fondi” il diritto esercitato attraverso il rispetto della stessa o se, viceversa, la procedura operi in funzione “servente”, limitandosi a riconoscere la sussistenza di un diritto già “integralmente” ricavabile dall’ordinamento.

L’impostazione che attribuisce valenza costitutiva alla procedura ritiene che solo attraverso il particolare meccanismo previsto dal legislatore si producano poteri e doveri in capo a terzi, in modo da attuare il diritto che è oggetto di riconoscimento attraverso la procedura medesima²⁴. Il diritto, quindi, preesisterebbe all’accertamento procedurale, ma è solo attraverso la procedura che troverebbe riconoscimento rispetto a terzi; viceversa, nelle ipotesi in cui la procedura non sia rispettata, il fatto sarebbe punibile sulla base di una fattispecie *ad hoc*: si pensi, per l’interruzione volontaria di gravidanza, all’art. 19 della l. n. 194 del 1978. La procedura, poi, collocandosi in un momento antecedente alla commissione del fatto, in alcuni casi (ma non sempre) sussumibile all’interno di una fattispecie incriminatrice, permetterebbe un accertamento *ex ante* dei presupposti della causa di giustificazione, sottraendola alla “regola” dell’accertamento *ex post*²⁵.

L’impostazione preferibile, a ben vedere, è quella che propende per una valenza meramente dichiarativa della procedura. Quest’ultima, più esattamente, non produrrebbe i suoi effetti sul piano della “fisionomia” del diritto, rispetto al quale, anzi, il legislatore si limiterebbe ad una mera presa d’atto. La procedura, più esattamente, assumerebbe una funzione «servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario»²⁶. Il diritto in questione è quello all’autodeterminazione terapeutica, che trova il suo fondamento costituzionale (anzitutto) nell’art. 32 Cost. e che, a livello di legge ordinaria, è stato riconosciuto e disciplinato dalla legge n. 219 del 2017.

Potrebbe obiettarsi che la legge n. 219 del 2017 si riferisca alle sole ipotesi di rinuncia di un trattamento non ancora iniziato o di interruzione di un trattamento già iniziato: il fatto che non compaia alcun riferimento all’aiuto a morire, quindi, indicherebbe che il legislatore abbia circoscritto i confini dell’autodeterminazione terapeutica, “scegliendo” di non includere il suicidio medicalmente assistito. Se così, fosse, tuttavia, sarebbe difficilmente giustificabile (almeno) la disparità di trattamento nei confronti di quei soggetti per i quali l’interruzione delle cure in atto, pur materialmente praticabile, cagionerebbe sofferenze chiaramente più atroci di quelle che conseguirebbero all’intervento di un soggetto terzo che lo “aiuti a morire”. Proprio

adiuvandum, accanto alla *ratio* basata sul principio di non contraddizione ed in linea con l’idea per cui la ragione ultima delle cause di giustificazione sia da rinvenire nel bilanciamento di interessi, la “prevalenza dell’interesse” di chi agisce nell’esercizio di un proprio diritto rispetto a quello che, dall’altra parte, sarebbe con lo stesso in conflitto C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 350-351; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, 270.

²⁴ Pressoché testualmente, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 14.

²⁵ *Ibidem*. In senso analogo, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., 909; ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., 1670; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., spec. 253 ss.; ID., *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)*, cit., 351.

²⁶ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, 1285.

questa, non a caso, era una delle principali argomentazioni su cui si reggeva l'impianto motivazionale dell'ordinanza n. 207 del 2018²⁷, anche se, successivamente, l'art. 3 Cost. scompare dalle norme parametro indicate nella sentenza n. 242 del 2019.

Il diritto o, se si vuole, il bene giuridico di cui la procedura introdotta nell'art. 580 c.p. "prende atto", dunque, andrebbe individuato nell'autodeterminazione terapeutica, a sua volta inserita in un contesto medicalizzato o, più esattamente, nella cornice del rapporto medico-paziente (alleanza terapeutica, consenso informato...).

Muovendo dalla natura meramente dichiarativa della procedura, gli effetti più apprezzabili della c.d. giustificazione procedurale si produrrebbero sul piano processuale, nel senso che la procedura consente di anticipare l'accertamento del diritto, impedendo che venga iscritta notizia di reato, con conseguente apertura di un procedimento penale. Nel caso in cui, viceversa, un soggetto agisca in assenza dei requisiti richiesti dalla "legge", ciò richiederà necessariamente l'accertamento del diritto da parte di un terzo, questa volta, però, nell'ambito del processo penale e con tutti i rischi che lo stesso comporta.

Come precisato dalla prima giurisprudenza di merito chiamata a confrontarsi con il nuovo art. 580 c.p., le condizioni richieste per una non punibilità dell'aiuto al suicidio riconoscibili *ex ante* sono diverse e tra loro eterogenee, soprattutto perché alcune sono un'espressione "necessaria" del diritto di autodeterminazione terapeutica e della sua dimensione "medicalizzata", mentre altre non attengono alla fisionomia nel diritto-bene giuridico tutelato. Potrebbe ipotizzarsi, in particolare, la seguente distinzione:

a) *condizioni sostanziali infungibili e necessarie*, rappresentate da quelle che richiedono necessariamente un intervento medico o, meglio, un rapporto medico-paziente. Si tratterebbe, più esattamente, della capacità di esprimere una volontà libera e consapevole, della sussistenza di una malattia irreversibile, fonte di sofferenze intollerabili per il paziente, nonché della dipendenza dello stesso da trattamenti di sostegno vitale;

b) *condizioni procedurali fungibili, ma necessarie*, rappresentate dalle modalità di acquisizione del consenso, come previste dalla legge n. 219 del 2017: in questo caso, ben potrebbe ammettersi l'operatività di una clausola di equivalenza sostanziale che, muovendo dalla natura dichiarativa della procedura, potrebbe applicarsi anche a fatti successivi rispetto all'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019. A venire in considerazione, in effetti, sarebbero requisiti di carattere procedurale, che, però, valgono ad assicurare che l'aiuto al suicidio resti in una dimensione medicalizzata, capace (anche) di tutelare le persone più vulnerabili. Resta il fatto, ovviamente, che qualora le modalità concretamente seguite non siano quelle previste dalla legge n. 219 del 2017, il soggetto che presta l'aiuto a morire si esporrebbe al rischio dell'apertura di un procedimento penale, nel quale dovrebbe accertarsi che le modalità seguite nel caso concreto fossero sostanzialmente equivalenti a quelle previste dalla legislazione italiana;

²⁷ Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207 §§ 8 e 9 del *Considerato in diritto*

c) *condizioni procedurali infungibili, ma non necessarie*, che, invece, consisterebbero nel controllo del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico competente. In questo caso, si tratta di condizioni che non attengono in nessun modo al diritto-bene giuridico tutelato, ma che rispondono al mero intento di “mettere al riparo” i soggetti coinvolti nella procedura di suicidio assistito dall’apertura di un procedimento penale a loro carico. Posto che, sembrerebbe, un procedimento penale potrebbe aprirsi per il solo fatto che la prestazione di suicidio assistito sia, per esempio, offerta da una clinica svizzera, potrebbe comunque pervenirsi all’esito della non punibilità qualora si accertasse la sussistenza tanto delle condizioni sostanziali quanto di quelle procedurali fungibili.

A ragionare diversamente, ritenendo che anche il controllo del servizio sanitario nazionale rappresenti una condizione necessaria per l’applicazione del nuovo art. 580 c.p., si rischierebbe di sconfinare nel paradigma della mera tutela di funzioni, rendendo penalmente rilevanti condotte che, semplicemente, “disobbediscano” a una procedura extrapenale²⁸. Una lettura conforme al principio di necessaria offensività, quindi, sembrerebbe apportare ulteriori argomenti a favore di una lettura “sostanziale” della causa di non punibilità: criminalizzare delle condotte di aiuto al suicidio, per il solo fatto che non siano rispettate le condizioni meramente procedurali previste dalla “legge”, significherebbe sconfinare nel modello dalla mera disobbedienza o, se si vuole, della tutela di mera funzione.

Il percorso argomentativo proposto risulta, evidentemente, piuttosto complesso, e, soprattutto, presuppone che la tutela penale, nel caso del suicidio medicalmente assistito, sia “sbilanciato” sul bene giuridico dell’autodeterminazione terapeutica: premessa, ancora una volta, tutt’altro che scontata. Si tratta, però, per le ragioni che si è cercato di chiarire, di un fondamento più solido per superare il limite territoriale della causa di non punibilità, che cerchi di andare oltre la mera constatazione della possibile operatività di una non meglio precisata “clausola di equivalenza sostanziale”.

3. Il trattamento di sostegno vitale dopo la sentenza n. 242 del 2019 e prima della nuova questione di legittimità costituzionale: il caso *Trentini*.

Qualora si ritenga di poter superare l’ostacolo “procedurale”, la questione si sposta sul complesso impianto di condizioni “sostanziali” individuate dalla Corte costituzionale, con particolare riguardo alla necessità che il paziente sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale.

Si tratta, non a caso, di un requisito che fin da subito ha suscitato delle perplessità. Non si è esitato a ritenere «arbitrario» il limite in questione, specie perché «presenta una

²⁸ Per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, 95 ss.

ratio di difficile giustificazione per la forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci»²⁹. Posto che, infatti, questa condizione non è integrata dalla sola ipotesi in cui il malato sia “attaccato a una macchina”, la stessa potrebbe includere anche trattamenti chirurgici o farmacologici (come la chemioterapia), con l’ulteriore precisazione che se il trattamento rilevante fosse solo quello in assenza del quale si “muore subito”, allora, almeno in alcuni casi, non sarebbe necessario ricorrere a una pratica di suicidio assistito, ma sarebbe sufficiente la loro rinuncia³⁰.

La giurisprudenza, chiamata a confrontarsi, nel caso *Trentini*³¹, con la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, ha proposto una lettura ampia del requisito in questione, capace di andare ben oltre la dipendenza da una macchina³². A venire in considerazione, hanno precisato i giudici della Corte di assise di Massa, sarebbe «qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l’assistenza di personale medico o paramedico o con l’ausilio di macchinari medici», «interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida»³³. La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, pur interpretata in senso ampio, presupporrebbe pur sempre una dipendenza del paziente, direttamente funzionale alla sua sopravvivenza, da farmaci, dall’assistenza sanitaria o da dispositivi medici. Qualora il soggetto, per lo svolgimento delle sue attività quotidiane (alzarsi dal letto, andare in bagno, mangiare), dipenda da un’altra persona, non potrebbe considerarsi integrato il requisito del “trattamento”, ma, nondimeno, ad avviso dei giudici di primo grado del caso *Trentini*, si determinerebbe una situazione analoga alle precedenti, tale da legittimare un’estensione *in bonam partem* della causa di giustificazione.

In questo modo, tuttavia, il requisito in questione sarebbe talmente ampio da risultare pressoché onnicomprensivo o, il che è lo stesso, privo di qualsiasi valenza selettiva. Quella proposta dalla Corte di Massa, detto altrimenti, sembrerebbe non tanto una “lettura estensiva”, quanto piuttosto di una sostanziale *interpretatio abrogans* di uno dei requisiti individuati dalla Corte costituzionale, se non altro perché in presenza di una patologia irreversibile, che cagioni al malato una grave sofferenza fisica o psicologica che lo stesso considera intollerabili, sarebbe giocoforza ritenere sussistente una generica dipendenza da “persone o cose”³⁴.

²⁹ M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 224.

³⁰ M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 225.

³¹ Corte d’Assise di Massa, 27 luglio 2020, cit.; Corte di Assise di appello di Genova, 28 aprile 2021, disponibile su www.giurisprudenzapenale.com.

³² Corte d’Assise di Massa, 27 luglio 2020, cit., 30.

³³ Corte d’Assise di Massa, 27 luglio 2020, cit., 31.

³⁴ *Amplius*, A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridecrizione o interpretatio abrogans?* Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso *Trentini*, in *Giur. pen. web*, 29 settembre 2020, 9 ss.

4. Le ragioni della questione di legittimità costituzionale: a) la definizione dei trattamenti di sostegno vitale

Nel caso Trentini, la condizione del paziente si caratterizzava per una duplice e “importante” dipendenza, farmacologica (alto dosaggio di potenti antidolorifici) e meccanica (necessità di evacuazioni manuali), senza che, dunque, si rendesse davvero necessaria un’estensione analogica della scriminante introdotta dalla Corte costituzionale.

Il caso di Massimiliano, che ha dato origine alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze, esula in maniera evidente da una possibile applicazione “diretta” della causa di non punibilità, ferma restando una sua possibile estensione analogica. Massimiliano, malato di sclerosi multipla, era andato incontro, tra il 2021 e il 2022, a un rapido peggioramento delle proprie condizioni di salute, perdendo pressoché integralmente l’uso degli arti inferiori e superiori. Il paziente decide di porre fine alle proprie sofferenze, prima, però, che la malattia possa ancora degenerare e prima che si ponga l’esigenza terapeutica di ricorrere a veri e propri trattamenti di sostegno vitale. Dopo aver preso contatti con la clinica svizzera “Dignitas”, avvalendosi della intermediazione di Marco Cappato, Massimiliano si reca presso la struttura elvetica a bordo di un furgone guidato, a turno, da Chiara Lalli e Felicetta Maltese. La procedura volta a verificare la sussistenza dei presupposti che, conformemente alla legislazione svizzera, consentono di accedere al suicidio assistito³⁵, si conclude l’8 dicembre 2022: Massimiliano conferma definitivamente la sua volontà e, usando il braccio destro, che ancora riesce a controllare, assume per via orale il farmaco letale. La morte sopraggiunge dopo pochi minuti. A seguito di autodenuncia, Cappato, Lalli e Maltese vengono indagati per aiuto al suicidio.

Il giudice per le indagini preliminari di Firenze, a fronte della richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, solleva questione di legittimità costituzionale, vista l’impossibilità di configurare, nel caso di specie, il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e ritenendo in contrasto con gli artt. 3, 2, 13 e 32 Cost. l’esclusione delle condotte poste in essere dagli indagati dall’area della non punibilità delineata dal nuovo art. 580 c.p.

³⁵ Il controllo previsto dalla clinica Dignitas si compone di due fasi: una, per così dire, “cartolare”; l’altra, invece, “orale”. Anzitutto possono accedere al c.d. suicidio assistito solo persone che siano (i) associati *Dignitas*; (ii) capaci di discernimento; (iii) in grado di compiere azioni fisiche minime; (iv) riportino alternativamente una malattia il cui esito inevitabile sia la morte o un handicap intollerabile o dolori insopportabili. Devono poi essere inviati: (i) una lettera in cui vengono spiegate le ragioni della decisione di mettere fine alla propria vita, il proprio stato di salute e l’approccio alla propria malattia; (ii) un’autobiografia che contenga anche indicazioni su chi supporta la persona nel proprio intento di mettere fine alla propria vita; (iii) un rapporto medico recente (che non può risalire a oltre quattro mesi dalla richiesta) e due o tre rapporti medici precedenti dai quali emerga il quadro clinico del paziente. Se il medico della associazione ritiene sussistenti queste condizioni, viene fornita una “luce verde provvisoria”. È necessario, poi, per il definitivo via libera un colloquio con il medico. Per informazioni più dettagliate, v. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, r.g.n.r. 9609/17, disponibile su www.giurisprudenzapenale.com, 3-4.

Il giudice *a quo* delinea i tratti fondamentali del concetto di “trattamento di sostegno vitale”, che, in definitiva, si regge su tre fondamentali pilastri: a) la natura sanitaria del trattamento; b) l’efficacia causale rispetto alla permanenza in vita del paziente; c) l’attualità del trattamento.

a) I trattamenti di sostegno vitale, precisa il giudice *a quo*, devono intendersi come “trattamenti sanitari”, come si ricava anche dall’esplicito rinvio dell’art. 580 c.p. alla legge n. 219 del 2017: a venire in considerazione, quindi, non sarebbe un qualsiasi aiuto esterno, ma solo una più pregnante e qualificata ingerenza sul corpo e sulla salute del paziente che richieda una valutazione medica, una prescrizione medica, il ricorso a dispositivi medici, un monitoraggio da parte di un medico³⁶.

La mera dipendenza da persone, quindi, potrebbe ricondursi alla causa di non punibilità solo per il tramite di un’estensione analogica della stessa: operazione, tuttavia, che il Tribunale di Firenze non ritiene praticabile, in ragione della natura eccezionale della disposizione in questione. Il nuovo art. 580 c.p., in effetti, si fonderebbe su «delicatissimi bilanciamenti di interessi che, all’esito di spostamenti anche lievi della soglia di rilevanza penale, potrebbero essere pregiudicati in modo irreversibile» e che, in ogni caso, «non poss[on]o essere messi arbitrariamente in discussione per via di forzature ermeneutiche ad opera del singolo interprete, con effetti applicativi disomogenei e imprevedibili»³⁷.

b) Il “sostegno vitale” derivante dal trattamento comporta che in assenza dello stesso si verificherebbe la morte della persona, anche se in maniera non rapida. A venire in considerazione, quindi, sono tutti quei trattamenti che, lungi dal rivelarsi curativi (idonei, cioè, a condurre a una completa guarigione), producono l’effetto di ritardare la morte del paziente per un periodo di tempo apprezzabile.

c) L’art. 580 c.p. richiede che il paziente sia “tenuto in vita” da trattamenti di sostegno vitale, i quali, quindi, devono essere dotati del requisito dell’attualità. È necessario, detto altrimenti, «che vi sia [...] non solo una situazione di bisogno (e dunque di appropriatezza medico-sanitaria), ma che vi sia una effettiva e attuale sottoposizione a tali trattamenti»³⁸.

4.1. b) il contrasto con gli artt. 3, 2, 13 e 32 Cost.

Il Tribunale di Firenze ritiene che condizionare l’accesso alla procedura alla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, intesi secondo le coordinate che si è cercato di riassumere, determinerebbe, anzitutto, un contrasto con l’art. 3 Cost., «per l’irragionevole disparità di trattamento che determina tra situazioni concrete sostanzialmente identiche»³⁹. Il requisito in questione, detto altrimenti, sarebbe

³⁶ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 10.

³⁷ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 10-11.

³⁸ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 12. Sulla criticità di questo elemento, *infra*, §§ 6 ss.

³⁹ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 12.

«incapace di operare una selezione razionale tra situazioni simili»⁴⁰.

La sussistenza di trattamenti di sostegno vitale, osserva il giudice *a quo*, risulterebbe eccentrica rispetto alle altre condizioni richieste dall'art. 580 c.p., posto che l'irreversibilità della malattia e le sofferenze intollerabili dalla stessa derivante non sono certo condizionate dalla circostanza, peraltro casuale, che il paziente sia già sottoposto a trattamenti di sostegno vitale. Né potrebbe ritenersi che il requisito in questione sia funzionale alla tutela dei soggetti in condizione di vulnerabilità soggettiva, cui la Corte costituzionale ha attribuito ampio spazio nelle motivazioni della sentenza n. 242 del 2019: il rischio, semmai, potrebbe essere quello opposto, in quanto proprio le persone già dipendenti da trattamenti di sostegno vitale potrebbero essere vinti dalla tentazione di lasciarsi andare, sebbene la Corte costituzionale abbia superato questa obiezione rilevando come la legge n. 219 del 2017 abbia già ammesso la possibilità di considerare validamente espressa la volontà di persona tenuta in vita da "sostegni" di tipo sanitario.

La disciplina attuale, per contro, si tradurrebbe in una ingiustificata e sproporzionata compressione della autodeterminazione (ricavabile dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.), posto che la libertà di scelta del paziente dovrebbe arretrare per il sol fatto che lo stesso ancora non abbia bisogno di (o abbia rifiutato) trattamenti di sostegno vitale.

Di particolare interesse risultano le considerazioni relative alla dimensione temporale della morte: la decisione non solo sul *come*, ma anche sul *quando* morire rappresenta una componente fondamentale del diritto all'autodeterminazione, anche perché è verosimile che il paziente si orienti verso la richiesta di aiuto a morire proprio quando il decorso della malattia appaia troppo lento: «è di senso comune l'idea per cui la prolungata attesa della morte possa comportare un maggior carico di sofferenza e di "pregiudizio" per i valori della persona, legato non solo al dolore derivante dalla malattia, ma anche dalla contemplazione ormai disperata della propria agonia e della propria sorte, nonché al fatto che al tale inevitabile declino possano assistere (o addirittura siano di fatto costretti ad assistere) persone care; a quest'ultimo proposito può essere anche valorizzato, quale forma di estrinsecazione della personalità, l'interesse che il paziente può avere ha lasciare di sé una certa immagine, è coerente con l'idea che egli ha di sé»⁴¹. Sarebbe quindi contrario al principio-valore della dignità un quadro normativo che finisca per imporre al paziente di attendere che la malattia si aggravi al punto tale da rendere necessaria l'attivazione di trattamenti di sostegno vitale, che, peraltro, il paziente dovrà accettare, per poi attendere ulteriormente che la procedura del suicidio medicalmente assistito faccia il suo corso. La necessità di attendere una degenerazione della malattia, del resto, potrebbe incentivare il ricorso a circuiti extralegali, da parte di tutti quei pazienti che, per diverse ragioni, non sono "disposti ad attendere".

Ai profili di contrasto con le norme "direttamente" costituzionali, si aggiungerebbero, poi, i profili di contrasto con gli artt. 2 e 8 CEDU, per il tramite dell'art. 117 Cost.: in materia di fine vita la Corte di Strasburgo riconosce un ampio margine di

⁴⁰ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 13.

⁴¹ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 15-16.

apprezzamento ai singoli Stati, ma con il limite (vincolante) del principio di non discriminazione nella tutela e nel godimento dei diritti convenzionalmente riconosciuti⁴².

4.2. c) *L'ostacolo (superabile) dell'art. 137, terzo comma, Cost.*

Il giudice *a quo* si premura anche di superare il più evidente ostacolo, almeno potenziale, sul fronte dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Il fatto che si chieda alla Corte costituzionale di dichiarare (parzialmente) illegittimo l'art. 580 c.p., nella versione modificata dalla stessa Corte con la sentenza n. 242 del 2019, non significherebbe né chiedere una smentita dei principi già enunciati dal Giudice delle Leggi né impugnare surrettiziamente una sua sentenza, in violazione di quanto previsto dall'art. 137, terzo comma, Cost. («contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione»)⁴³.

La sentenza n. 242 del 2019, precisa il Tribunale di Firenze, avrebbe individuato una soglia minima di tutela, al di sotto della quale si realizzerebbe senza dubbio alcuno una violazione dei diritti fondamentali della persona umana, che, a sua volta, è "modellata" su situazioni specificamente ritagliate su quella oggetto del giudizio *a quo*. A fronte di una nuova casistica, ben potrebbe ammettersi un nuovo intervento della Corte costituzionale: «il senso di tale intervento è infatti la necessità di sfaldare progressivamente il divieto di aiuto al suicidio previsto dal codice penale, che, già

⁴² Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 17.

⁴³ In tempi meno recenti, sull'interpretazione dell'art. 137, terzo comma, Cost. si erano contrapposte due distinte teorie: la prima, per certi versi "relativa", e la seconda, che potrebbe definirsi "assoluta". Secondo la prima teoria, il limite disposto al terzo comma avrebbe per destinatario qualsiasi organo giurisdizionale *diverso* dalla stessa Corte costituzionale: si tratterebbe, detto altrimenti, di mantenere intatto il ruolo "di chiusura" esercitato dalla Corte costituzionale, senza opporre alcun vincolo alla possibilità, per il medesimo organo, di tornare "sui propri passi" (per questa impostazione, *amplius*, A. PIZZORUSSO, *Sub art. 137*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Garanzie costituzionali. Art. 134-139, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, 695; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1378).

La seconda teoria, viceversa, ha ritenuto che il divieto di cui all'art. 137, terzo comma, Cost. andasse ben oltre questo livello "minimo", coinvolgendo fra i destinatari del divieto la stessa Corte costituzionale. Si tratta dell'impostazione che, col tempo, non solo è andata affermandosi con più vigore, ma ha trovato pieno riconoscimento da parte dello stesso Giudice delle leggi. Nella giurisprudenza costituzionale, v., per tutte, Corte cost., 23 febbraio 1998, n. 29, § 3 del *Considerato in diritto*: «[l]a Costituzione, nello stabilire che contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione (art. 137, terzo comma), preclude in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare, annullare o riformare, in tutto o in parte, le decisioni della Corte. L'espressa esclusione di qualsiasi impugnazione, in coerenza con la natura della Corte costituzionale e con il carattere delle sue pronunce, pone una regola generale, priva di eccezioni, che non si limita ad interdire gravami devoluti ad altri giudici, giacché non è configurabile un giudizio superiore rispetto a quello dell'unico organo di giurisdizione costituzionale, ma impedisce anche il ricorso alla stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso. Per un approfondimento, F. DAL CANTO, voce *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, spec. 433-435; P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017, 5 ss.

superato nella sua originaria assolutezza, conserva ancora una portata sovraestesa, che necessita di ulteriore erosione, per eliminare i residui di illegittimità costituiti non tanto dai requisiti della “non punibilità”, bensì – guardando la fattispecie in negativo – dai perduranti spazi di rilevanza penale della condotta, che solo la prassi consente progressivamente di individuare e censurare alla luce dei parametri costituzionali, così come oggi interpretati»⁴⁴.

5. L’(in)ammissibilità di una nuova valutazione del suicidio medicalmente assistito da parte della Corte costituzionale.

La circostanza per cui la sentenza n. 242 del 2019 prendesse in considerazione (evidentemente) situazioni assimilabili a quelle di Fabiano Antoniani, con la conseguente possibilità/opportunità di rivedere quei principi sulla base di una casistica diversa e ulteriore, non sembrerebbe, da sola, decisiva.

Il requisito dei trattamenti di sostegno vitale, in effetti, non rappresenta una “derivazione necessaria” del caso Antoniani, nel senso che la mancata previsione di quel requisito non avrebbe certo impedito di applicare il nuovo art. 580 c.p. a quella vicenda giudiziaria.

Tanto l’ordinanza n. 207 del 2018 quanto la successiva sentenza n. 242 del 2019 sembrano piuttosto ispirate da un’estrema cautela: l’art. 580 c.p. viene “riscritto” eliminandone i profili di più evidente illegittimità costituzionale, senza toccare, però, quei limiti minimi di tutela ritenuti “indispensabili”. L’effetto che ne deriva è quello di confinare l’aiuto a morire in uno spazio residuale ed eccezionale, coerente con l’idea per cui, come più volte precisato, il bene giuridico “preponderante” resta quello della vita umana.

A ciò si aggiunga che il contesto medico-scientifico nel quale è maturata la decisione della Corte costituzionale non ha subito modifiche significative negli ultimi anni, sulla base delle quali, per esempio, potrebbe fondarsi una revisione di quanto già affermato dalla Corte costituzionale.

Da queste premesse, come si cercherà di chiarire, potrebbe derivare una dichiarazione di inammissibilità della questione, per violazione dell’art. 137, terzo comma, Cost. o, alternativamente, per l’impossibilità di sconfinare in un terreno riservato alla discrezionalità del legislatore⁴⁵.

⁴⁴ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 17-18.

⁴⁵ Infra, §§ 7 e 7.1.

6. I profili di illegittimità costituzionale relativi alla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale: a) La natura eccezionale della norma introdotta dalla Corte costituzionale nell'art. 580 c.p.

Passando all'esame delle questioni ulteriori, il primo nodo da sciogliere sarebbe quello relativo a una possibile estensione analogica della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

Anche a voler ritenere che la causa di non punibilità introdotta per via giurisprudenziale sia riconducibile al *genus* delle cause di giustificazione e, più esattamente, a quello delle scriminanti procedurali (*rectius*, a formazione progressiva), sembra condivisibile l'impostazione che esclude una possibile estensione analogica, vista la natura evidentemente "eccezionale" della disciplina in questione.

Pare condivisibile, in proposito, la premessa per cui quello di eccezionalità è un concetto di relazione, che, quindi, presuppone un rapporto tra l'entità che si pretende di qualificare come eccezione e un'altra entità omogenea, da assumere come regola⁴⁶. Il rapporto regola-eccezione, inoltre, va definito non su un piano meramente naturalistico, nel senso di una maggiore frequenza statistica della regola rispetto all'eccezione, ma, piuttosto, su un piano normativo, come rapporto tra una norma derogata (regola) e una norma derogante (eccezione)⁴⁷. Il rapporto in questione, almeno nel senso indicato dall'art. 14 disp. prelim. cod. civ., sussisterebbe, tra l'altro, nelle ipotesi in cui una norma (derogante) sottragga alla sfera di rilevanza penale una serie di condotte che, in caso contrario, sarebbero attratte nell'area di operatività di altra norma (derogata)⁴⁸.

La causa di non punibilità introdotta nell'art. 580 c.p. risponde al dichiarato ed esplicito intento di delimitare la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio: quest'ultima, come chiarito dalla Corte costituzionale, resta, "di regola", una condotta penalmente rilevante, posto che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»⁴⁹, ferma restando la necessità di ritagliare una sfera di liceità per situazioni che rispondano alle condizioni indicate nel nuovo art. 580 c.p.

6.1. Vita versus autodeterminazione: il diverso "posizionamento" della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale a seconda del bene giuridico tutelato.

La Corte costituzionale, non accogliendo la questione per come sollevata dal giudice *a quo*, esclude una completa illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio, con una serie di argomenti che, più in generale, sembrerebbero non accogliere una decisa (e decisiva) ridescrizione del bene giuridico, attuando un definitivo passaggio dalla tutela

⁴⁶ M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955, 108.

⁴⁷ M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva*, cit., 108.

⁴⁸ Cfr. M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva*, cit., 110, che, invece, accoglie una diversa nozione di norma derogante (eccezionale).

⁴⁹ Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*.

della vita e quella dell'autodeterminazione⁵⁰.

Anche la nuova questione di legittimità sollevata in riferimento all'art. 580 c.p., proprio come quella relativa al caso Antoniani-Cappato, si proietta sullo sfondo dello "scontro tra titani" che contrappone la tutela della vita e quella della libertà di autodeterminazione. Si tratta di un tema che, chiamando in causa la dialettica tra paternalismo e antipaternalismo, mostra chiaramente il potenziale apporto derivante dalla teoria del bene giuridico e dal principio di necessaria offensività alla teoria generale del reato, specie quando a venire in considerazione siano interessi personali e personalissimi.

La svalutazione dei trattamenti di sostegno vitale come requisito capace di operare una selezione ragionevole tra pazienti egualmente affetti da patologie irreversibili si fonda sulla premessa, peraltro esplicitata con chiarezza nell'ordinanza del Tribunale di Firenze, che la scelta libera del se, come e quando curarsi sia il solo criterio da valorizzare per stabilire l'irrilevanza penale del suicidio medicalmente assistito⁵¹. La dipendenza dai trattamenti di sostegno vitale, detto altrimenti, risulterebbe difficilmente conciliabile con una tutela che, muovendo da premesse antipaternalistiche, poggiasse sulle fondamenta dell'autodeterminazione terapeutica, lasciando al solo requisito della irreversibilità della malattia il ruolo di argine capace di impedire che il piano su cui è adagiato (in equilibrio precario) l'aiuto al suicidio si inclini troppo, fino a trasformarsi nel famigerato pendio scivoloso e ingovernabile.

Se, per contro, la prima linea resta occupata dalla tutela della vita, come in effetti sembrerebbe ricavarsi tanto dagli interventi della Corte costituzionale tanto nel caso Antoniani-Cappato quanto in riferimento alla proposta di *referendum* abrogativo dell'art. 579 c.p.⁵², con la libertà di autodeterminazione che resta in seconda linea, o se si vuole, in posizione "servente", la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non risulta del

⁵⁰ V. in particolare Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*: «neppure [...] è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e q3, primo comma, Cost.».

⁵¹ Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 14-15: «in una materia caratterizzata, al fondo, da un costante bilanciamento tra tutela della vita e libertà di scelta (la classica coppia di opposti *life/choice*), la sospetta violazione dell'art.3 Cost rappresenta per così dire la prova e la misura di una conseguente violazione delle istanze di libertà: ciò proprio perché, ferma l'inevitabilità di una qualche forma di arretramento dell'autodeterminazione nel confronto con il valore antagonista (il bene vita), l'attuale assetto normativo, in quanto irragionevole rende tale sacrificio sproporzionato, sconfinando dalla (legittima) compressione del diritto alla sua (illegittima) violazione». [...] «lo scenario che così si delinea è palesemente incontrato l'assetto ordinamentale, ormai cristallizzato l'art. 1 comma 5 L. 219/2017, che rimette unicamente alla scelta -libera- della persona la scelta se e come curarsi. Un paradosso reso ancor più netto dalla circostanza che tale innegabile compressione dell'autodeterminazione sarebbe presentata come funzionale all'esercizio della stessa autodeterminazione, quando invece questo obiettivo sarebbe raggiungibile senza passare da alcun previo sacrificio, ossia non imponendo *de facto* al paziente di accettare trattamenti, anche indesiderati».

⁵² Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50, §§ 5 ss. del *Considerato in diritto*, osserva che «discipline come quella dell'art. 579 c.p., poste a tutela della vita, non possono [...] essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale»⁵².

tutto eccentrica sul piano sistematico: solo quando la vita non è più “autosufficiente” l’ordinamento ammette un suo sacrificio, in conseguenza di una scelta libera e consapevole del paziente. La Corte costituzionale, detto altrimenti, ha ritenuto ammissibile un sacrificio della vita umana nei soli casi in cui la malattia sia talmente grave da richiedere un trattamento di sostegno vitale: quest’ultimo requisito, quindi, lungi dal risultare incoerente nella struttura della nuova causa di non punibilità, contribuirebbe a delineare il grado di gravità della malattia che “giustifica” il sacrificio della vita a favore dell’autodeterminazione⁵³.

A ciò si aggiunga che, come già precisato, l’intervento della Corte costituzionale sull’art. 580 c.p. si iscrive nel solco della scelta effettuata dal legislatore con la legge n. 219 del 2017, che “tiene fuori” dall’area di liceità i casi di aiuto medicalmente assistito al suicidio. Al fine di evitare macroscopiche disparità di trattamento, la Corte estende l’irrelevanza penale a casi “simili” a quelli già presi in considerazione della legge, con particolare riguardo a quelli in cui sarebbe materialmente possibile pervenire a un esito mortale mediante la mera interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, ma solo andando incontro a sofferenze tanto atroci quanto evitabili mediante una pratica di suicidio assistito.

La perdurante priorità della tutela della vita rispetto all’autodeterminazione, insieme al ragionamento per analogia svolto rispetto alla legge n. 219 del 2017, al fine di evitare (solo le più) macroscopiche irragionevolezza nel trattamento di casi simili, potrebbe “giustificare” la presenza dei trattamenti di sostegno vitale tra le condizioni da cui dipende la conseguenza della non punibilità. Un mutamento di paradigma del bene giuridico tutelato che, peraltro, troverebbe un sicuro fondamento costituzionale, viceversa, metterebbe realmente in discussione la ragionevolezza del requisito in questione⁵⁴.

6.2. Attualità versus necessità del trattamento di sostegno vitale: il profilo di insuperabile irragionevolezza dell’art. 580 c.p.

Pur restando in un orizzonte di tutela che, tutto sommato, non faccia apparire

⁵³ F. PIERGENTILI, A. RUGGERI, F. VARI, *Verso una “liberalizzazione” del suicidio assistito? (Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze)*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2024, 226-227: «[...] la circostanza per cui il paziente ha necessità di trattamenti sanitari di sostegno vitale è indicativa del grado o della intensità della malattia che lo ha colpito, vale a dire del suo essere ormai prossimo alla morte; ed è, dunque, anche e proprio per ciò che, nel bilanciamento tra l’interesse al perdurare della vita – bene comunque prezioso e di primario rilievo – e l’interesse, opposto, alla sua rinuncia, si può, dal punto di vista della Corte, assicurare la preminenza al secondo rispetto al primo. [...] trattamenti in parola sono parte integrante del quadro clinico complessivo, denotando un modo peculiare di essere e di divenire della malattia. Non si tratta, insomma, di un tassello accessorio o – peggio – fuori posto, men che mai poi contrario a Costituzione. Di contro, è un dato qualificante la condizione del paziente, indicativo – come si viene dicendo – del suo ormai essere prossimo all’*exitus* finale».

⁵⁴ Cfr. F. PIERGENTILI, A. RUGGERI, F. VARI, *Verso una “liberalizzazione” del suicidio assistito?*, cit., 230, i quali esprimo comunque delle perplessità sulla nozione ampia, «quasi onnicomprensiva», di autodeterminazione accolta dal giudice *a quo*.

manifestamente irragionevole la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, resta un evidente profilo di criticità relativo alla letterale formulazione di questo requisito.

Come anticipato e come efficacemente rimarcato dal giudice *a quo*, l'attuale art. 580 c.p. non richiede solo che la persona si trovi in una condizione di salute che renda "necessario" l'ausilio di trattamenti di sostegno vitale, ma che "sia tenuta in vita" da quei trattamenti, i quali, dunque, devono essere "attuali" nel momento in cui si richieda l'accesso alla procedura di suicidio assistito.

Proprio *la necessaria attualità del trattamento di sostegno vitale*, a ben vedere, *individua un profilo di irragionevolezza del "nuovo" art. 580 c.p., non superabile né per via strettamente interpretativa né continuando a ravvisare nella vita il bene giuridico tutelato in "via prioritaria" dal legislatore.*

Potrebbe accadere, infatti, che il paziente rifiuti il trattamento di sostegno vitale, senza che da ciò derivi come conseguenza immediata la morte: la casistica di riferimento è quanto mai variegata (mancato consenso del paziente sulla base di scelte di opportunità) e non sempre direttamente dipendente dalla volontà del singolo (si pensi a quegli ausili che, pur venendo attratti nella nozione di "sostegno vitale", vengono sconsigliati perché espressione di un inutile accanimento terapeutico⁵⁵). Per queste ipotesi, il limite del mantenimento in vita mediante trattamenti di sostegno vitale rischia (*rectius*: produce) una situazione evidentemente irragionevole: sottoporsi a un trattamento di sostegno vitale, necessario ma non voluto dal paziente, diventerebbe il passaggio obbligato per accedere a una pratica di suicidio assistito che, in caso contrario, sarebbe preclusa al malato.

Se si muove dalla premessa di un divieto di estensione analogica dell'art. 580 c.p., vista la natura eccezionale della procedura dallo stesso disciplinata, la previsione del carattere attuale del trattamento, in luogo della mera necessità terapeutica dello stesso, rende il requisito in questione irragionevolmente discriminatorio, determinando (non una compressione, ma) un'autentica compromissione della libertà di scelta del paziente.

7. Alcuni scenari ipotizzabili: a) inammissibilità per violazione con l'art. 137, terzo comma, Cost.

In una (sia pur parziale) rassegna alcuni degli scenari (non più futuristici, ma) futuri con cui potrebbe concludersi la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze, a meno che, nel frattempo, il legislatore non entri in scena con il classico *coup de théâtre*, capace di imprimere alla storia una nuova (e auspicabile) direzione, il punto di partenza obbligato è rappresentato da una possibile dichiarazione di inammissibilità da parte della Corte costituzionale.

Come anticipato, l'ostacolo più evidente a un secondo giudizio di costituzionalità sull'art. 580 c.p. sembra essere rappresentato dal divieto di impugnazione delle sentenze della Corte, previsto, secondo la lettura attualmente maggioritaria, dall'art. 137, terzo

⁵⁵ Cfr. Trib. Firenze, sez. Gip, ord. 17 gennaio 2024, cit., 11.

comma, Cost.⁵⁶.

Una dichiarazione di inammissibilità per violazione del divieto di impugnazione delle sentenze della Corte costituzionale, dunque, rappresenterebbe un esito certamente prevedibile e, per certi aspetti, “scontato” sul versante giuridico. Resterebbe, ovviamente, il peso “politico” di una decisione di questo tipo, che conferirebbe una sorta di patente di legittimità preventiva a ogni soluzione, anche quella più evidentemente creativa, della Corte costituzionale: quest’ultima svolgerebbe funzioni assai prossime a quelle del legislatore, ma, a differenza del legislatore, godrebbe del privilegio della insindacabilità, pur a fronte di soluzioni tutt’altro che costituzionalmente obbligate.

7.1. b) inammissibilità per difetto di una soluzione costituzionalmente obbligata in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore.

L’argomento del “minimo indispensabile” potrebbe essere valorizzato anche come base di una pronuncia di inammissibilità fondata sulla “riserva di discrezionalità” legislativa.

Si tratta di una soluzione che, sebbene possa suonare come una beffa dopo la “riscrittura” dell’art. 580 c.p. ad opera della sentenza n. 242 del 2019, non sembrerebbe del tutto sorprendente. La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, nell’ambito della procedura delineata dalla Corte costituzione, risponde proprio all’esigenza di evitare che l’accesso al suicidio medicalmente assistito resti condizionato alla sola scelta del paziente, riservando questa soluzione “estrema” ai casi, a torto o a ragione, ritenuti “più gravi”.

Un completo riallineamento tra l’art. 580 c.p. e l’impianto della legge n. 219 del 2017, fondato su un’evidente centralità della libertà di cura e di scelta terapeutica, richiederebbe, come anticipato, una più chiara scelta, sul versante del bene giuridico tutelato, a favore dell’autodeterminazione anziché della vita: questo, però, potrebbe osservarsi, è un passaggio che spetta solo al legislatore scegliere se e come realizzare.

7.2. c) inammissibilità per difetto di rilevanza.

Un’ulteriore soluzione, sempre restando nel perimetro dell’inammissibilità, è quella che accerti un difetto di rilevanza della questione, valorizzando, più esattamente, l’inapplicabilità dell’art. 580 c.p. in presenza di procedure autorizzate e “amministrate” in una struttura estera. Sebbene, infatti, nella giurisprudenza di merito sembri ormai consolidato l’orientamento che, sulla base di una pretesa clausola di equivalenza sostanziale, superano il limite territoriale imposto dalla lettera del nuovo art. 580 c.p., si tratta, per le ragioni che si è cercato di chiarire, di una soluzione tutt’altro che scontata.

⁵⁶ F. PIERGENTILI, A. RUGGERI, F. VARI, *Verso una “liberalizzazione” del suicidio assistito?*, cit., 227 ritengono insuperabile, in riferimento alla nuova *quaestio* relativa all’art. 580 c.p., l’ostacolo dell’art. 137, terzo comma, Cost.

7.3. d) *inammissibilità per manifesta infondatezza.*

L'inammissibilità della questione potrebbe fondarsi altresì su una manifesta infondatezza della questione, perché il giudice *a quo* ometterebbe di confrontarsi con la lettura ampia fatta propria dal "diritto vivente", che interpreta estensivamente (*rectius*: analogicamente) la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, negandone la qualifica di normativa "eccezionale" e, quindi, legittimando un'estensione analogica *in bonam partem*. Questa possibilità avrebbe il pregio di risolvere in maniera piana la questione: nel caso concreto, infatti, vista la condizione di parziale immobilizzazione di Massimiliano, sarebbe integrata quella generica dipendenza "da persone o cose" delineata dalla giurisprudenza in riferimento al caso *Trentini*. Si tratterebbe, ad ogni modo, di un esito che rischierebbe di porre la Corte in contraddizione con quanto affermato nella sentenza n. 242 del 2019, il cui obiettivo era quello di individuare un nucleo *minimo* di tutela nei confronti dei soggetti vulnerabili. Al contrario, come anticipato, la lettura ampia fondata sull'analogia determinerebbe, di fatto, un superamento per via interpretativa del preteso "requisito-filtro".

7.4. e) *sentenza interpretativa di rigetto (di regola o di principio).*

Qualora, invece, la Corte intendesse valutare la questione nel merito, una prima ipotesi sarebbe quella di una sentenza interpretativa di rigetto, sempre fondata su una lettura ampia del requisito dei trattamenti di sostegno vitale: in questo caso, l'estensione analogica dell'art. 580 c.p. sarebbe "fatta propria" dalla Corte, sempre, però, con il debole grado di vincolatività da attribuire alle sentenze interpretative di rigetto.

7.5. f) *sentenza di rigetto "secca".*

La Corte costituzionale, come ulteriore ipotesi, potrebbe non individuare alcun *vulnus* ai parametri costituzionali nella disciplina vigente, con la conseguenza per cui (pare opportuno precisarlo) dovrebbe ritenersi penalmente rilevante la condotta posta in essere dagli imputati.

7.6. g) *sentenza, a vario titolo, di accoglimento.*

Resta, ovviamente, la teorica possibilità che la Corte costituzionale ritenga fondata la questione, pronunciandosi con una sentenza di accoglimento. Si tratta, tuttavia, di un esito poco "realistico", posto che significherebbe ammettere, a distanza di pochi anni, che la sentenza n. 242 del 2019 abbia introdotto una procedura irragionevolmente discriminatoria nei confronti di alcune categorie di pazienti.

8. La lacuna assiologica in materia di fine vita e la “scelta” (insindacabile?) della Corte costituzionale.

L’*iter* che ha condotto alla nuova questione di legittimità costituzionale sull’art. 580 c.p., a ben vedere, racconta una storia che, indipendentemente dal finale, muove da un prologo destinato, in ogni caso, a restare nella storia della giustizia costituzionale.

Il progressivo superamento dello schema delle rime obbligate⁵⁷ come “fondamento e limite” di interventi, anche manipolativi, della Consulta è stato ampiamente indagato, mettendo in evidenza *pro* e *contro* di quello che, ormai, rappresenta uno strutturale *modus operandi* della giurisprudenza costituzionale⁵⁸. Il Giudice delle leggi, in maniera sempre più evidente ed esplicita, ha assunto negli ultimi decenni le vesti di un “legislatore positivo”, con decisioni manipolative che dalle rime obbligate transitano per le rime adeguate⁵⁹ e approdano, in certi casi, a veri e propri versi sciolti⁶⁰, giungendo, come nel caso dell’art. 580 c.p., a interventi sostitutivi che censurano un’inerzia (omissione?) del legislatore.

La base argomentativa di molte delle pronunce che, come la sentenza n. 242 del 2019, sono espressione di una “fuga in avanti” rispetto alle soluzioni costituzionalmente obbligate, è rappresentata dalla necessaria tutela dei diritti fondamentali della persona e/o dei principi generali dell’ordinamento: in presenza di un vuoto di disciplina che si traduca in una menomata protezione dei diritti fondamentali, osservano i giudici costituzionali, «questa Corte può e deve farsi carico dell’esigenza di evitarli», con un intervento che, «ancorché costituzionalmente non vincolato», si ricavi da un’ottica di sistema⁶¹. L’inerzia del legislatore, si è precisato, produrrebbe omissioni incostituzionali che, sia pur colmabili in vario modo, non possono restare “scoperte” *sine die*, specie nei casi in cui i giudici costituzionali abbiano sottolineato la necessità di un intervento del legislatore: in caso contrario, la Corte giungerebbe ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita, cioè garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo⁶².

L’intervento che ha riguardato l’art. 580 c.p., tuttavia, presenta evidenti profili di criticità sul piano dei rapporti tra il controllo di costituzionalità e l’esercizio del potere legislativo.

Il fatto che venga introdotta una causa di non punibilità, potrebbe osservarsi, sembrerebbe collocare la pronuncia della Corte tra quelle che determinano un effetto *in bonam partem*, che, per ciò solo, non creerebbero alcuna tensione con il principio di

⁵⁷ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 66.

⁵⁸ Per tutti, M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *Federalismi.it.*, 2/2021, 54 ss. e D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.*, 2/2021, 5 ss.

⁵⁹ G. CORAGGIO, *Relazione sull’attività della Corte costituzionale*, 2020, 12.

⁶⁰ D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate*, cit., 21 ss.

⁶¹ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁶² M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, cit., 60.

legalità e, a monte, con la separazione dei poteri. La sentenza n. 242 del 2019, però, presenta una (più complessa) struttura bifasica: prima ha ritenuto illegittima l'incriminazione dell'aiuto al suicidio per soggetti che si trovassero in condizioni assimilabili a quella di Fabiano Antoniani, poi ha previsto alcune condizioni, molto stringenti, volte ad evitare una completa liberalizzazione del suicidio assistito. A venire in considerazione, quindi, sarebbe una sentenza ablativa per la prima parte (*in bonam partem*) e additiva per la seconda (*in malam partem*, rispetto all'esito della completa irrilevanza penale del suicidio medicalmente assistito): il che dovrebbe condurre a qualificare la sentenza in questione come *sostitutiva*⁶³.

La struttura della sentenza relativa all'art. 580 c.p. può forse risultare più chiara valorizzando la distinzione tra omissioni legislative e lacune. L'omissione è quella che si lascia apprezzare con riferimento ad un obbligo imposto al legislatore⁶⁴, chiamando direttamente in causa la questione relativa agli obblighi costituzionali di tutela. Quanto alla lacuna, la stessa, nel diritto penale, potrebbe venire in considerazione solo come lacuna (non formale, ma) sostanziale, posto che a fronte di qualsiasi abrogazione verrebbe ad espandersi, automaticamente, la norma generale di "liceità penale" implicita, tale per cui tutto ciò che non è vietato è permesso.

⁶³ Evidenzia un duplice passaggio, ablativo e additivo, M. DONINI, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2023, 17. L'individuazione invece della pronuncia in questione come *sostitutiva* deriverebbe logicamente dal duplice intervento, con ripercussioni quantomeno significative sul piano politico. Il che porterebbe a ritenere la sentenza in questione una sentenza sostitutiva. Definisce le sentenze sostitutive come la «la somma di una decisione di accoglimento parziale (che colpisce solo una parte del testo censurato) e di un'additiva», M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., spec. 18-19, il quale precisa altresì che, affinché la pronuncia non scivoli in una decisione politica, sia necessaria la presenza di due condizioni: «[L]a prima è che la statuizione normativa sia senz'altro incostituzionale, ma la lacuna che sarebbe determinata dalla sua mera rimozione provocherebbe una situazione di maggiore incostituzionalità, per rimediare alla quale si rende necessario, nello stesso provvedimento, colmare l'omissione che la Corte stessa ha creato. [...] A ciò si aggiunga – seconda condizione ed elemento comune con le additive classiche, che presuppongono l'esistenza di una lacuna – l'esigenza di contenere l'integrazione entro binari già tracciati nel sistema normativo. E qui torna utile Crisafulli – che va sempre letto, prima di essere interpretato – il quale a ben vedere riteneva soddisfatta l'esigenza di rime obbligate attraverso l'estensione o l'esplicitazione di "qualcosa che, seppure allo stato latente", sia "già compreso nel sistema normativo in vigore"».

Sulle sentenze additive in materia penale, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, cit., 60-62, spec. 62, il quale individua due "casistiche". La prima è quella per cui la Corte costituzionale esplicita «una norma che rappresenti estrinsecazione di un principio generale, o a livello di legge ordinaria e, più precisamente, del settore a cui la norma oggetto della decisione della Corte appartiene, o di normativa costituzionale»: in questo la sentenza è efficace e vincolante. Diversamente stanno le cose laddove la sentenza comporti la «costruzione di una nuova fattispecie, risultante dall'inserzione di elementi – non prescritti da regola costituzionale o da principio generale la mancata considerazione del quale è irragionevole – dettati dalla Corte, su un testo che ne era privo»: in questi casi, secondo Gallo le sentenze "non produrrebbero diritto"; sarebbero, cioè, a tutti gli effetti inefficaci. In tema, di nuovo, M. DONINI, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali*, cit. 3, secondo cui, in ogni caso, le obiezioni relative ad un travalicamento della riserva di legge sarebbero in ogni caso state superate dalla prassi costituzionale.

⁶⁴ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 9/1973, 153, spec. nota 4.

In tema di suicidio medicalmente assistito, non sembra che a venire in considerazione siano degli obblighi di tutela penale intesi in senso stretto, nonostante la Corte costituzionale, con la sentenza n. 50 del 2022, abbia dichiarato inammissibile il referendum abrogativo sull'art. 579 c.p. invocando la (discussa) categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente necessario, intese come quelle che, pur risultando espressione di un principio costituzionale, non rappresentano la sola scelta imposta al legislatore per l'attuazione di quel principio⁶⁵.

Con riferimento alle lacune, sembrerebbe che in questo caso l'interprete si trovi di fronte a una lacuna assiologica (o ideologica)⁶⁶, intesa secondo la definizione proposta da Alchourrón e Bulygin: una lacuna assiologica sarebbe ravvisabile nel caso in cui una certa fattispecie è disciplinata da una norma, ma questa disciplina, ad avviso dell'interprete, è assiologicamente inadeguata «poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto»⁶⁷. L'assenza di una norma "differenziatrice", cioè di una norma che disciplini diversamente una fattispecie che all'interprete appare diversa e per la quale sarebbe "giusta" una soluzione diversa, rende la norma esistente, appunto, assiologicamente inadeguata.

La Corte costituzionale, a ben vedere, pretende di "rimediare" a una doppia lacuna assiologica. La prima lacuna assiologica è quella relativa all'indistinta rilevanza penale delle condotte di aiuto al suicidio: l'aiuto prestato a chi, dopo una delusione amorosa, decida di porre fine alla propria vita non è assiologicamente assimilabile all'aiuto offerto a chi, gravemente malato, scelga di liberarsi da sofferenze divenute per lui intollerabili. La seconda lacuna assiologica, invece, attiene alla generalizzata "depenalizzazione" delle condotte di aiuto al suicidio per soggetti che, in ragione della loro malattia, richiedano un "aiuto a morire": l'agevolazione al suicidio altrui è penalmente irrilevante, ma solo a patto che siano rispettate le particolari procedure previste dalla l. 219/2017, ulteriormente sviluppate dalla Corte costituzionale, che "introduce" il controllo delle condizioni da parte delle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Anche a voler ammettere che la sentenza n. 242 del 2019 si sia mantenuta entro i limiti del "minimo indispensabile", volto, anzitutto, a rimediare alla disparità di

⁶⁵ *Amplius*, A. MASSARO, *La natura "costituzionalmente necessaria" dell'art. 579 c.p.: la Consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di "eutanasia legale"*, in *Cass. pen.*, 6/2022, 2174 ss., nota a Corte cost., 15 febbraio 2022, n. 50.

⁶⁶ In tema, per tutti, N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, Utet, 1963, 422, che individua nelle lacune ideologiche una «mancanza di una norma adeguata (opportuna o soddisfacente o giusta)». In questo senso i giuristi parlano di lacuna della legge anche quando esiste una norma certa, ma questa norma non è quella che deve essere, secondo i valori fondamentali assunti dallo stesso giurista, e in base ai quali egli giudica l'adeguatezza o l'inadeguatezza di un ordinamento giuridico»; R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Torino, Utet, 1993, p. 268 ss.; ID., *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2017, 87, nota 26, in cui vengono esaminate le varie definizioni di "lacuna assiologica"; ID., *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revus* 14, 2010, 57 ss.; G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2013, 92.

⁶⁷ C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 158 (trad. it. a cura di Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battiste Ratti, Torino, Giappichelli, 2006). Sul punto, R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche e interpretazione*, cit., 57 ss.

trattamento alla quale si è già fatto riferimento⁶⁸, l'impressione è che il Giudice delle leggi abbia colmato lacuna assiologica determinata dal mancato intervento del legislatore, creando in questo modo una nuova lacuna assiologica, che ha provveduto a superare con un ragionamento di tipo analogico. Diverso sarebbe stato il caso in cui la questione di legittimità, basandosi essenzialmente sull'art. 3 Cost., avesse riguardato l'art. 1 della legge n. 219 del 2017 e non, come invece è avvenuto, l'art. 580 c.p.

In ogni caso, indipendentemente dalla tipologia di effetti (*in bonam* o *in malam partem*) derivanti dalla pronuncia, la norma differenziatrice, in grado di colmare eventuali lacune assiologiche e di adeguare il codice penale ai principi costituzionali, può essere costruita in molti modi diversi. La Corte costituzionale, con la previsione delle condizioni sostanziali e procedurali, ha "scelto" una delle tante situazioni ipotizzabili, esercitando una funzione chiaramente politico-legislativa, che, come tutte le scelte politico-legislative deve restare nella cornice prescrittiva ricavabile dalla Carta costituzionale.

Il rischio di cortocircuito è evidente, nel momento in cui controllore e controllato vengono a coincidere. L'impressione è che ad essere indebolito sia proprio il meccanismo di *check and balance* su cui è fondata la Costituzione, impedendo di attuare quel controllo reciproco fra organi costituzionali, la cui massima rappresentazione è offerta proprio dal sindacato di costituzionalità (sulle leggi)⁶⁹. È certamente ridicolo che un custode abbia bisogno di un custode, per usare le parole di Platone, ma, ogni volta che l'impalcatura della separazione dei poteri inizia a vacillare, sia pur sotto il peso dei diritti fondamentali, riecheggia chiara l'eco dell'ammonimento di Giovenale: *quis custodiet ipsos custodies?*

⁶⁸ *Supra*, § 2.1.

⁶⁹ Pressoché testualmente, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 158.

SUI CONTROLLI GIURISDIZIONALI NELLE INDAGINI TRANSFRONTALIERE DELL'EPPO: UNA PRIMA LETTURA DELLA SENTENZA C-281/22 DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

di Nicolò Gibelli

Il contributo intende analizzare l'attesa sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso C-281/22 con cui, in materia di autorizzazione delle indagini transfrontaliere dell'EPPO, il raggio del controllo nello Stato membro del procuratore europeo delegato che presta assistenza è stato limitato alle sole questioni procedurali relative all'esecuzione delle misure investigative. Ne consegue che la loro legalità e proporzionalità potranno essere verificate solo nello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso. Dopo un generale inquadramento della domanda pregiudiziale, il contributo passa in rassegna i diversi argomenti proposti dalla Corte a sostegno della sua interpretazione dell'art. 31 del regolamento EPPO, soffermandosi in particolare sull'analogia tracciata tra le indagini transfrontaliere della Procura europea e gli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale. Infine, il contributo evidenzia i risvolti della decisione sui diritti fondamentali della persona, espone le numerose incertezze determinate dai silenzi della Corte e pronostica i possibili scenari futuri per una loro risoluzione.

SOMMARIO: 1. L'EPPO supera la sua prima prova. – 2. Premesse. – 3. Il regolamento EPPO nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale. – 4. *More than mutual recognition?* Il complesso statuto delle indagini transnazionali dell'EPPO. – 5. Struttura della decisione. – 5.1. Prima parte: interpretazione del regolamento EPPO. – 5.1.1. Criterio letterale. – 5.1.2. Interpretazione sistematica: analogie senza lacune. – 5.1.3. Interpretazione teleologica, o gli obiettivi del regolamento. – 5.1.4. Assenza del criterio storico. – 5.2. Seconda parte. Ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali. – 5.2.1. La prescrizione di un controllo giurisdizionale preventivo per gli atti d'indagine gravemente ingerenti nei diritti fondamentali. – 5.2.2. Il rischio di vuoti di tutela: rinvio alla prova della prassi. – 6. Conclusioni.

1. L'EPPO supera la sua prima prova.

L'ufficio della Procura europea (*European Public Prosecutor's Office*, "EPPO") ha superato la prima, importante prova della sua giovane storia¹: la Corte di Giustizia

¹L'espressione è mutuata da A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante, prova*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12 dicembre 2022. Del caso hanno dato conto anche, tra gli altri: F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in *questa Rivista*, 22 settembre 2022; T. WAHL, *First EPPO case before CJEU*, in *Eu crim*, 2/2022, p. 96; A. HERNANDEZ WEISS, *Judicial review of investigative measures under the EPPO Regulation. More to it than it seems? A recap of the oral hearing in G.K & others*, in *European Law Blog*, 24 aprile 2023.

dell'Unione europea ha finalmente gettato luce sulla regolamentazione delle indagini che coinvolgono più Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata, restituendone una lettura che, negli auspici, ne faciliterà grandemente lo svolgimento. La decisione, intervenuta su una richiesta di pronuncia pregiudiziale del Tribunale superiore di Vienna, è la prima a riguardare il regolamento fondativo della Procura europea ed era quindi attesa con grande interesse.

Facendo largo ricorso all'analogia con altri strumenti di cooperazione in materia penale in nome dell'efficienza dell'EPPO, i giudici della *Grande Chambre* hanno superato un'interpretazione letterale che avrebbe rallentato le indagini transfrontaliere fino a renderle impraticabili e imposto di seguire una procedura simile a quella dettata per l'ordine europeo di indagine penale.

2. Premesse.

Con il regolamento 2017/1939 (d'ora in avanti "regolamento EPPO" o solo "regolamento") è stata istituita, al termine di un estenuante *iter* legislativo², la Procura europea, cui è riservata la competenza sui reati che danneggiano gli interessi finanziari dell'Unione³. La struttura del nuovo ufficio prevede che le indagini siano condotte attivamente da procuratori inviati dall'EPPO negli Stati membri (i "procuratori europei delegati" o "p.e.d."), cui sono però sottratte le scelte fondamentali relative ai fascicoli, prima fra tutte la decisione se chiedere l'archiviazione o il rinvio a giudizio. Queste sono devolute al livello centrale dell'EPPO, con sede a Lussemburgo, e in particolare a collegi composti da tre "procuratori europei" (o "p.e."), che insieme compongono una "camera permanente". L'EPPO ha quindi natura di «ufficio unico» (art. 8 reg. EPPO)⁴ strutturato su due livelli: centrale e decentrato. Comunque, i p.e.d. conducono indagini per conto dell'EPPO secondo le leggi dello Stato in cui operano (art. 5 reg. EPPO).

Essendo chiamati a perseguire forme di criminalità per natura transfrontaliere (si pensi per esempio alle frodi doganali), accade di frequente che i p.e.d. debbano compiere gli atti d'indagine a loro disponibili⁵ in altri Stati membri partecipanti all'EPPO. Nel far ciò, al contrario dei procuratori nazionali che debbono interfacciarsi con un omologo

² Per il quale cfr., diffusamente, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio Penale*, 3/2017, pp. 13 e ss.

³ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»). La competenza materiale dell'EPPO è ritagliata sulla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. La letteratura sul regolamento istitutivo della Procura europea è troppo estesa per riportarla qui. Si rinvia generalmente a G. DI PAOLO, L. PRESSACCO, R. BELFIORE, T. RAFARACI (a cura di), *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, 2022.

⁴ Sul punto cfr. anche H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury, 2020, pp. 285 e ss.

⁵ Descritti dall'art. 30 regolamento EPPO con disposizioni invero scarse, cfr. F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 2.

inquadrate nei ranghi giudiziari di un altro Stato, i p.e.d. si rivolgono ad altri p.e.d., coi quali condividono uffici, superiori gerarchici e sistemi informativi. Sorge qui il problema della normativa applicabile a questo tipo di indagini.

3. Il regolamento EPPO nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Proprio la disciplina delle indagini transfrontaliere divenne uno dei punti nevralgici delle negoziazioni che portarono al regolamento⁶: molte delegazioni, facendo leva sulla natura di «ufficio unico» dell'EPPO, puntavano a un sistema di assegnazione interna degli atti investigativi da eseguire, che avrebbe rimarcato il distacco rispetto agli strumenti classici della cooperazione giudiziaria penale disponibili ai procuratori nazionali. Altre delegazioni invece premevano per affidarsi, anche se all'interno del medesimo ufficio, agli stessi mezzi attuabili dai procuratori non-EPPO, *in primis* l'ordine europeo di indagine penale ("o.e.i." o "euro-ordine"). Dalla discussione nacque una regolamentazione complessa, comprensibile solo facendo un passo indietro, ovvero definendo in cosa consistono quegli strumenti, nati nel segno del programma di Tampere, che l'EPPO si propone di superare.

Partiamo dai principi. La «pietra angolare»⁷ della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea è il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, frutto della crescente fiducia reciproca degli Stati facenti parte dell'area comune di libertà, sicurezza e giustizia⁸. Cristallizzato anche dagli artt. 82 TFUE e 696-bis c.p.p., il principio permette di attribuire a una decisione proveniente da un altro Stato membro lo stesso valore giuridico di una decisione interna, senza attraversare le peripezie dell'*exequatur* o altre forme di delibazione. I singoli mezzi di cooperazione giudiziaria penale – tra cui spiccano sicuramente il mandato d'arresto europeo ("m.a.e.")⁹ e l'ordine europeo di indagine¹⁰ – attuano nella pratica questo principio. Prenderemo qui ad esempio l'o.e.i., per le sue similitudini con le indagini transnazionali dell'EPPO.

⁶ Per una disamina delle negoziazioni si rinvia a H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, cit., pp. 286 e ss.

⁷ Così definita dalle Conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, considerando n. 33. Cfr. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 11, cui si rinvia per una rassegna degli eventi che hanno portato all'approvazione della direttiva; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Processo Penale e Giustizia*, 3/2015, pp. 1-11.

⁸ Sulla storia del principio del reciproco riconoscimento cfr., diffusamente, L. KLIMEK, *Mutual recognition of judicial decisions in European criminal law*, Springer, 2017, pp. 43 e ss.

⁹ Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Impossibile dare qui conto della vasta letteratura in materia. Si rinvia, quindi, per questo e altri strumenti della cooperazione giudiziaria, a V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020.

¹⁰ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. La direttiva è trasposta nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 108/2017. Sul tema si rinvia

L'euro-ordine permette di ottenere qualsiasi tipo di prova da un altro Stato membro con una certa semplicità. In estrema sintesi, una volta ottenuta l'autorizzazione al compimento di un atto di indagine (ove richiesta: si pensi a un'intercettazione), l'«autorità di emissione» (p.m. o giudice) deve compilare un modulo e trasmetterlo, tradotto, all'autorità straniera che dovrà darvi seguito (l'«autorità di esecuzione»). Non è richiesto l'invio di nessun altro documento, poiché l'organo che riceve l'euro-ordine deve in via di principio riconoscerlo ed eseguirlo, senza formalità e senza sindacarne le ragioni di merito (art. 9 direttiva 2014/41). La regola dell'insindacabilità del merito è peraltro affermata (salvo eccezioni e comunque nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico) dall'art. 696-*quinquies* del codice di rito italiano.

Tuttavia, a temperamento dell'indubbio *favor* per il riconoscimento, è previsto che l'autorità di esecuzione verifichi il rispetto dei diritti fondamentali della persona interessata, nonché del principio di proporzionalità (artt. 14, par. 2 e 10 direttiva 2014/41)¹¹. La stessa autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della misura qualora ricorrano i motivi predeterminati in via generale e astratta dal diritto dell'Unione (art. 11 direttiva 2014/41)¹².

4. *More than mutual recognition?* Il complesso statuto delle indagini transnazionali dell'EPPO.

Torniamo ora al regolamento EPPO, assoluta avanguardia nella creazione di uno spazio comune di giustizia penale nell'Unione europea¹³. Come anticipato, esso prevede specifiche disposizioni sull'assicurazione delle prove in uno Stato diverso da quello dove siede il procuratore europeo delegato «incaricato del caso». Ai sensi dell'art. 31, par. 2 reg. EPPO quest'ultimo può semplicemente «assegnare» una misura investigativa a un p.e.d. di un altro Stato membro, il quale diventa così procuratore «incaricato di prestare assistenza» (o, più brevemente, «assistente»). Diversamente dal sistema dell'o.e.i., qui la richiesta coinvolge due membri del medesimo ufficio. Di conseguenza, non v'è traccia, nel regolamento, di alcuna procedura di riconoscimento, se non per la regola che ammette il ricorso agli strumenti della cooperazione giudiziaria in caso di indisponibilità di misure di diritto interno (art. 31, par. 6 reg. EPPO). Parimenti, non si menzionano motivi di rifiuto opponibili dal p.e.d. assistente. Il regolamento EPPO

a M. DANIELE, R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018.

¹¹ Per questi rilievi, relativamente all'implementazione italiana, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo probatorio*, in *Cassazione Penale*, 6/2018, pp. 2197-2221.

¹² È il modo usuale di concretizzare la reciproca fiducia tra gli Stati membri nell'ambito della cooperazione giudiziaria, cfr. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, tesi dottorale, 2013, p. 56.

¹³ Cfr. A. VENEGONI, *The new frontier of PFI investigations. The EPPO and its relationship with OLAF*, in *Eucrium*, 4/2017, pp. 193-196.

sarebbe, in questo senso, «qualcosa di più» («*something more*») rispetto al reciproco riconoscimento¹⁴.

L'EPPO opera, tuttavia, senza un codice di rito unico, per cui deve affidarsi alle disposizioni nazionali per la disciplina degli aspetti procedurali delle indagini. Il regolamento, quindi, procede a una *actio finium regundorum* degli spazi di applicabilità delle normative coinvolte da un'indagine transnazionale, e lo fa al modo del reciproco riconoscimento: la legge dello Stato del p.e.d. incaricato del caso (l'autorità di emissione nella terminologia dell'o.e.i., qui accuratamente evitata) ne regolerà la «giustificazione e l'adozione» (art. 31, par. 2 reg. EPPO); la legge dello Stato del p.e.d. incaricato di prestare assistenza (l'autorità di esecuzione, mantenendo impropriamente il parallelismo) governerà invece la sua «esecuzione» (art. 32 reg. EPPO).

Le difficoltà nascono nel tentativo di coordinamento delle disposizioni citate con quelle che si occupano dell'autorizzazione giudiziaria *ex ante* degli atti di indagine (si pensi, per esempio, a quella prevista in Italia per le intercettazioni). In particolare, l'art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo reg. EPPO dispone che ove la legge dello Stato del p.e.d. assistente contempra un'autorizzazione alla misura, sarà quel procuratore a doverla ottenere conformemente al diritto del suo Stato. È subito evidente come una interpretazione letterale di questa disposizione – isolatamente dagli artt. 31 e 32 – non offra spazi per limitare l'estensione dell'autorizzazione ai soli aspetti esecutivi, come usa invece nei sistemi di cooperazione giudiziaria in materia penale¹⁵. L'autorizzazione che il p.e.d. assistente deve richiedere sembrerebbe essere l'*unica*, comprensiva di merito e procedura. A sostegno di questa lettura militerebbe anche il considerando 72 del regolamento EPPO, per cui «in ogni caso dovrebbe esservene solo una», di autorizzazione.

Nella pratica, però, tale distribuzione dei ruoli costringerebbe il p.e.d. dello Stato A a inviare l'intero fascicolo delle indagini (migliaia di pagine nei casi più articolati) al collega nello Stato B per consentire al giudice il vaglio di tutti gli elementi dell'autorizzazione, secondo criteri magari del tutto diversi rispetto a quelli applicabili nello Stato A. Un *iter* così complesso marcherebbe un passo indietro nel cammino della cooperazione in materia penale¹⁶, dove il principio del reciproco riconoscimento permette (seppur tendenzialmente) la trasmissione di semplici moduli precompilati.

¹⁴ *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta sul caso C-281/22 G.K., B.O.D. GmbH, S.L., con l'intervento di Österreichischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt*, 22 giugno 2023, disponibile al seguente [link](#) (ultimo accesso: 8 marzo 2024). Per una critica, v. H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem? Remarks on the Advocate General's opinion delivered on 22 June 2023 in Case C-281/22 G.K. and Others (Parquet européen)*, in *Eucrim*, 2/2023, pp. 229 e ss.

¹⁵ Cfr. art. 14, par. 2, Direttiva 2014/41; per il mandato d'arresto europeo il principio è stabilito da una giurisprudenza costante, v. F. MANFREDINI, *La giurisprudenza sul mandato d'arresto europeo*, in L. CAMALDO (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018, p. 48.

¹⁶ Per una approfondita comparazione tra il sistema dell'o.e.i. e le indagini transnazionali dell'EPPO v. S. ALLEGREZZA, A. MOSNA, *Cross-border criminal evidence and the future European Prosecutor. One step back on mutual recognition?*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The challenges ahead*, Springer, 2018, pp. 141 e ss.

Di qui il dubbio che ha sollecitato il rinvio pregiudiziale del giudice *a quo*¹⁷. Un p.e.d. tedesco, incaricato di svolgere le indagini su una supposta frode fiscale ai danni dell'Unione, aveva assegnato a un collega austriaco l'esecuzione di una perquisizione nei locali riferibili agli imputati, siti in Austria. Nessuna autorizzazione veniva richiesta in Germania, nel rispetto della lettera dell'art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo e del considerando 72 del regolamento¹⁸, confidando che un'unica autorizzazione, comprensiva degli aspetti di merito, sarebbe stata richiesta in Austria. Come previsto, il p.e.d. austriaco otteneva la convalida dell'ordine di perquisizione. La stessa veniva però tempestivamente impugnata di fronte al Tribunale superiore (*Oberlandesgericht*) di Vienna dagli indagati, i quali contestavano la violazione dei requisiti di proporzionalità e necessità della perquisizione.

A questo punto, il tribunale dell'impugnazione si chiedeva se potesse avere accesso all'intero fascicolo dell'indagine per pronunciarsi su tali ultimi profili (come sostenuto, in Corte di Giustizia, dai governi di Austria e Germania¹⁹). In quel caso però, l'EPPO avrebbe dovuto rendere gli atti disponibili al giudice, qui eccezionalmente non tradotti perché trattasi di due paesi germanofoni.

Secondo un'opposta visione, sostenuta in udienza dalla Commissione europea e dall'EPPO²⁰, la giurisdizione dello Stato del p.e.d. assistente avrebbe dovuto invece limitarsi soltanto agli aspetti relativi all'esecuzione della perquisizione (come se si trattasse di un o.e.i.), dato che la «giustificazione e l'adozione» delle misure sono regolate dalla legge tedesca a norma dell'art. 31, par. 2 reg. EPPO. Solo il giudice tedesco, a seguire la tesi in esame, avrebbe potuto esprimersi sulla necessità e proporzionalità della misura in fase di autorizzazione. Naturalmente, questa seconda soluzione si pone in contrasto con l'art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo del regolamento.

Da qui il dubbio ermeneutico, così sintetizzabile (con un certo livello di astrazione): può l'interpretazione più fedele al testo del regolamento immolarsi sull'altare dell'efficienza delle indagini transnazionali dell'EPPO?

¹⁷ C. Giust. U.E., *Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale sul caso C-281/22*, disponibile al seguente [link](#) (ultimo accesso: 8 marzo 2024).

¹⁸ Cui è stata data specifica implementazione dall'art. 3, c. 2 della *Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft* (legge federale sull'attuazione della Procura europea del 10 luglio 2020), che qui si riporta in traduzione non ufficiale: «Nella misura in cui le disposizioni del codice di procedura penale prevedono un'ordinanza o una convalida del tribunale in relazione a un atto investigativo, l'ordinanza o convalida del tribunale è ottenuta da un tribunale tedesco solo nel caso di misure transfrontaliere da eseguire in un altro Stato membro che partecipa all'istituzione della Procura europea ai sensi dell'articolo 31, par. 3, del regolamento (UE) 2017/1939, se tale ordinanza o convalida del tribunale non è richiesta dalla legge dell'altro Stato membro». La disposizione replica la regola prevista dall'art. 31, par. 3, terzo sottoparagrafo del regolamento EPPO.

¹⁹ E dalla *European Criminal Bar Association*, cfr. *Open letter of the European Criminal Bar Association (ECBA) in respect of the preliminary ruling in Case C-281/22, GK and Others, lodged at 25 April 2022, by the Oberlandesgericht Wien, Austria*, rinvenibile sul [sito dell'ECBA](#) e [richiamato dall'Unione delle Camere Penali Italiane](#) (ultimo accesso: 8 marzo 2024).

²⁰ Nonché dai governi nazionali di Paesi Bassi e Romania e dall'EPPO. Fuori d'udienza, anche dal CSM italiano cfr. *Parere sulla domanda di pronuncia pregiudiziale C-281/22 proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Oberlandesgericht Wien – Austria*, in www.csm.it, 13 luglio 2022.

5. Struttura della decisione.

La Corte di Lussemburgo ha dato seguito alla soluzione difforme dal tenore letterale del regolamento: la cognizione della corte nello Stato del p.e.d. assistente in sede di autorizzazione deve riguardare, in ogni caso, le sole questioni procedurali, come di regola previsto per gli strumenti di cooperazione giudiziaria penale.

A tale conclusione – suggerita, in termini simili ma diversi anche dall’Avvocato Generale Tamara Čapeta²¹ – la Corte giunge attraverso un percorso argomentativo divisibile in due parti: la prima dedicata all’interpretazione, innanzitutto letterale (paragrafi 46-54), poi contestuale (parr. 55-64); e infine teleologica (parr. 65-72) del regolamento; la seconda, incentrata sulle precisazioni in materia di tutela dei diritti fondamentali, necessarie in ragione della posizione assunta dalla Corte (parr. 73-77). I due passaggi argomentativi saranno qui analizzati nell’ordine.

5.1. Prima parte: interpretazione del regolamento EPPO.

5.1.1. Criterio letterale.

La Corte chiarisce subito l’intenzione – supportata dalla sua giurisprudenza, anche recente²² – di non volersi limitare soltanto alla lettera delle disposizioni, ma di voler estendere la propria indagine al contesto in cui sono inserite e agli scopi perseguiti dalla normativa di cui fanno parte (par. 46). In verità, una reale analisi della *littera legis* semplicemente non si trova. La Grande sezione non ritiene, ad esempio, di doversi soffermare sul significato di «giustificazione» e «adozione» della misura investigativa, che solo secondo la posizione della Commissione e dell’EPPO includerebbero il controllo di legalità e proporzionalità in fase di autorizzazione. Per il governo tedesco, al contrario, siffatta lettura costituirebbe una violazione plateale della lettera dell’art. 31, par. 3 reg. EPPO, per cui l’autorizzazione pertiene allo Stato del p.e.d. assistente²³.

Il Collegio conferma rapidamente che gli articoli 31 e 32 del regolamento non specificano l’estensione del controllo giurisdizionale da parte delle autorità degli Stati membri coinvolti nelle indagini transfrontaliere (par. 52), ma distinguono solamente le leggi applicabili alle diverse fasi d’indagine (par. 53). Nulla è detto sul valore dei termini usati dal regolamento. L’assenza di indicazioni sul significato proprio delle parole «secondo la connessione di esse»²⁴ farà sentire il suo peso quando si cercherà di

²¹ *Opinione dell’Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit.

²² Il riferimento della Corte è a C. Giust. U.E., 12 ottobre 2023, C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft Munchen (Extradition and ne bis in item)*, par. 67.

²³ Questa la posizione sposata anche dal governo austriaco e da H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., in particolare p. 232.

²⁴ Il riferimento è ovviamente all’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. “preleggi”).

comprendere le conseguenze della sentenza in commento sulla prassi delle indagini transnazionali dell'EPPO.

5.1.2. Interpretazione sistematica: analogie senza lacune.

Ritenuti sufficienti tali scarse direttive preliminari, i giudici di Lussemburgo muovono verso l'interpretazione sistematica. A differenza dell'Avvocato Generale e delle parti in giudizio²⁵, la Corte non si pone come obiettivo quello di restituire alle disposizioni del regolamento una lettura intrinsecamente coerente, in modo che di ognuna sia salvaguardato un *minimum* di significato evitando al contempo antinomie interne. Ad esempio, non si chiarisce il ruolo del principio dell'autorizzazione unica (considerando 72 reg. EPPO) in relazione agli articoli 31 e 32 del regolamento. Né si tenta di coordinare queste due ultime disposizioni. Piuttosto, il Collegio preferisce mettere il regolamento EPPO a sistema con gli altri strumenti della cooperazione giudiziaria in materia penale (in particolare del m.a.e. e dell'o.e.i., cfr. parr. 55-64), così da poterlo leggere in trasparenza, alla luce dei caratteri a essi comuni.

In breve, la Corte ricorre a un'analogia, basata su un sillogismo: premesso che agli artt. 31, par. 2 e 32 il regolamento EPPO effettua una distinzione netta tra «giustificazione e adozione», da un lato, ed «esecuzione», dall'altro, assegnando a leggi differenti la loro regolamentazione; premesso altresì che una simile ripartizione è comune agli strumenti che attuano la cooperazione giudiziaria in materia penale (come il m.a.e. e l'o.e.i.), i quali di norma non prevedono la possibilità per l'autorità di esecuzione di controllare il rispetto delle condizioni di emissione della decisione che essa deve eseguire; allora la regola deve valere anche nelle indagini transnazionali dell'EPPO²⁶.

L'analogia della Corte mira però a riempire un vuoto normativo che non c'è: non mancano disposizioni che regolino il caso *de quo*, ma semplicemente una loro coerente interpretazione, giacché lettera e scopi del regolamento suggeriscono soluzioni diverse. Il ricorso all'analogia pur in mancanza di una effettiva lacuna normativa frustra inevitabilmente la sua natura di meccanismo integrativo dell'ordinamento²⁷. Al tempo stesso, essa costituisce un primo avvicinamento dell'EPPO ai sistemi fondati sul reciproco riconoscimento.

Peraltro, su questo punto si deve notare la significativa distanza tra la posizione dell'Avvocato Generale Čapeta e la decisione della Corte. La prima, infatti, aveva

²⁵ *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., parr. 47-54.

²⁶ La giurisprudenza della Corte – cui la stessa si riferisce, con sole due eccezioni, solamente in questa sezione – supporterebbe la tesi prescelta: il riferimento è a C. Giust. U.E., Grande sez., 23 gennaio 2018, C-367/16, *Piotrowski*; C. Giust. U.E., Grande sez., 22 febbraio 2022, C-562/21 e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal established by law in the issuing Member State)*; C. Giust. U.E., Grande sez., 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi and Others*, per quanto riguarda il m.a.e.; a C. Giust. U.E., 16 dicembre 2021, C-724/19 *Spezializirana prokuratura (Traffic and location data)*, relativamente all'o.e.i.

²⁷ Per una importante digressione su tale carattere proprio dell'analogia cfr., nell'ordinamento nazionale, Cass. civ., Ss. uu., 6 dicembre 2021, n. 38596.

sostenuto che il concetto di reciproco riconoscimento fosse suscettibile di una “gradazione quantitativa” parametrata sul livello di fiducia reciproca tra gli Stati. In quella singolare scala, il sistema dell’o.e.i. – sul quale la Corte costruirà poi l’analogia sopra tratteggiata – veniva collocato dall’A.G. piuttosto in basso (modesto livello di fiducia reciproca), per via delle numerose eccezioni che permettono all’autorità di esecuzione di non dar seguito alle richieste provenienti da altri Stati dell’Unione²⁸.

La Corte, dal canto suo, nemmeno nomina i motivi di rifiuto dell’o.e.i. (o del m.a.e.). Si ferma invece a un livello più generico: la non controllabilità delle ragioni di emissione delle misure nello Stato che deve eseguirle è *acquis communautaire* e come tale andrebbe sempre applicata nel campo della cooperazione giudiziaria. Solo da questo punto di vista, più sfuocato, il principio del reciproco riconoscimento appare tanto omogeneo da poter fondare l’analogia alla base dell’argomento sistematico della Corte.

Senonché la sfuocatura impedisce agli operatori di comprendere il dettaglio di come (e fino a dove) l’analogia vada portata avanti, ovvero quanto altro della normativa comune all’o.e.i., al m.a.e. e agli altri strumenti possa essere trapiantato nel sistema dell’EPPO. In particolare, non è chiaro se, e secondo quali criteri, potrà (o dovrà) esplicitarsi il diniego dell’esecuzione nello Stato del p.e.d. che presta assistenza²⁹, e quindi se i motivi di rifiuto rientrino nel “pacchetto” che la Corte mutua dall’o.e.i. e consegna alle indagini dell’EPPO. Quello del diniego dell’esecuzione è uno snodo cruciale della cooperazione giudiziaria (almeno al pari della suddivisione dei ruoli delle corti, fulcro dell’analogia nella decisione in commento): solo se rassicurati dalla possibilità di rifiutare la collaborazione in caso, ad esempio, di gravi violazioni dei diritti fondamentali nello Stato dell’autorità di emissione, gli Stati si rendono disponibili al reciproco riconoscimento.

L’esigenza di una simile valvola respiratoria si fa particolarmente pressante nel momento in cui alla cooperazione giudiziaria partecipino Stati dai proteiformi atteggiamenti in materia di tutela delle garanzie procedurali fondamentali. Con l’ingresso sempre più vicino della Polonia nei paesi aderenti all’EPPO³⁰, la rilevanza della questione è peraltro destinata a crescere. Ci si dovrà giocoforza chiedere, ad esempio, se (e su quale base) un g.i.p. italiano potrà negare l’autorizzazione all’esecuzione di una misura investigativa, ove legittimamente dubiti della imparzialità dell’organo che l’ha disposta³¹.

²⁸ *Opinione dell’Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 95.

²⁹ Aveva sottolineato l’essenzialità di una specificazione sulla questione H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., p. 236.

³⁰ Cfr. la decisione 2024/807 della Commissione europea del 29 febbraio 2024, che conferma la partecipazione della Polonia alla cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea.

³¹ Sull’imparzialità dell’organo giudicante, con riferimento a casi polacchi, cfr. la *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* preparata dal Registry della Corte del 31 agosto 2022, pp. 24 e ss.

5.1.3. Interpretazione teleologica, o gli obiettivi del regolamento.

Con un ultimo argomento, di matrice teleologica, il Collegio fa delle domande sottopostegli una tema di efficienza. Limitare il controllo nello Stato del p.e.d. assistente alle questioni procedurali sarebbe l'unico modo di garantire l'effettività delle indagini transnazionali dell'EPPO, perché solo così possono evitarsi le lungaggini dovute alla trasmissione del fascicolo e i rischi di intoppi nella cooperazione. Tutte le parti in causa concordavano sul punto³². Tuttavia, per i governi di Austria e Germania, le inefficienze generate da un testo di compromesso non avrebbero potuto trovare una correzione giudiziaria, a meno di voler vedere la Corte di Giustizia dell'Unione europea come un'«officina di riparazione di prodotti difettosi»³³.

Per la Corte, invece, l'interpretazione teleologica è in grado di superare gli argomenti letterali. Una tale *vis* scaturisce dall'art. 31, par. 6 del regolamento, ovvero dalla «clausola residuale» che abilita i p.e.d. a ricorrere agli usuali strumenti di cooperazione giudiziaria (in primo luogo all'o.e.i.), nel caso in cui la misura investigativa assegnata non esista in una situazione puramente interna. Se straordinariamente i p.e.d. possono valersi dell'euro-ordine, non è ammissibile, secondo la Corte, che di norma essi siano costretti a usare uno strumento di gran lunga meno agevole. In ultima analisi, quindi, l'o.e.i. segnerebbe lo standard minimo di efficienza delle indagini transnazionali dell'EPPO.

È vero che nel disegnare lo statuto delle indagini transfrontaliere la maggioranza delle delegazioni intese proprio superare il sistema di riconoscimento reciproco proprio dell'euro-ordine³⁴. I negoziatori miravano infatti a creare qualcosa di più “avanzato” e a lasciare all'o.e.i. il compito di coprire alcuni casi residuali. Ma la soluzione raggiunta dal testo di compromesso risulta effettivamente troppo distante dall'ottimo paretiano. La Corte di Giustizia ne prende atto e, senza chiedersi se davvero il regolamento EPPO predisponga “qualcosa di più”³⁵ rispetto al reciproco riconoscimento, costruisce un'argomentazione per cui questo appronterebbe “qualcosa di simile”. Si prende dunque la responsabilità di imporre una procedura affine a quella dell'o.e.i., lo strumento meno evoluto che il legislatore intendeva novare.

D'altronde, se la Corte avesse deciso all'opposto, imponendo un controllo esteso al merito della misura da parte del giudice dello Stato del p.e.d. assistente, difficilmente la prassi si sarebbe arresa a un ostacolo tanto oneroso. Più probabilmente, l'eccezione prevista dall'art. 31, par. 6 del regolamento sarebbe stata estesa in modo da far diventare l'euro-mandato il metodo ordinario di cooperazione interna all'EPPO. Un esito non troppo diverso da quello che ci consegna la Corte con la decisione in commento, quindi sostanzialmente inevitabile. Tuttavia, con il loro ermetismo, i giudici di Lussemburgo sembrano deliberatamente omettere argomentazioni più dettagliate per evitare di precludere diverse interpretazioni o sviluppi futuri. Rimangono perciò aperte questioni

³² *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 56.

³³ *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 37.

³⁴ H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 286.

³⁵ Questa la domanda che assilla l'Avvocato Generale nella sua *Opinione*, cit., parr. 80 e ss.

non sempre di semplice valutazione da parte dei giudici nazionali, specie in materia di diritti fondamentali.

5.1.4. Assenza del criterio storico.

Non facilita le cose la totale assenza, nella pronuncia, dell'ultimo canone ermeneutico classico, richiamato anche dall'Avvocato Generale³⁶ e dalle parti in giudizio: quello storico. Non si fa alcun riferimento, difatti, alla travagliata vicenda legislativa dello statuto delle indagini transfrontaliere dell'EPPO, la quale avrebbe potuto quanto meno suggerire alla Corte il livello di intesa dei negoziatori sui punti nodali della disciplina.

Eppure, nel ben noto caso *Melloni*, fu il «consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme», tra gli altri argomenti, a permettere alla Corte di applicare lo standard comunitario di garanzia dei diritti della persona a discapito di quello più elevato previsto dalla legge nazionale³⁷. Sembra un punto qui accuratamente evitato, forse perché affrontarlo avrebbe significato riconoscere che i negoziatori respinsero esplicitamente una proposta molto simile allo stato di cose che risulta dalla sentenza in commento³⁸.

5.2. Seconda parte. Ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali.

5.2.1. La prescrizione di un controllo giurisdizionale preventivo per gli atti d'indagine gravemente ingeneranti nei diritti fondamentali.

Nella seconda parte della pronuncia (parr. 73-77) si affrontano le ricadute delle statuizioni della Corte sui diritti fondamentali, il cui rispetto è fatto salvo, in generale, dall'art. 41, par. 1 del regolamento³⁹.

Il punto di partenza è la decisione *Gavanzov II*, con la quale, in materia di o.e.i., la Corte ha imposto agli Stati membri di prevedere la possibilità di contestare (almeno) la necessità e la legalità dei provvedimenti di perquisizione nello Stato dell'autorità di

³⁶ *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., parr. 60-62.

³⁷ C. Giust. U.E., Grande sez., 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*, par. 62. Cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2015, p. 94.

³⁸ La delegazione tedesca, proponendo di utilizzare lo strumento dell'ordine europeo di indagine anche nei casi di competenza dell'EPPO, predisse le difficoltà pratiche di applicazione del fumoso testo dell'allora art. 26-bis, cfr. *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea – Osservazioni scritte della delegazione tedesca, fascicolo interistituzionale*, 21 aprile 2015.

³⁹ Che qui si riporta per comodità: «Le attività dell'EPPO si svolgono nel pieno rispetto dei diritti degli imputati e degli indagati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa».

emissione⁴⁰. L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul diritto a un ricorso effettivo impedisce, di conseguenza, l'emissione di un o.e.i. quando tale facoltà non sia concessa.

Parallelamente, secondo il Collegio, nelle indagini transnazionali dell'EPPO incombe sullo Stato del p.e.d. incaricato del caso l'onere di predisporre garanzie sufficienti e adeguate ad assicurare la legalità e la necessità delle misure investigative, «quali un controllo giurisdizionale preventivo»⁴¹, ove gli atti da compiere comportino una «grave ingerenza» nei diritti fondamentali enucleati nella Carta di Nizza (par. 75). Nel dispositivo, tuttavia, la sentenza qui commentata è più categorica: in caso di grave ingerenza nei diritti, gli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura *devono* essere soggetti a controllo giurisdizionale preventivo nello Stato del p.e.d. incaricato del caso, quasi a voler fugare il dubbio che l'autorizzazione giudiziaria *ex ante* sia efficacemente sostituibile da altre forme di tutela⁴².

Tre i profili dubbi. In primo luogo, la Corte enumera solo qualche esempio di misure gravemente ingerenti nei diritti fondamentali: le perquisizioni di abitazioni private, le misure cautelari relative a beni personali e il congelamento di beni. La natura di altri atti di indagine potrebbe non essere così ovvia: si pensi alla produzione di documenti⁴³, la cui invadenza nella sfera della riservatezza dipende in larga misura dal tipo di documento ricercato e dal destinatario della richiesta.

In secondo luogo, sembra che al presentarsi di atti investigativi intrusivi debbano essere attivati controlli in fondo estranei al testo dell'art. 31, par. 3 del regolamento, indipendentemente dalle autorizzazioni richieste negli Stati coinvolti. Si profila dunque un "doppio binario", per il quale le facilitazioni di cui godono le indagini transnazionali dell'EPPO varrebbero solo in caso di moderate interferenze con i diritti di libertà. Al contrario, per gli atti d'indagine più marcatamente intrusivi dovrebbe attivarsi un sistema di controlli simile – solo il tempo dirà quanto – al sistema dell'o.e.i. Su questo secondo "binario", la decisione in commento potrebbe causare importanti rallentamenti a talune indagini dell'EPPO. Si tratta dei casi in cui, ad oggi, non è richiesta l'autorizzazione in alcuno degli Stati coinvolti dall'indagine⁴⁴ e di quelli in cui essa è

⁴⁰ C. Giust. U.E., 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov II*, par. 41 e ss.

⁴¹ Il corsivo è aggiunto.

⁴² Si noti incidentalmente che l'A.G. non aveva fatto riferimento a questo dovere, suggerendo che nello Stato del p.e.d. assistente si potesse controllare solo la procedura, *indipendentemente* dal fatto che, nello Stato del p.e.d. incaricato del caso, l'atto di indagine fosse stato oggetto di autorizzazione *ex ante*. Così, in un caso come quello in esame, in cui nello Stato del p.e.d. incaricato del caso non è prevista un'autorizzazione alla misura, il merito sarebbe impossibile da scrutinare. La diminuzione delle garanzie che deriva dalla sua interpretazione sarebbe, per l'A.G., il «prezzo da pagare per la costruzione di un futuro insieme» (*Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 114). Per la Corte, evidentemente, il prezzo è troppo alto.

⁴³ Cfr. art. 30, par. 1, lett. c) regolamento EPPO.

⁴⁴ Cioè i casi maggiormente snelliti dal regolamento EPPO, tanto da dare origine a quella che H. H. HERRNFELD chiama «mutual recognition *deluxe*», cfr. H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 287.

prevista solo nello Stato del p.e.d. assistente. In tali ipotesi il controllo del merito nello Stato del p.e.d. incaricato del caso è una novità introdotta dalla Corte⁴⁵.

Infine, non è stabilito con nettezza se l'obbligo di previo controllo giurisdizionale degli atti investigativi particolarmente intrusivi imponga agli Stati che a oggi non lo prevedono, di introdurlo. Si prendano ad esempio le perquisizioni (che sono certamente intrusive nei diritti fondamentali): l'unico modo per rispettare il dispositivo della sentenza in commento sembrerebbe far sì che in ciascuno degli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata si prescriva un'autorizzazione giudiziaria preventiva al loro svolgimento.

Da una simile evoluzione scaturirebbero inaspettate "esternalità positive" sul livello delle garanzie⁴⁶, in assonanza con quella dottrina che ha auspicato l'assoggettamento ad autorizzazione giudiziale delle perquisizioni sempre e comunque⁴⁷. Inoltre, in un tale (invero improbabile) scenario si assisterebbe alla sincronizzazione delle procedure nazionali che mancò di raggiungersi in fase di negoziazione del regolamento, per la mancanza di consenso tra le delegazioni, seppure l'art. 86 TFUE espressamente fornisca la base giuridica per regole processuali comuni nei procedimenti dell'EPPO. Questo auspicabile *side effect* riproporrebbe quanto osservato in materia di o.e.i., dove la rinuncia alle formalità non decisive all'utilizzo della prova, imposta dall'apertura a forme processuali eterologhe, dovrebbe portare, nel medio periodo, a un avvicinamento degli ordinamenti statali coinvolti nella cooperazione⁴⁸.

Vedremo se il dispositivo sarà inteso nei termini descritti dalla platea di Stati chiamati a dare attuazione alla sentenza. Più realisticamente, si tenterà di far rientrare forzatamente l'ufficio del pubblico ministero nel novero dei soggetti legittimati ad autorizzare le misure investigative nello Stato del p.e.d. incaricato del caso, magari sfruttando proprio l'analogia con l'o.e.i. delineata dalla Corte⁴⁹. Per ora, possiamo solo

⁴⁵ La quale ha deciso di discostarsi dalla lettera del regolamento, che impone al p.e.d. assistente di ottenere l'autorizzazione (se previsto dalla legge del suo Stato, cfr. art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo). Il *College* dell'EPPO, tentando di fornire indicazioni pratiche ai p.e.d., giunse peraltro a conclusioni simili a quelle restituite dalla sentenza, cfr. *Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office no. 006/2022 of 26 January 2022 adopting guidelines of the College of the Eppo on the application of Article 31 of Regulation (EU) 2017/1939*. Sulla prescrittività delle linee guida del *College* quali strumenti di *soft-law* cfr. in particolare L. DE MATTEIS, *The EPPO's legislative framework: navigating through EU law, national law and soft law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1/2023, p. 16.

⁴⁶ L'attitudine del regolamento EPPO a irrobustire la tutela dei diritti negli ordinamenti nazionali è già stata notata da F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 4.

⁴⁷ Cfr. ad es.: K. KREMENS, *The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3/2020, pp. 1585-1626, che chiosa: «the judicial oversight of searches does not guarantee lawful and reasonable behavior in all cases, but it undoubtedly increases the protection of an individual's rights».

⁴⁸ Aveva anticipato questa evenienza M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2215. Il ravvicinamento degli ordinamenti giuridici nazionali era peraltro un altro degli obiettivi del Consiglio europeo di Tampere.

⁴⁹ Cfr. C. Giust. U.E., Grande sez., 8 dicembre 2020, C-584/19, *Staatsanwaltschaft Wien*, con la quale la Corte ha stabilito che «rientra nelle nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione», ai sensi [degli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera c), della direttiva 2014/41 relativa all'ordine europeo di indagine], il

essere certi che gli Stati (come la Germania) che avevano eliminato il controllo giurisdizionale *ex ante* nei casi in cui lo Stato del p.e.d. assistente prevede l'autorizzazione, saranno costretti a reinserirlo, abrogando le relative disposizioni delle leggi di implementazione del regolamento EPPO.

5.2.2. Il rischio di vuoti di tutela: rinvio alla prova della prassi.

La Corte segnala agli operatori due modalità per concretizzare il rispetto dei diritti fondamentali della persona nel corso delle indagini transnazionali dell'EPPO, sulla falsa riga di quanto aveva fatto l'Avvocato Generale⁵⁰.

In primo luogo, vi sarebbero le direttive sui diritti di difesa⁵¹, cui fa riferimento l'art. 41, par. 2 del regolamento (par. 76). Ma ne è stata eccepita l'insufficienza, nonché la scarsa adattabilità alle caratteristiche delle indagini della Procura europea⁵². Una seconda garanzia (par. 77) sarebbe poi fornita dalla regola, ispirata al principio di proporzionalità, per cui nella disponibilità di una misura meno intrusiva e a parità di efficacia, il p.e.d. assistente deve consultarsi con il p.e.d. incaricato del caso, e, se la questione non è risolta entro 7 giorni, riferire alla Camera Permanente (art. 31, par. 5, lett. c) e par. 7 del regolamento).

La proporzionalità cui la Corte accenna dovrebbe irradiare invero tutte le attività dell'EPPO a norma dell'art. 5, par. 2 del regolamento. Si tratta di un principio essenziale: la sua vincolatività funge da cartina al tornasole della portata e dei limiti del reciproco riconoscimento⁵³; le deviazioni da esso generano ineluttabilmente vuoti di tutela⁵⁴. Nel nostro ambito, data l'intrinseca attitudine a «debordare anche sul merito della questione»⁵⁵, il principio di proporzionalità potrebbe offrire spazi al p.e.d. assistente per contestare l'esecuzione delle misure investigative assegnate, qualora dubiti del rispetto dei diritti fondamentali degli interessati. Comunque, si tratta pur sempre di una mera

pubblico ministero di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale che potrebbe esistere tra tale pubblico ministero o tale procura e il potere esecutivo di tale Stato membro, e dall'esposizione di detto pubblico ministero o di detta procura al rischio di essere soggetti, direttamente o indirettamente, ad ordini o istruzioni individuali da parte del predetto potere, nell'ambito dell'adozione di un ordine europeo di indagine».

⁵⁰ *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 102 e ss.

⁵¹ Si tratta delle direttive U.E. nn. 2010/64, 2012/13, 2013/48, 2016/343, 2016/1919.

⁵² H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., p. 235.

⁵³ A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 107.

⁵⁴ M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 94, con riferimento al caso *Melloni*. Più in generale, sui rischi per il giusto processo nella cooperazione giudiziaria internazionale cfr. S. GLESS, *Transnational cooperation in criminal matters and the guarantee of a fair trial: approaches to a general principle*, in *Utrecht Law Review*, 4/2013, pp. 90-108; sul principio di proporzionalità e la sua «espansione» attraverso le fonti europee, cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2014, pp. 143-163.

⁵⁵ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2203.

consultazione interna e perciò le aspettative di tutela dei diritti per questa via debbono essere ridimensionate⁵⁶.

Ad ogni modo, la proporzionalità intinge anche il sindacato giurisdizionale nello Stato del p.e.d. incaricato del caso⁵⁷: l'imposizione da parte della Corte di Lussemburgo di un previo controllo in caso di interferenze con i diritti fondamentali potrebbe dunque espandere la portata del principio nelle indagini transfrontaliere anche oltre i confini imposti esplicitamente dal regolamento.

La realtà è che sarà fatalmente la prassi a indicare quale via gli Stati membri utilizzeranno per riaffermare la propria sovranità nei casi (straordinari) ove la richiesta di assistenza susciti forti sospetti quanto al rispetto dei diritti fondamentali (si pensi al caso della Polonia, v. *supra*). Questa esigenza si imporrà *a fortiori* se gli Stati membri non sosterranno la spinta all'aumento delle garanzie ricavabile dal dispositivo della sentenza prescrivendo un controllo *ex ante* delle misure particolarmente intrusive.

Di conseguenza, sembra possibile che i giudici nazionali riprendano l'analogia disegnata dalla Corte di Giustizia con gli strumenti di cooperazione giudiziaria, e si concedano così le digressioni nel merito della misura da eseguire consentite, in via eccezionale, all'autorità che debba dare seguito a un o.e.i. (art. 14, par. 2, direttiva 2014/41)⁵⁸. Proseguendo nell'ipotesi, in casi dubbi, il giudice dello Stato membro del p.e.d. assistente potrebbe rifiutare l'autorizzazione, valorizzando il dato per cui l'art. 31, par. 3, secondo sottoparagrafo del regolamento EPPO concepisce esplicitamente il ritiro dell'assegnazione da parte del p.e.d. incaricato del caso per il fallimento della procedura autorizzativa⁵⁹.

Nel nostro sistema, almeno nei casi in cui tali rischi si riflettessero sulla violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, un simile esito sarebbe peraltro sostenuto dall'art. 696-*quinquies* c.p.p. (v. *supra*, par. 3). Quest'ultimo figura nel catalogo dei principi (opportunamente⁶⁰) inseriti dal legislatore nel c.p.p. quali fattori di «continuità e uniformazione» del sistema che, accedendo all'ipotesi dell'estensione dell'analogia con l'o.e.i., potrebbero guidare gli operatori nelle incertezze, fino a un auspicabile intervento di modifica del regolamento in materia di indagini transfrontaliere.

Sembra difficile invece che l'analogia possa essere estesa al punto da inserire ulteriori cause di rifiuto in un sistema, come quello dell'EPPO, nato con il preciso intento di escluderle. Ne consegue che per le violazioni procedurali di minore entità ci si affiderà verosimilmente al controllo giurisdizionale *ex post* della legalità degli atti d'indagine

⁵⁶ Lo sostiene ancora una volta H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., p. 236.

⁵⁷ Nonché il momento dell'ammissione della prova di fronte al giudice del dibattimento. Per questi profili cfr. F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit. pp. 10-11.

⁵⁸ Ammette esplicitamente questa possibilità, con riferimento alle misure coercitive, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7-8/2017, p. 212.

⁵⁹ Si riporta qui l'art. 31, par. 3, secondo sottoparagrafo del regolamento EPPO per comodità: «In caso di rifiuto dell'autorizzazione giudiziaria per la misura assegnata, il procuratore europeo delegato incaricato del caso ritira l'assegnazione».

⁶⁰ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2200.

garantito dall'art. 42, par. 1 reg. EPPO⁶¹, rassegnandosi a piccole deviazioni dagli schemi legali in nome del *fait accompli*.

6. Conclusioni.

Con la sentenza che si è cercato di analizzare, la Corte di Lussemburgo dà continuità alla propria giurisprudenza a difesa dell'effettività del diritto dell'Unione, correggendo un testo che avrebbe certamente arrecato inefficienze nelle indagini transnazionali dell'EPPO⁶². Una decisione, quindi, per certi versi inevitabile, cui avrebbe giovato però un'argomentazione più specifica, se non più convincente. L'attitudine epigrafica – talvolta forse eccessiva⁶³ – della Corte affida alle ipotesi le conseguenze delle sue statuizioni di principio. In particolare, si dovrà verificare se si darà vita a un doppio binario sulla base dell'intrusività delle misure investigative; e come gli ordinamenti nazionali interpreteranno l'analogia della Corte con gli altri strumenti di cooperazione giudiziaria penale. La "vittoria" dell'EPPO alla sua prima, importante, prova si accompagna dunque alla nascita di sfide nuove e più grandi, nonché alla consapevolezza che il livello di fiducia reciproca tra gli Stati che si auspicava raggiunto è ancora di là da venire.

⁶¹ La Corte non riporta però la possibilità di ricorso giurisdizionale quale "terza via di concretizzazione" dei diritti fondamentali. La indica invece dall'A.G.: cfr. *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 112.

⁶² Sulla quale v. ancora M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 93.

⁶³ Ma, si sa, la Corte di Giustizia, come l'oracolo di Delfi, «non afferma, non nega: suggerisce», per citare il paragone di V. MANES, *Some lessons from the Taricco saga*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1/2018, p. 15.

A PROPOSITO DEL NUOVO DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI SICUREZZA

*Disegno di legge n. 1660/C, presentato alla Camera il 22 gennaio 2024, recante
“Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio,
nonché di vittime dell’usura e di ordinamento penitenziario”*

di Lucrezia Rossi

1. È stato di recente presentato alla Camera dei Deputati un [disegno di legge \(n. 1660\)](#) – consultabile in allegato – su proposta congiunta del Ministro dell’Interno, del Ministro della Giustizia e del Ministro della Difesa, che mira a realizzare plurime e diverse modifiche, in ambiti tra loro eterogenei, dai toni, complessivamente, securitari.

Il *fil rouge* del progetto, che viene esplicitato più volte dagli stessi promotori della riforma, è infatti intervenire su diversi profili ritenuti particolarmente critici onde garantire una maggiore sicurezza, tanto per contenere e arginare forme di criminalità internazionali e terroristiche (Capo I), quanto in una dimensione più locale, al fine di reprimere quelle forme di criminalità maggiormente diffuse e allarmanti (Capo II dedicato alla *sicurezza urbana*), quanto ancora in una prospettiva di maggior tutela (e sicurezza) delle forze dell’ordine (Capo III). A completare il nuovo assetto proposto si aggiungono, poi, il Capo IV – volto a stabilire un controllo sui mutui concessi e un concreto aiuto gestionale nel riavvio delle attività economiche a favore delle vittime del reato di usura¹ – e il Capo V – dedicato a diversi interventi in materia di ordinamento penitenziario a completamento di quanto disposto dagli altri Capi del progetto (v. *infra* § 2.3.1.) nonché in una prospettiva di valorizzazione del lavoro².

Per quanto allo stato il d.d.l. sia in corso di esame in Commissione e, dunque, si trovi agli inizi dell’*iter* legislativo che potrà eventualmente portare alla sua

¹ Nello specifico il capo IV contiene solo una disposizione, l’art. 24, volta a garantire un maggiore sostegno agli operatori economici vittime del reato di usura, onde favorire il loro reinserimento nell’attività economica legale, attraverso la nomina di un esperto, c.d. *tutor*, con funzioni di consulenza e assistenza al fine di attenuare l’alta morosità dei mutui concessi a sostegno delle vittime dei reati di tipo mafioso, delle vittime estorsive e dell’usura ai sensi dell’art. 14 l. 108/1996 e rilanciare la loro attività economica.

² In particolare, quanto agli interventi volti ad agevolare le possibilità di lavoro, il progetto prevede un’accelerazione dei tempi delle decisioni volte ad autorizzare tali attività (art. 25); l’estensione delle agevolazioni per le aziende pubbliche e private che organizzano attività produttive o di servizi per impiegare anche chi è ammesso al lavoro esterno (art. 26); l’estensione della possibilità di ricorrere al contratto di apprendistato per condannati e internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e per detenuti assegnati al lavoro esterno (art. 27); la programmazione di un futuro intervento da parte del Governo sulle norme relative all’organizzazione del lavoro così come disciplinato dal regolamento recante le norme sull’ordinamento penitenziario e sulla misura privative e limitative della libertà di cui al d.P.R. 230/2000 (art. 28).

promulgazione, ci sembra interessante ripercorrere il contenuto dello stesso, considerati i plurimi interventi di stampo penalistico che il progetto si prefigge di realizzare.

2. Nuovi reati e nuove circostanze aggravanti.

2.1. L'art. 1 del progetto prevede, anzitutto, l'introduzione di due nuove fattispecie incriminatrici volte ad intervenire in tema di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata.

Da una parte, con il nuovo art. 270-*quinqüies*.3 c.p. mira a colmare il vuoto punitivo nei confronti di chi, semplicemente, si procura o detiene documentazione propedeutica al compimento di attentati e sabotaggi con finalità di terrorismo, punendo con la reclusione dai 2 ai 6 anni tali condotte³, ritenute dai promotori del disegno di legge già di per sé allarmanti in considerazione della tipologia di reato in esame, rispetto al quale la prassi ha evidenziato la rapidità del passaggio da una dimensione concettuale ad una reale.

Dall'altra, con il nuovo comma 2 all'art. 435 c.p. si introduce un delitto contro l'incolumità pubblica volto a punire con la reclusione da 6 mesi a 4 anni chiunque distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza con qualsiasi mezzo, materiale contenente istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi o su qualunque altra tecnica o metodo al fine di compiere uno dei delitti non colposi contro la pubblica incolumità puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni.

Entrambe le fattispecie si caratterizzano per la presenza del dolo specifico (*i.e.* il fine di terrorismo e di compiere uno tra gli specifici delitti contemplati dalla norma) e di una clausola di sussidiarietà in apertura (nel primo caso, rispetto ai reati di cui agli artt. 270-*bis* e 270-*quinqüies* c.p.; nel secondo caso, rispetto al reato di cui all'art. 435 comma 1 c.p.).

2.2. Il Legislatore, poi, mira ad intervenire a presidio della sicurezza urbana attraverso l'introduzione di due nuovi reati che criminalizzano condotte di recente oggetto di particolare attenzione da parte dei media: l'occupazione del domicilio altrui e l'ostruzione delle strade.

2.2.1. In primo luogo, si prevede l'introduzione dell'art. 634-*bis* c.p. (art. 8 d.d.l.) nell'intenzione di potenziare la tutela del legittimo titolare, ora offerta da un illecito civile (che obbliga l'autore alla restituzione e al risarcimento) e dal reato previsto dall'art. 633 c.p. (invasione di terreni o edifici).

La nuova fattispecie punisce con la reclusione da 2 a 7 anni, su querela della persona offesa⁴, chi mediante violenza o minaccia occupi o detenga senza titolo un

³ In particolare, la norma punisce la condotta di procurarsi o detenere consapevolmente «materiale contenente istruzioni sulla preparazione o sull'uso di congegni bellici micidiali [...], di armi da fuoco o di altre armi o di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali».

⁴ Salvo si tratti di immobili pubblici o a destinazione pubblica, in tal caso il reato diventa procedibile

immobile destinato al domicilio altrui o impedisca il rientro presso il domicilio del proprietario o di colui che lo detiene legittimamente.

Allo stesso modo è punito chi si appropria di un immobile altrui con artifici o raggiri, chi lo cede ad altri, nonché chi, fuori dai casi di concorso nel reato, si intromette o coopera o, ancora, riceve o corrisponde denaro o altra utilità per l'occupazione.

A completamento della nuova e maggiore tutela offerta al cittadino è prevista, da una parte, la non punibilità per chi collabora all'accertamento dei fatti o ottempera volontariamente all'ordine di rilascio dell'immobile e, dall'altra, una specifica procedura volta alla reintegrazione nel possesso dell'immobile oggetto di occupazione arbitraria ai sensi dell'art. 634-*bis* c.p., regolata da un nuovo art. 321-*bis* comma 3 c.p.p.⁵.

2.2.2. In secondo luogo, con l'art. 11 d.d.l. si propone una triplice modifica all'art. 1-*bis* d.lgs. 66/1948 relativo all'impedimento della libera circolazione su strada: tanto rendendo penalmente rilevante la condotta di chi impedisce la libera circolazione su strada ordinaria ostruendo la stessa con il proprio corpo, prevedendo la pena alternativa della reclusione fino a 1 mese e della multa fino a 300 € (allo stato, tale condotta integra un illecito amministrativo punito con la sanzione pecuniaria da 1.000 a 4.000 €); quanto estendendo la portata di tale reato ai casi di blocco di strada ferrata; quanto ancora, introducendo un'aggravante speciale ad effetto speciale ove tali condotte siano realizzate da più persone riunite, che comporta l'applicazione di una pena da 6 mesi a 2 anni di reclusione.

2.3. Anche il terzo obiettivo del progetto, ossia la tutela del personale delle forze dell'ordine, viene in parte perseguito attraverso l'introduzione di due nuove fattispecie incriminatrici (art. 415-*bis* c.p. e art. 14 comma 7.1. d.lgs. 286/1998) e molteplici aggravanti, sia legate ai nuovi reati, che alle fattispecie già presenti (in particolare, agli artt. 336, 337, 415 e 639 c.p.).

d'ufficio.

⁵ In particolare, sulla falsariga di quanto disposto a livello procedurale in tema di sequestro preventivo e impeditivo, la disposizione prevede, alternativamente, la possibilità che il giudice competente, su richiesta del PM, disponga con decreto motivato la reintegrazione nel possesso dell'immobile (con competenza del giudice per le indagini preliminari nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale) o che ciò avvenga su iniziativa della p.g. qualora l'abitazione risulti essere l'unica effettiva del denunciante, onde garantire maggiore tempestività dell'intervento; in questa seconda ipotesi risulta altresì necessaria la previa autorizzazione del PM in caso di rilascio coattivo (configurabile a fronte del diniego all'accesso, della resistenza, del rifiuto di eseguire l'ordine di rilascio o di assenza dell'occupante). Nell'ipotesi in cui si proceda su iniziativa della p.g., peraltro, sono previsti termini stringenti a pena di inefficacia: la p.g., infatti, similmente a quanto avviene in caso di sequestro d'urgenza di cui all'art. 321 comma 3-*bis* c.p.p., deve redigere un verbale delle operazioni compiute, indicando i motivi che hanno portato al provvedimento di rilascio, da trasmettere entro le 48 ore successive al PM del luogo in cui la reintegrazione del possesso è avvenuta; il PM, a sua volta, può disporre la restituzione o, ove d'accordo su quanto realizzato, chiedere al giudice la convalida e l'emissione di un decreto di reintegrazione nel possesso entro 48 ore dalla ricezione del verbale; il giudice deve pronunciarsi in merito entro 10 giorni.

2.3.1. Anzitutto, l'art. 18 d.d.l. prevede un duplice intervento: da una parte l'introduzione di un'aggravante speciale ad effetto comune in relazione al reato di istigazione a disobbedire alle leggi di cui all'art. 415 c.p., quando il fatto è commesso all'interno di un istituto penitenziario o a mezzo di scritti o comunicazioni dirette a persone detenute (art. 415 comma 3 c.p.).

Dall'altra aspira ad introdurre l'art. 415-*bis* c.p. volto a sanzionare penalmente chi promuove, organizza o dirige (comma 1, reclusione da 2 a 8 anni) e chi partecipa (comma 2, reclusione da 1 a 5 anni) a rivolte consumate all'interno di un istituto penitenziario, purché realizzate attraverso determinate modalità⁶, che già oggi rilevano per giustificare l'uso della forza da parte del personale dell'istituto penitenziario ai sensi dell'art. 41 l. 354/1975 (o.p.).

La nuova fattispecie incriminatrice, poi, dovrebbe essere accompagnata da diverse circostanze aggravanti legate all'uso delle armi (art. 415-*bis* comma 3 c.p.; reclusione da 3 a 10 anni) e al verificarsi degli eventi di lesione o morte (comma 4), anche immediatamente dopo la rivolta o in conseguenza di essa (comma 5), rispetto alle quali si distingue a seconda del tipo di evento (e non del momento della verifica dello stesso): in caso di lesioni, la pena è aumentata nella misura ordinaria (ossia fino a un terzo *ex art.* 64 comma 1 c.p.), in caso di morte, la cornice edittale diventa da 10 a 20 anni di reclusione.

Peraltro, per effetto del medesimo progetto di legge, in forza del diverso art. 25 d.d.l., tanto il reato di istigazione a disobbedire alle leggi di cui all'art. 415 c.p. (senza distinzione tra l'ipotesi di nuovo conio e quella precedentemente in vigore), quanto il reato di rivolta in istituto penitenziario di cui all'art. 415-*bis* c.p. dovrebbero essere inseriti tra i reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4 bis o.p.

2.3.2. L'art. 19 d.d.l. inserisce, inoltre, una nuova fattispecie incriminatrice disciplinata dal comma 7.1 dell'art. 14 d.lgs. 286/1998 rivolta allo straniero o al cittadino dell'Unione europea che, destinatario di un provvedimento di allontanamento ai sensi degli artt. 20 e 20 *ter* d.lgs. 30/2007, con atti di violenza o minaccia o mediante atti di resistenza anche passiva, posti in essere da tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta, durante il suo trattenimento in un CPR (art. 14 d.lgs. 286/1998, t.u.imm.), in un "hotspot" (art. 10-*ter* t.u.imm.) ovvero durante la permanenza in uno dei centri di cui agli articoli 9 e 11 d.lgs. 142/2015 o in una delle strutture di cui all'art. 1-*sexies* d.l. 416/1989, conv. con modif., dalla l. 39/1990.

Similmente a quanto previsto per l'ipotesi di rivolta all'interno di un istituto penitenziario, la fattispecie distingue tra le condotte dei promotori (punite con una pena da 1 a 6 anni) e dei meri partecipi (punite con la reclusione da 1 a 4 anni) e prevede ulteriori aggravati di pena ove il fatto sia commesso con l'uso di armi (la pena diventa da 2 a 8 anni di reclusione) e qualora nel corso della rivolta, immediatamente dopo o

⁶ In particolare, la disposizione si riferisce ad atti di violenza, minaccia, tentativi di evasione, atti di resistenza (anche passiva) all'esecuzione degli ordini impartiti.

comunque in conseguenza di essa, taluno riporti lesioni personali gravi o gravissime o rimanga ucciso (la pena diventa da 10 a 20 anni di reclusione).

2.3.3. Infine, sono previste quattro nuove aggravanti: due, identiche tra loro, introdotte dall'art. 14 d.d.l. in relazione ai reati di cui agli artt. 336 e 337 c.p. per i casi in cui la violenza, la minaccia o la resistenza sono state poste in essere nei confronti degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza; esse prevedono un aumento di un terzo della pena e non sono soggette al meccanismo di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. (esclusa l'ipotesi in cui ricorra l'attenuante prevista dall'art. 98 c.p.).

Due ulteriori, introdotte dall'art. 16 d.d.l., relative al reato di deturpamento e imbrattamento di cose altrui di cui all'art. 639 c.p.; in particolare, la prima si configura quando il fatto è commesso su beni mobili e immobili adibiti all'esercizio delle funzioni pubbliche con la finalità di ledere l'onore, il prestigio o il decoro dell'istituzione cui il bene appartiene, punita con la reclusione da 6 mesi a 1 anni e 6 mesi e con la multa da 1.000 a 3.000 € (art. 639 comma 2 c.p.); la seconda è una specifica ipotesi di recidiva per la fattispecie aggravata di nuova introduzione, punita con la reclusione da 6 mesi a 3 anni e con la multa fino a 12.000 € (art. 639 comma 3 c.p.).

3. Modifiche a disposizioni esistenti e inasprimenti sanzionatori.

Oltre alle vere e proprie novità poc'anzi ripercorse, il progetto in esame mira a modificare diverse norme esistenti, tanto ampliandone la portata, quanto aumentando le pene attualmente previste, ancora una volta allo scopo di fornire una risposta ad esigenze di maggiore sicurezza e tutela dei cittadini (§3.1) e delle forze dell'ordine (§ 3.2.).

3.1. Una prima modifica riguarda il reato truffa di cui all'art. 640 c.p., in una prospettiva di maggiore repressione e deterrenza del fenomeno delle truffe agli anziani; l'art. 9 d.d.l., infatti, eleva l'ipotesi aggravata di cui all'art. 640 comma 2 n. 2-*bis* c.p. a fattispecie autonoma di reato attraverso l'introduzione di un nuovo comma 3 avente ad oggetto una condotta – l'aver approfittato di una condizione di minorata difesa – sovrapponibile alla citata aggravante, da abrogarsi per effetto del medesimo progetto.

Al contempo è prevista tanto una sanzione più severa (dai 2 ai 6 anni di reclusione e da 700 a 3.000 € di multa), rendendo così applicabile la misura della custodia cautelare in carcere (nel rispetto del disposto di cui all'art. 280 comma 2 c.p.p.), quanto un'ulteriore modifica al codice di rito per fare rientrare la nuova fattispecie incriminatrice tra quelle per le quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

⁷ In merito, il progetto di legge riporta alcuni dati statistici a dimostrazione dell'incremento delle truffe perpetrate ai danni degli anziani; in particolare da 21.480 episodi nel 2020, a 24.338 nel 2021, a 26.630 nel 2022. A tali dati, poi, si aggiungono quelli relativi all'anno scorso, raccolti sino alla data del 31 agosto 2023, da cui risulta, considerando il medesimo periodo dell'anno precedente, un aumento percentuale del + 28,9% (gli anziani vittime di tali comportamenti erano 17.008 nei primi otto mesi del 2022, diventati 21.924 nello stesso periodo del 2023); cfr. sul punto p. 12 della relazione al d.d.l.

Un secondo intervento proposto riguarda, invece, il reato di accattonaggio di cui all'art. 600-*octies* c.p. (art. 13 d.d.l.), attraverso la modifica dell'età dei minori "utilizzati" a tal fine (che aumenterebbe, passando dai 14 anni ai 16 anni), la previsione di una nuova condotta, ossia «*l'induzione all'accattonaggio*» (che si aggiunge alle condotte già penalmente rilevanti di «*avvalersi, permettere, organizzare o favorire*» tale pratica) e l'introduzione di un'aggravante a effetto speciale per l'ipotesi in cui il fatto sia commesso con violenza o minaccia o nei confronti di persona minore degli anni 16 o comunque non imputabile.

3.2. A tutela delle forze dell'ordine, invece, viene in rilievo l'art. 15 d.d.l. volto ad estendere il campo di applicazione dell'art. 583-*quater* c.p., superando l'attuale "limite" per il quale la fattispecie in esame risulta configurabile solo qualora le lesioni si verificano in danno di «*un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive*»; l'intenzione del Legislatore è, infatti, quella di rendere la disposizione operativa per tutte le lesioni cagionate a ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o polizia giudiziaria nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni, comprendendovi altresì le ipotesi di lesioni lievi e lievissime (prima escluse), in analogia con quanto previsto dal medesimo art. 583-*quater* per gli esercenti la professione sanitaria.

Rileva poi l'art. 21 d.d.l. che modifica i reati di cui agli artt. 5 e 6 l. 1409/1956; tali fattispecie puniscono chi non ottempera all'intimazione di fermo o commette atti di resistenza o violenza contro una unità del naviglio della Guardia di finanza, applicando le pene previste dagli artt. 1099 e 1100 cod. nav.⁸, che regolano le ipotesi in cui le medesime condotte sono commesse ai danni di una nave da guerra nazionale. Il progetto mira a realizzare un duplice intervento sulle disposizioni esistenti: sia estendendo i reati di cui agli artt. 5 e 6 l. 1409/1956 al di fuori delle ipotesi di contrasto al contrabbando di tabacchi (le uniche per le quali, allo stato, trovano applicazione), per ricomprendervi tutte le attività di vigilanza che competono a tale forza di polizia, tra cui rientra anche l'attività di prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare (come esplicitato nel corpo della proposta di legge); sia ampliando la portata di tutti e quattro i reati analizzati (artt. 1099, 1100 cod. nav. e artt. 5 e 6 l. 1409/1956) al fine di rendere punibili tali condotte ove commesse dai comandanti di navi straniere.

4. Ulteriori modifiche di rilievo penalistico e non solo.

4.1. In una prospettiva di ulteriore *favor* verso le forze dell'ordine, vengono poi in rilievo gli artt. 20 e 22 d.d.l.: il primo prevede l'autorizzazione nei confronti degli agenti di pubblica sicurezza a portare senza licenza un'arma tra quelle di cui all'art. 73

⁸ Art. 1099 cod. nav. *rifiuto di obbedienza a nave da guerra*: «il comandante della nave, che nei casi previsti nell'articolo 200 non obbedisce all'ordine di una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione fino a due anni»; art. 1100 cod. nav. *resistenza o violenza contro nave da guerra*: «Il comandante o l'ufficiale della nave, che commette atti di resistenza o di violenza contro una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. La pena per coloro che sono concorsi nel reato è ridotta da un terzo alla metà».

comma 1 Regio decreto 635/1940 (e non solo quelle di ordinanza) quando non sono in servizio, estendendo dunque loro una disciplina già prevista per altre categorie (quali il Capo della polizia, i Prefetti, i vice-prefetti ...) e, in concreto, non rendendo più punibili condotte altrimenti penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 699 c.p.

Il secondo, invece, prevede l'estensione della causa di giustificazione per le missioni internazionali disciplinata dall'art. 19 comma 3 l. 145/2016, oltre ai casi già previsti «*di uso di armi, della forza, o altri mezzi di coazione fisica*», anche ai casi di uso «*di apparecchiature, dispositivi, programmi, apparati, strumenti informatici o altri mezzi idonei a commettere taluno dei delitti*» contro l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti, sempre che ciò avvenga in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti.

4.2. Il progetto prevede altresì tre ulteriori modifiche prettamente penalistiche, aventi ad oggetto, in particolare 1) gli artt. 146 e 147 c.p. (art. 12 d.d.l.) al fine di rendere facoltativo il rinvio della pena delle donne incinte e madri di prole fino a 1 anno (parificandole sotto questo punto di vista all'ipotesi di madre di prole di età superiore a 1 anno e inferiore a 3 anni); 2) l'introduzione di una sanzione penale (prima assente) per l'esercente l'attività di noleggio auto che non provvede a registrare i dati del richiedente il servizio nel sistema di comunicazione CaRGOS (art. 2 d.d.l.), in un'ottica di prevenzione al terrorismo; 3) la misura di prevenzione del c.d. DASPO urbano, affiancando alle ipotesi già previste, la possibilità per il Questore di disporre il divieto di accesso alle aree di infrastrutture e pertinenze del trasporto pubblico anche a soggetti denunciati o condannati (anche con sentenza non definitiva) per reati contro la persona o il patrimonio (art. 10 d.d.l.). Parallelamente, peraltro, è prevista la modifica anche dell'art. 165 comma 2 c.p. stabilendo che, in caso di condanna per reato contro la persona o il patrimonio commesso nelle aree e nelle pertinenze dei trasporti pubblici, la sospensione condizionale della pena debba essere subordinata all'osservanza del divieto, imposto dal giudice, di accedere ai luoghi menzionati (con conseguente revoca del beneficio in caso di inottemperanza).

4.3. Sul versante amministrativistico, invece, il progetto prevede, in primo luogo, un duplice intervento sulla disciplina relativa alla revoca della cittadinanza per particolari delitti di cui all'art. 10-*bis* l. 91/1992 (art. 7 d.d.l.), rendendo non applicabile tale sanzione ove il soggetto non abbia o non possa acquisire altra cittadinanza (al fine di evitare situazioni di apolidia) e al contempo estendendo a 10 anni il termine entro il quale poter esercitare la revoca della cittadinanza concessa allo straniero in presenza di condanne definitive per i medesimi reati (in un'ottica di implementazione dell'istituto e tutela della sicurezza nazionale).

In secondo luogo, l'art. 17 è volto ad inasprire le sanzioni amministrative pecuniarie (con contestuale adeguamento dei punti della patente persi) in caso di

inosservanza delle impartizioni dettate dal personale che svolge servizi di polizia stradale di cui all'art. 192 d.lgs. 285/1992⁹.

4.6. Infine, alle modifiche appena ripercorse, si aggiungono diversi interventi volti a:

- adeguare l'ordinamento interno alla normativa europea (direttiva 2013/29/UE) modificando la definizione di articolo pirotecnico contenuta all'art. 2 comma 1 lett. a) d.lgs. 123/2015 (art. 6 d.d.l.);
- estendere le verifiche antimafia di cui all'art. 85 d.gs. 159/2011 a tutte le imprese partecipanti ad un contratto di rete (art. 3 comma 1 lett. a) d.d.l.);
- conferire maggiore flessibilità al Prefetto nella valutazione dell'applicazione dei divieti di cui al comma 1 dell'art. 94 d.lgs. 159/2011 connessi all'applicazione definitiva di una misura di prevenzione personale, dovendo valutare se *“per effetto dei predetti divieti verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia”* e applicando in quanto compatibili le disposizioni dell'art. 94 bis (art. 3 comma 1 lett. b) d.d.l.);
- implementare la tutela dei collaboratori e testimoni di giustizia, con particolare riguardo alla concessione e all'utilizzo dei documenti di copertura e agli immobili locati in uso ai soggetti inseriti nei piani e programmi di protezione e ai testimoni di giustizia, introducendo, al fine di garantire una domiciliazione sicura, la possibilità di utilizzare documenti e creare identità fiscali di copertura (art. 4 d.d.l.);
- razionalizzare e organizzare meglio la gestione dei beni sequestrati e confiscati, predisponendo, tra le altre, ed in particolare, sia una diagnosi immediata circa la natura (abusiva o meno) degli immobili, onde evitare costi (inutili) per lo Stato ai fini del mantenimento degli stessi (art. 5 comma 1 lett. a) d.d.l.); sia il divieto, a seguito di confisca definitiva, di prestare attività lavorativa per l'azienda confiscata tanto per i parenti, coniugi affini o conviventi con il destinatario della confisca, quanto per coloro che sono stati condannati anche con sentenza non definitiva per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. (introducendo una risoluzione *ex lege* dei relativi contratti di lavoro, art. 5 comma 1 lett. f) d.d.l.); sia una modifica del momento di iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento di sequestro (non entro il giorno successivo del deposito in cancelleria dello stesso, bensì entro il giorno successivo all'esecuzione del provvedimento da iscrivere, art. 5 comma 1 lett. h) d.d.l.);
- potenziare l'attività degli organismi di informazione per la sicurezza e per il contrasto del terrorismo internazionale (art. 23 d.d.l.)

⁹ In particolare le sanzioni aumenterebbero con le seguenti cornici: tra i 200 e i 600 € in caso di inosservanza dell'invito a fermarsi; dai 100 ai 400 € per violazione degli obblighi di cui ai commi 2, 3 e 5; da 1.500 a 6.000 € per inosservanza delle disposizioni relative ai c.d. posti di blocco (comma 4), ove non si configuri un reato (in quest'ultima ipotesi concorre altresì la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da 3 mesi a 1 anno).

5. Nella consapevolezza che il progetto appena esaminato è ancora agli inizi dell'iter legislativo e, dunque, è suscettibile anche di profonde modifiche, paiono doverose alcune brevi considerazioni.

Come si è avuto modo di vedere, il disegno di legge n. 1660/C aspira ad apportare diverse modifiche, per lo più di stampo penalistico in una prospettiva, lo si ribadisce, securitaria¹⁰. Quasi tutti gli interventi, infatti, comportano l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, l'ampliamento di ipotesi esistenti, la definizione di nuove circostanze aggravanti e, al contempo, sono motivati nel corpo dello stesso progetto di legge dall'intenzione di porre un freno a forme di criminalità ritenute di particolare allarme sociale.

Per quanto non sia possibile in questa sede vagliare in maniera compiuta se siano fondate o meno le esigenze di sicurezza sottese al progetto in esame – tale indagine, infatti, richiederebbe ben più approfonditi studi statistico-criminologici –, ci si limita a sottolineare come spesso vi sia una discrasia tra la realtà dei fatti e la percezione del fenomeno¹¹; invero, la società contemporanea, pur essendo tra le più sicure mai esistite, è caratterizzata da un costante e crescente senso di insicurezza collettivo: tanto gli sviluppi tecnologici e scientifici, quanto l'aumento di attenzione per il rischio (che continua a crescere e risulta di fatto ineliminabile) portano al paradosso per cui, ad un contesto di maggiore e crescente sicurezza effettiva¹², si contrappone un costante e sempre più forte bisogno di certezza e rassicurazione, creando così un meccanismo vizioso per cui proprio la società che garantisce sicurezza genera, allo stesso tempo, un senso di insicurezza diffuso¹³.

Ciò considerato, volgendo nuovamente lo sguardo al disegno di legge in esame, dalla lettura dello stesso emerge, da una parte, come siano state inserite modifiche che, in realtà, esulano dalla finalità securitaria più volte reclamata¹⁴; dall'altra, come il

¹⁰ Già indicativo sul punto il fatto che il termine "sicurezza" nel testo del progetto di legge compaia per ben 146 volte.

¹¹ Cfr. sul punto R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Arch. pen. web*, 1/2019; R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, Milano, 2018; per una più rudimentale analisi in tal senso, limitata al solo istituto della legittima difesa domiciliare, sia consentito il rimando a L. ROSSI, *La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità*, in questa *Rivista*, 1° marzo 2021. Sul punto, v. anche il rapporto di ricerca elaborato di concerto dal Ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicurezza ed Eurispes, *La criminalità tra realtà e percezione*, maggio 2023, consultabile online sul sito www.interno.gov.it.

¹² Si veda, sul punto, a mero titolo esemplificativo, ancorché non esaustivo (dal momento che la diminuzione delle denunce non comporta necessariamente la diminuzione dei reati), il rapporto Censis 2022 da cui risulta come dal 2012 al 2021 vi sia stata una diminuzione del 25,4% dei reati denunciati (nel 2012 pari a 2.818.834, nel 2021 pari a 2.104.114); cfr. in tal senso anche www.istat.it dove è possibile confrontare i dati in tempo reale e da cui risulta che i delitti denunciati alle forze dell'ordine sono passati da 2.771.490 nel 2006 a 2.225.777 nel 2022.

¹³ Il concetto, qui semplificato, è debitamente approfondito da R. BIANCHETTI in *La paura del crimine*, cit., pp. 157-166, a cui si rinvia.

¹⁴ Si pensi, ad esempio, al trattamento peggiorativo riservato alle donne incinte e alle madri di prole inferiore ad 1 anno attraverso la proposta modifica degli artt. 146 e 147 c.p., difficilmente "giustificabile" all'interno di un progetto sicurezza a meno di non ritenere che ogni modifica del sistema penale indirizzata

progetto presenti alcune incongruenze e criticità¹⁵; dall'altra, ancora, come l'intero disegno muova dall'assunto per il quale la sicurezza (nazionale, urbana e delle forze dell'ordine) sia e debba essere tutelata *punendo di più e punendo più severamente*.

Ebbene, nonostante non vi siano elementi da cui desumere che, a fronte di una criminalità crescente, l'ampliamento del penalmente rilevante e l'aumento delle sanzioni possa esercitare una qualche efficacia deterrente e, anzi, autorevolissima dottrina si sia espressa apertamente in merito evidenziando l'inutilità a tal fine degli inasprimenti sanzionatori¹⁶, non è la prima volta che il Legislatore decide di *punire di più* per arginare (vere o ritenute tali) situazioni emergenziali.

La prospettiva punitiva adottata anche nel progetto di legge in commento, a ben vedere, è comune ad una lunga serie di interventi normativi realizzati negli ultimi anni¹⁷ e caratterizzati dalla strumentalizzazione di paure e ansie diffuse; una prassi che contribuisce a creare un senso di insicurezza generale e permette di ottenere in cambio il consenso dei cittadini alla realizzazione di interventi sempre più emergenziali, preventivi, repressivi e, in definitiva, riduttivi delle garanzie costituzionali. L'idea alla base delle varie novelle legislative, comune anche al progetto in esame, è sempre la stessa: la necessità di garantire alcuni diritti, ritenuti prioritari, tra cui, in particolare, la sicurezza collettiva; tuttavia, non può sfuggire come ogni politica di sicurezza costituisca "un'arma a doppio taglio" dal momento che per ogni concessione realizzata a favore di alcuni, saranno inevitabilmente previste nuove restrizioni a discapito dei diritti fondamentali di altri¹⁸.

all'inasprimento del trattamento sanzionatorio del reo (anche in termini di modalità di esecuzione della pena) possa essere inteso come a favore della sicurezza collettiva; così ancora si pensi alle modifiche in punto di sostegno e gestione dei mutui concessi in aiuto alle vittime dell'usura; così, pure, si considerino i diversi interventi in generale riconducibili ad un tentativo di ampliamento delle possibilità di accedere ad attività lavorative durante l'esecuzione della pena.

¹⁵ Per quanto, lo si ribadisce, il progetto debba ancora essere sottoposto al vaglio tanto della Camera dei Deputati, quanto del Senato della Repubblica e, dunque, tali profili possano essere ampiamente modificati, si noti, a mero titolo esemplificativo, come la condotta di rivolta aggravata dal verificarsi delle lesioni all'interno di un CPR, *hotspot* o negli altri centri e luoghi di assistenza indicati, dovrebbe essere punita con la reclusione da 10 a 20 anni: un'irragionevole differenziazione rispetto ai casi in cui il medesimo fatto si verifica in un istituto penitenziario e, al contempo, un'irragionevole parificazione rispetto all'ipotesi in cui nei predetti luoghi e sempre in occasione di una rivolta, si verifichi (il ben più grave) evento morte.

¹⁶ In tal senso F. PALAZZO, *Audizione del 19 settembre 2018, Senato della Repubblica, Commissione II Giustizia*; sul punto v. anche G. FLORA, *Il diritto penale del contratto (di Governo)*, in *DisCrimen*, 22 novembre 2018.

¹⁷ Si pensi ai plurimi interventi realizzati negli ultimi anni, con nomi simili ("decreto immigrazione-sicurezza", "decreto sicurezza"), ricorrendo allo strumento del decreto-legge, quali il d.l. 130/2022, conv. con modif. in l. 173/2020 (v. G. MENTASTI, [Il decreto 'immigrazione-sicurezza' \(d.l. n. 130/2020\) diventa legge \(l. 18 dicembre 2020, n. 173\): le novità introdotte in sede di conversione](#), in questa *Rivista*, 15 gennaio 2021; G. MENTASTI, [L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' \(d.l. 21 ottobre 2020, n. 130\): modifiche al codice penale e altre novità](#), in questa *Rivista*, 23 ottobre 2020), d.l. 53/2019, conv. con modif. in l. 77/2019 (v. S. ZIRULIA, [Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2019), d.l. 113/2018 conv. con modif. in l. 132/2018 (v. G. MENTASTI, [Decreto-sicurezza: i profili penalistici](#), in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2018).

¹⁸ In tal senso E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli Editore, Roma, 2019, pp. 12-13.

Cionondimeno, negli ultimi anni si è assistito ad una costante espansione del diritto penale, sempre più concepito come strumento di «igiene sociale» che «spazza via il reo»¹⁹, una tendenza talmente diffusa che oltreoceano è stata coniata l'espressione *governing through crime*²⁰. E d'altronde, la paura e l'insicurezza pagano, soprattutto quando si interviene attraverso il diritto penale, sia perché gli interventi sono "a costo zero" (o quasi, come nel caso di specie)²¹, sia perché esso è in grado di trasmettere messaggi forti e ad alto impatto (attraverso *slogan* di immediata comprensione per tutti), fornendo un riscontro immediato alle insicurezze collettive, dando sfogo ai sentimenti popolari di vendetta e retribuzione (profondamente radicati nella società contemporanea e infiammati dai media) e, in definitiva, trasmettendo il messaggio rincuorante che «*per fortuna qualcuno sta facendo subito qualcosa*²²».

Criticità, quelle delineate, che non afferiscono al ricorso alla pena in generale, in alcuni casi necessario e doveroso, né tantomeno ambiscono a delegittimare le scelte di intervenire per soddisfare sentimenti di insicurezza collettivi attraverso il diritto penale – posto che, entro certi limiti, si ritiene possano essere meritevoli di ascolto e soddisfazione²³ –, bensì esclusivamente a ricordare, ancora una volta, il ruolo di *extram ratio* di tale (così afflittivo) strumento di cui dispone il Legislatore, nella speranza che ciò possa portare ad un uso più parsimonioso dello stesso, maggiormente in linea con quanto previsto dalla Carta costituzionale.

¹⁹ In tal senso G. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *DisCrimen*, 3 giugno 2019, p. 17.

²⁰ Con tale espressione si descrive l'agere di quelle fazioni politiche che utilizzano lo strumento penalistico come primo mezzo per assicurare la governabilità dello Stato; v. sul punto E. AMODIO., *A furor di popolo*, cit., p. 13.

²¹ È lo stesso progetto di legge a dircelo all'art. 29 d.d.l. dove è indicata "la neutralità finanziaria del provvedimento", eccezione fatta per quanto previsto dall'art. 27 d.d.l.; sul punto v. anche D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritti. Quale ruolo per il diritto penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2019, pp. 1550-1551.

²² In tal senso, v. A. CERETTI, R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2019, pp. 1483-1486.

²³ Sul rilievo da attribuire alle *Kulturnormen* e sull'importanza che il diritto penale sia, entro limiti ragionevoli, espressione del sentimento popolare e delle esigenze percepite dalla cittadinanza, v. l'analisi – che si condivide – svolta da A. CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1396 e ss.

**LA CORTE DEI CONTI SOLLEVA
UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
RELATIVA AL C.D. “SCUDO ERARIALE”:
LA CONSULTA CHIAMATA DI NUOVO A PRONUNCIARSI
SUL “DECRETO SEMPLIFICAZIONI”**

Corte dei conti, sez. giur. reg. Campania, ord. 16 novembre 2023 (dep. 18 dicembre 2023), n. 228, Pres. Oricchio, Est. Corrado

di Cecilia Pagella

1. Con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120 (noto come «decreto-semplificazioni»), il legislatore ha limitato la responsabilità penale ed erariale dei funzionari pubblici, per combattere l’inerzia nell’attività amministrativa e favorire così la ripresa del Paese dopo la pandemia da Covid-19. In particolare, con riguardo alla responsabilità penale, il legislatore ha ristretto l’ambito applicativo della fattispecie di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.), escludendo la rilevanza delle condotte tenute in violazione di regolamenti, di norme di principio e di norme non vincolanti (art. 23 del “decreto semplificazioni”). Sul versante contabile, il d.l. n. 76/2020 ha introdotto il c.d. scudo erariale, al fine di schermare, limitatamente al periodo di emergenza, la responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici per i danni cagionati alla Pubblica Amministrazione a seguito di condotte attive connotate da colpa grave. L’esclusione dalla responsabilità contabile non ha riguardato, invece, i comportamenti consistenti in inerzie od omissioni (art. 21 del “decreto semplificazioni”). Sempre nell’ambito dello stesso intervento legislativo, si è messo mano, altresì, all’art. 1 l. n. 14 gennaio 1994, n. 20 (recante Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), stabilendo che “la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”, aderendo così a quell’orientamento giurisprudenziale che accomuna il dolo erariale al dolo penale, anziché al dolo contrattuale (per il quale sarebbe sufficiente la volontaria trasgressione dei doveri d’ufficio)¹.

Numerose voci provenienti dalla magistratura e dalla dottrina hanno denunciato fin da subito l’inopportunità politico-criminale della scelta di mandare esenti da responsabilità penale forme gravi di abuso della pubblica funzione, magari annidate tra

¹ A. CANALE, *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, 2019, p. 88. Osserva come il confine tra colpa e dolo contrattuale sia labile L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente “spuntata”*. *Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “decreto semplificazioni”)*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, p. 6.

le maglie della discrezionalità tecnica, politica o amministrativa². Parimenti, si è sottolineato come l'incoraggiamento a fare, magari superficialmente e maldestramente, piuttosto che a non fare, rischiando di risponderne, sia suscettibile di dar luogo a conseguenze negative per il buon andamento e la legalità dell'azione amministrativa³. D'altra parte, le modifiche penalistiche introdotte con il d.l. Semplificazioni hanno già avuto modo di essere sottoposte al vaglio della Consulta. Con ordinanza del 6 novembre 2020, il Tribunale di Catanzaro ha infatti sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 del "decreto semplificazioni", argomentando – per quanto qui di interesse – che l'*abolitio criminis* parziale dell'abuso d'ufficio compromette il buon andamento della P.A. (in quanto lascia impunte gravi forme di strumentalizzazione della funzione), nonché il principio di eguaglianza (per l'indebita equiparazione degli amministratori pubblici che gestiscono il patrimonio collettivo ai privati che dispongono dei propri beni). La Corte costituzionale, con sentenza n. 8 del 25 novembre 2021 (dep. 18 gennaio 2022), ha tuttavia ritenuto inammissibile – per quanto attiene alle censure relative agli artt. 3 e 97 Cost. – la questione sottoposta, poiché una pronuncia di accoglimento, comportando la riespansione della fattispecie incriminatrice, avrebbe prodotto effetti *in malam partem*⁴.

Con l'ordinanza di rimessione che qui commentiamo brevemente, la Corte dei conti chiede alla Consulta di tornare a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del decreto semplificazioni, stavolta nella parte che riguarda l'esclusione della responsabilità erariale per i danni cagionati da condotte attive gravemente colpose. In particolare, il rimettente censura l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 per violazione dei principi di buon andamento (art. 97 Cost.), responsabilità dei funzionari per i danni cagionati allo Stato nell'esercizio delle loro funzioni (art. 28 Cost.), giurisdizione della Corte dei conti sui medesimi fatti (art. 103 Cost.), efficienza (art. 97 Cost.), equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), eguaglianza (art. 3 Cost.).

2. Partiamo, come di consueto, dalla ricostruzione dei fatti dai quali ha preso origine il giudizio. T., cassiere presso il Comando Legione Carabinieri Campania, è stato ritenuto responsabile dell'emissione, nel periodo compreso tra il 7 maggio 2020 e il 20 gennaio 2021, di 78 assegni non autorizzati, attraverso i quali aveva sottratto ai conti correnti della Legione quasi due milioni e mezzo di euro, poi depositati su un conto corrente personale acceso presso un ufficio postale di Napoli. La somma sottratta da T. all'ente di appartenenza, ammontante a euro 2.413.150,00, rappresentava, dunque, un danno erariale di cui il cassiere era chiamato a rispondere, a titolo di dolo, di fronte alla Corte dei conti (oltre che, come si evince dall'ordinanza, di fronte al giudice penale).

² Per tutti, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale*, fasc. 7-8/2020.

³ G.L. GATTA, [Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' \(e la riserva di legge?\)](#), in questa *Rivista*, 20 luglio 2020.

⁴ M.C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale* in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1/2022, pp. 120-128 e C. PAGELLA, *La riforma del delitto di abuso d'ufficio passa, indenne, al vaglio della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 3/2022, p. 575 ss.

In un Ente amministrativo quale il Comando Legione Carabinieri, la compilazione degli assegni spetta al cassiere. Il Testo unico delle disposizioni in materia di ordinamento militare (T.U.O.M.) prevede, però, che gravi sul Capo sezione gestione finanziaria (C.G.F.) e sul Capo servizio amministrativo (C.S.A.) un dovere di controllo in ordine alla regolarità contabile: questi sono tenuti a verificare che l'emissione di ogni assegno trovi giustificazione in un ordine di pagamento regolarmente formato. L'assegno, poi, deve recare la firma, oltre che del cassiere, di almeno uno tra il C.G.F. e il C.S.A. La Procura riteneva sussistente la responsabilità per colpa grave a carico di diversi soggetti succedutisi, nel periodo in cui gli assegni venivano illecitamente emessi, nelle posizioni di Capo sezione gestione finanziaria e Capo servizio amministrativo. In particolare, distinguendo tra: *a)* i soggetti responsabili per aver posto in essere una condotta omissiva, consistente nel mancato esercizio del controllo sulla corretta formazione e contabilizzazione di un ordine di pagamento giustificativo dell'assegno emesso dal cassiere e *b)* le persone che avevano apposto la firma sugli assegni ingiustificati emessi dal cassiere, realizzando, quindi, una condotta commissiva.

3. Il Pubblico Ministero ha rilevato come l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. "decreto semplificazioni") ha previsto una limitazione della responsabilità erariale per i danni cagionati dai funzionari alla P.A. alle sole condotte realizzate con dolo (di condotta e di danno), espressamente stabilendo che tale limitazione non si applica alle ipotesi in cui il danno erariale sia stato cagionato da omissione o inerzia. In altre parole, rimangono sanzionabili a titolo di responsabilità erariale le condotte attive dolose e le omissioni dolose e gravemente colpose. Si tratta del c.d. "scudo erariale", originariamente destinato ad applicarsi ai fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto (17 luglio 2020) fino al 31 luglio 2021, poi esteso fino al 30 giugno 2024 e, da ultimo, al 31 dicembre 2024. Tra le condotte gravemente colpose contestate ai soggetti succedutesi nelle posizioni di C.G.F. e di C.S.A., la Procura distingueva – lo ribadiamo – tra condotte attive consistenti nell'apposizione di firme sugli assegni, e condotte omissive consistenti nell'omesso controllo della regolarità contabile. Molte delle firme apposte sugli assegni erano successive al 16 luglio 2020, data di entrata in vigore del decreto semplificazioni, dovendo, quindi, essere ritenute irrilevanti sul piano della responsabilità amministrativo-contabile. Rimanevano, viceversa, sanzionabili gli autori delle medesime condotte attive realizzate prima di quella data, nonché tutti coloro che avessero posto in essere – in qualsiasi momento – comportamenti consistenti nella violazione degli obblighi di controllo (dunque, condotte omissive).

Secondo il Pubblico Ministero, l'applicazione della nuova disposizione dà luogo a una disparità di trattamento irragionevole, in quanto priva di qualsiasi valida giustificazione e incoerente rispetto alla stessa *ratio* che la novella legislativa intendeva perseguire (quella di velocizzazione ed efficientamento dell'attività amministrativa). Questi chiedeva, dunque, alla Corte dei conti di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120, per contrasto con gli artt. 103, 97, 28, 81 e 3 della Costituzione. Il Collegio della Corte ha quindi accolto la richiesta.

4. Con l'ordinanza di rimessione in esame, la Corte dei conti illustra, in primo luogo, la disciplina della responsabilità erariale, distinguendo tra la responsabilità che il funzionario assume nei confronti della P.A. per i danni a questa direttamente causati (c.d. responsabilità erariale diretta) e l'obbligo, gravante sull'amministratore o dipendente pubblico, di rispondere di fronte all'amministrazione del danno da questa subito per aver dovuto risarcire un terzo del pregiudizio cagionatogli dal funzionario tramite la violazione dei propri obblighi di servizio (c.d. responsabilità erariale indiretta). Quanto a quest'ultima, è forse utile precisare che la legge consente al privato danneggiato dalla condotta del funzionario pubblico di rivolgersi indifferentemente a questo oppure all'amministrazione, la quale potrà in seguito, a sua volta, rivalersi sul funzionario per il risarcimento eventualmente corrisposto al privato. Tanto la responsabilità erariale diretta quanto quella indiretta trovano copertura costituzionale nell'art. 28 Cost., c. 1 Cost., che sancisce che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti».

La responsabilità erariale diretta era originariamente disciplinata nell'art. 82, c. 1, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e nel successivo art. 18 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, che non facevano distinzioni in punto di elemento soggettivo, obbligando i funzionari a risarcire le amministrazioni di tutti i danni da queste subiti in conseguenza della violazione dei loro obblighi di servizio. La responsabilità indiretta era invece contemplata dall'art. 22 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, che prescriveva al dipendente o amministratore pubblico il ristoro dei danni subiti dall'amministrazione per effetto del risarcimento accordato al terzo, stabilendo tuttavia che la responsabilità del funzionario nei confronti del terzo sarebbe sorta solo in conseguenza di un'azione od omissione dolosa o gravemente colposa. Inizialmente, dunque, la legge distingueva tra responsabilità diretta e indiretta, prevedendo solo per la seconda una limitazione in ragione dell'elemento soggettivo. La situazione è mutata in seguito all'introduzione dell'art. 3, c. 1, lett. a), d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, di modifica dell'art. 1, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, col quale il legislatore ha stabilito che anche la responsabilità diretta del funzionario nei confronti della P.A. è limitata ai fatti posti in essere con dolo o colpa grave. Su quest'ultima limitazione di responsabilità in ragione dell'elemento soggettivo si è espressa la Corte costituzionale⁵, la quale ha ritenuto che la disposizione di cui alla legge del '94 rispondesse allo scopo legittimo di «determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, *la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo* (corsivi nostri)».

Su tale quadro ordinamentale si è inserito l'art. 21, c. 2, d.l. 76/2020, prevedendo che per il periodo che va dall'entrata in vigore del decreto fino al 31 dicembre 2024, la responsabilità erariale (tanto diretta quanto indiretta) sia limitata alle condotte attive

⁵ C. cost, sent. 11 novembre 1998, dep. 20 novembre 1998, n. 371.

realizzate con dolo e alle condotte omissive realizzate con dolo o colpa grave. È sulla compatibilità costituzionale di tale ulteriore limitazione della responsabilità con gli artt. 103, 97, 28, 81 e 3 della Costituzione che la Corte dei conti nutre alcuni dubbi, compendiate nell'ordinanza di rimessione in commento e che illustriamo, sinteticamente, di seguito.

5. Se bastano poche righe per motivare circa la rilevanza della questione – una pronuncia di illegittimità costituzionale che travolgesse l'art. 21 del decreto semplificazioni avrebbe, infatti, l'effetto di ripristinare la rilevanza delle condotte commissive realizzate con colpa grave a partire dal 16 luglio 2020 e fino al 31 dicembre 2024 –, più articolare sono le ragioni a sostegno della non manifesta infondatezza.

6. In punto di violazione dell'art. 103 Cost., il rimettente ricorda innanzitutto come la limitazione della responsabilità erariale diretta dei funzionari pubblici alle sole condotte dolose o gravemente colpose, realizzata con legge n. 543/1996, sia stata ritenuta legittima dalla Consulta, la quale, con sent. n. 371/1998, ha affermato che essa dava luogo a una ripartizione del rischio derivante dall'attività amministrativa equilibrata, tale da responsabilizzare i funzionari senza tuttavia opprimerli e quindi frenarli. Un'ulteriore limitazione della responsabilità in ragione dell'elemento soggettivo è stata, viceversa, ritenuta irragionevole dalla Corte, la quale, con sent. n. 340/2021, ha dichiarato incostituzionale, per violazione dell'art. 103 Cost., una legge della provincia autonoma di Bolzano che tipizzava le ipotesi di colpa grave restringendo, di fatto, l'ambito della responsabilità colposa. Si noti fin d'ora che la legge della provincia autonoma di Bolzano aveva portata generale, limitando la responsabilità colposa di tutto il personale della provincia e degli enti provinciali. Generale risulta anche – ad avviso del giudice *a quo* – la portata applicativa dell'art. 21 del decreto semplificazioni. Lo “scudo” alla responsabilità per colpa grave nelle condotte commissive è stato introdotto, infatti, nel contesto pandemico, per esigenze di efficientamento dell'agire amministrativo, quest'ultimo ingolfato – a dire del legislatore – in ragione della paura della firma suscitata nei funzionari dalla responsabilità erariale. La portata applicativa dello “scudo” non è stata tuttavia limitata all'attività inerente alla gestione dell'emergenza Covid, o comunque a quella che avrebbe consentito un rilancio dell'economia: al contrario, il decreto semplificazioni si applica a tutti i funzionari, qualsiasi sia l'attività in cui essi sono impegnati. L'introduzione di uno “scudo erariale” – secondo il rimettente – è dunque irragionevole per diversi motivi: *a)* innanzitutto, perché ridisegna il sistema delle responsabilità, punendo la mancata attivazione di un controllo più gravemente di quanto non punisca l'illecito al cui impedimento il controllo era preordinato; *b)* *in secundis*, perché la limitazione della responsabilità non riguarda la sola attività provvedimentale ma anche quella materiale (es. la rottura di un macchinario o il danneggiamento di un'auto di servizio); *c)* l'esenzione riguarda quindi indistintamente la responsabilità diretta e quella indiretta, tradizionalmente assoggettate a regimi diversi (fino al 1996 – lo abbiamo visto – la responsabilità indiretta era limitata alle condotte commesse con dolo o colpa grave, mentre nessun limite in ragione della rimproverabilità soggettiva era previsto per la responsabilità diretta); *d)* infine, la portata applicativa

generale della novella la rende altresì sproporzionata e inconferente rispetto all'obiettivo di efficientamento dell'azione amministrativa: il decreto semplificazioni realizza, infatti, una rottura del binomio potere-responsabilità in ogni ambito dell'agire amministrativo. Ne consegue, secondo il giudice *a quo*, una violazione dell'art. 103 Cost., in quanto il legislatore ha sottratto alla giurisdizione della Corte dei conti l'accertamento della responsabilità con riguardo a tutte le condotte attive caratterizzate da colpa grave, realizzate tra il 17 luglio 2020 e il 31 dicembre 2024.

7. Dai profili di irragionevolezza evidenziati dalla Corte dei conti in relazione all'art. 103 Cost. discende altresì un contrasto con i principi di buon andamento e di imparzialità della Pubblica Amministrazione (97, c. 2 Cost.). A questo proposito, il rimettente fornisce una propria definizione di buon andamento, inteso sia come legalità dell'agire amministrativo sia come efficienza e adeguatezza agli obiettivi perseguiti, affermando che l'articolo del d.l. semplificazioni oggetto di censura sarebbe irragionevole e arbitrario rispetto allo scopo di assicurare proprio il buon andamento: mandando esenti da responsabilità i funzionari la cui condotta gravemente colposa abbia cagionato un danno all'amministrazione, la norma promuoverebbe comportamenti ispirati a trascuratezza e superficialità, tanto al momento della formazione dei funzionari quanto al momento, successivo, dell'assunzione di scelte e dell'adozione di provvedimenti da parte loro. Le censure di irragionevolezza formulate dalla Corte non possono essere neutralizzate dal carattere emergenziale e straordinario della norma: *in primis*, perché la norma non ha affatto tale carattere, essendo destinata ad applicarsi a tutti i funzionari e per un periodo di tempo più ampio rispetto a quello interessato dalla pandemia; in secondo luogo, perché la necessità di far fronte all'emergenza sanitaria avrebbe dovuto suggerire l'assunzione di scelte non frettolose bensì, al contrario, particolarmente oculate.

8. Dalla asserita violazione dell'art. 97, c. 2 Cost. discende, nella prospettiva del giudice *a quo*, anche il contrasto con ulteriori principi: si tratta, in particolare, del principio di efficienza (inteso come endiadi del buon andamento) e del principio di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, sancito dal primo comma dell'art. 97, nonché dall'art. 81 della Costituzione. "Efficienza" dell'amministrazione significa regolarità e continuità della sua azione, correttezza del suo funzionamento e razionale organizzazione dei suoi uffici; la sottrazione di risorse all'amministrazione – generata dai comportamenti illeciti – non può che produrre inefficienza, che si aggrava perché l'amministrazione non ha modo, a causa dell'esclusione di ogni forma di responsabilità, di recuperare i beni di cui è stata privata. La dispersione delle risorse pubbliche o il loro utilizzo non meditato non avrebbero potuto essere giustificati nemmeno qualora lo "scudo erariale" avesse avuto un ambito applicativo limitato alle condotte volte a far fronte alle conseguenze negative della pandemia: circostanza che, ad ogni modo – come la Corte ha avuto modo di sottolineare più volte – non si verifica.

9. La violazione del principio di buon andamento comporta, altresì, il contrasto con l'art. 28 Cost., il quale stabilisce che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti

pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti⁶. A questo proposito, la Corte dei conti osserva che, se è consentito al legislatore perimetrare la responsabilità dei funzionari, non gli è però concesso escluderla per tutte le condotte colpose, che contribuiscono significativamente al deficit dei bilanci pubblici. Il rimettente osserva inoltre, per quanto riguarda la responsabilità erariale indiretta, che, alla luce delle modifiche legislative oggetto di censura, l'amministrazione risponderà nei confronti del privato alla luce delle normali regole civilistiche del dolo e della colpa, ma non avrà la possibilità di rivalersi sul funzionario se non nei limiti in cui la sua condotta sia stata volontaria: il che comporta un sensibile aggravio per le finanze pubbliche e deresponsabilizza fortemente i dipendenti e gli amministratori.

10. Il giudice *a quo* rileva, infine, come lo “scudo erariale” violi il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. sotto plurimi profili. *a)* Il primo: le medesime condotte gravemente colpose (consistite, nel caso di specie, nell'apposizione della firma sugli assegni privi di titolo giustificativo) sono foriere di responsabilità erariale se commesse prima del 16 luglio 2020, mentre non comportano alcuna conseguenza in capo ai loro autori se realizzate dopo quella data. La decisione di esimere dalla responsabilità una condotta a partire da un dato momento rientra nella discrezionalità del legislatore, ma non può essere irragionevole. Nel caso di specie, la *ratio* della differenziazione consisteva, nelle intenzioni del legislatore, nell'esigenza di approntare una pronta risposta all'emergenza Covid, per sopperire alle esigenze di celerità ed efficienza della P.A. manifestatesi nel periodo pandemico: sarebbe così giustificato il trattamento di maggior favore riservato a quanti si trovassero a operare in quel contesto. Tuttavia, la disposizione del decreto semplificazioni oggetto della questione qui esaminata trova applicazione nei confronti di fatti commessi ben oltre il termine della pandemia, e per motivi che nulla hanno a che vedere col superamento delle conseguenze negative da questa innescate. *b)* Il secondo profilo di contrasto con il principio di eguaglianza consiste nell'irragionevole diversità di trattamento tra chi abbia firmato gli assegni (condotta attiva, irrilevante dopo il 17 luglio 2020) e chi abbia ommesso i controlli (condotta omissiva che rimane comunque rilevante ai fini contabili). A detta del rimettente, è infatti arbitrario trattare in modo meno severo chi commette un'irregolarità piuttosto di chi ometta i controlli volti a individuare quella irregolarità, soprattutto considerando che entrambe le condotte concorrono ugualmente a cagionare un danno alla P.A. *c)* Infine, l'art. 21 del decreto semplificazioni accresce il divario tra i lavoratori privati e quelli pubblici (questi ultimi, già prima del 2020 ritenuti irresponsabili per

⁶ Valorizza il nesso tra responsabilità ed efficienza L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002, sottolineando peraltro come, perché la responsabilità risulti funzionale al buon andamento, occorre individuare un punto di equilibrio nella ripartizione di questa tra funzionario e amministrazione tale da far sì che la responsabilità rappresenti, per il funzionario, ragione di stimolo piuttosto che disincentivo all'azione (p. 305). Giunge ad un'affermazione simile avvalendosi dell'analisi economica del diritto A. PIAZZA, *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1994.

condotte solo lievemente colpose), e penalizza, di conseguenza, il datore di lavoro pubblico rispetto a quello privato.

11. Con il “decreto semplificazioni” il legislatore del 2020 è intervenuto, restringendola, sulla disciplina della responsabilità erariale degli amministratori e dipendenti pubblici, nonché sul delitto di abuso d’ufficio. Quanto alla responsabilità erariale, essa è stata limitata, per il periodo compreso tra il 17 luglio 2020 e il 31 dicembre 2024, alle condotte attive poste in essere con dolo, escludendo, quindi, la rilevanza delle azioni connotate da colpa, anche se grave. Il legislatore ha invece espressamente escluso dall’ambito applicativo dello scudo le condotte omissive, che conservano, quindi, rilevanza a titolo amministrativo-contabile ogniqualvolta realizzate con dolo o colpa grave. Per ciò che attiene all’art. 323 c.p., si è provveduto a una parziale *abolitio criminis*, escludendo la rilevanza penale delle condotte (attive e omissive) poste in essere in violazione di regolamenti, di disposizioni di principio e di norme che lascino al destinatario margini di discrezionalità. La novella perseguiva il dichiarato scopo di combattere l’inazione dei funzionari pubblici attraverso un allentamento delle responsabilità che contribuisse ad attenuare la c.d. “paura della firma”. L’obiettivo finale del legislatore era l’efficientamento della P.A., che avrebbe dovuto contribuire al rilancio dell’economia, stagnante a causa delle restrizioni imposte dalla pandemia. Il legislatore ambiva quindi a promuovere il buon andamento della Pubblica Amministrazione, che interpretava come velocizzazione e sburocratizzazione, ritenendo, evidentemente, che un pubblico funzionario che esiti ad assumere decisioni per paura di incorrere in responsabilità danneggi la P.A. più di quanto non possa fare un amministratore che – sentendosi al sicuro rispetto a ogni forma di responsabilità – agisca superficialmente e incautamente, finendo per assumere decisioni errate. In altre parole, ci pare che le scelte legislative in esame sottendano un ragionamento che può essere sintetizzato nei termini che seguono: un funzionario intimorito dalla c.d. paura della firma esiterà nell’assunzione di ogni scelta che comporti un margine, anche minimo, di rischio di incorrere in responsabilità; tra le decisioni che avrà mancato di assumere, ve ne saranno senza dubbio alcune che si sarebbero rivelate utili per la P.A. Viceversa, il dipendente o amministratore pubblico che si senta al sicuro rispetto al controllo della magistratura – contabile o penale – assumerà numerose decisioni senza probabilmente soffermarsi a soppesare con cura rischi e benefici, finendo dunque per compiere alcune scelte che si riveleranno scorrette. Nell’ottica del legislatore – chiamato ad agire “in emergenza” per contrastare gli effetti nefasti della pandemia, ma da tempo consapevole dell’“effetto di congelamento”⁷ prodotto sulla Pubblica Amministrazione dall’intervento pervasivo della magistratura – le mancate decisioni utili danneggerebbero la P.A. più di quanto non facciano le scelte errate (nonché, per quanto riguarda l’abuso d’ufficio, gli abusi veri e propri).

⁷ Per la rilevanza del *chilling effect* nell’ambito del giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020. Per quanto riguarda l’effetto di congelamento cagionato dall’incriminazione dell’abuso d’ufficio v. p. 275.

12. In definitiva, la limitazione della responsabilità erariale alle sole condotte attive connotate da dolo e alle omissioni persegue lo scopo di garantire il buon andamento della P.A. (art. 97, c. 2 c.p.). Secondo l'opinione del rimettente, invece, l'allentamento delle responsabilità produce alcuni "effetti collaterali" non tollerabili. 1) *In primis*, la scelta legislativa, anziché promuovere il buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), lo comprometterebbe, perché avrebbe l'effetto di incoraggiare i funzionari ad assumere scelte affrettate e dunque (almeno in alcuni casi) errate; 2) l'incuria dei funzionari si riverbererebbe sull'integrità del patrimonio pubblico (interesse che la Corte riconduce agli artt. 97 e 81 Cost.), che verrebbe danneggiato irreversibilmente, non potendo l'amministrazione che abbia subito la lesione rivalersi sul funzionario che ne sia stato l'autore; 3) lo "scudo erariale" comporterebbe una deresponsabilizzazione dei funzionari di fronte all'amministrazione non consentita dal tenore dell'art. 28 Cost., nonché 4) una limitazione della giurisdizione della Corte dei conti in violazione dell'art. 103 Cost. Infine, l'esclusione della responsabilità erariale per le sole azioni connotate da colpa violerebbe il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), in quanto avrebbe l'effetto di sanzionare diversamente condotte di disvalore identico (attive e omissive) e di prevedere lo stesso regime per forme di responsabilità diverse (diretta e indiretta/per attività provvedimentale e materiale/per attività connessa e non connessa alla gestione delle conseguenze della pandemia); comporterebbe inoltre, una discriminazione tra lavoratori (e, di conseguenza, datori di lavoro⁸) pubblici e privati.

13. Se ben intendiamo, nell'ordinanza di rimessione il giudice *a quo* ipotizza, innanzitutto, una lesione "frontale" degli artt. 97 e 81 della Costituzione, laddove afferma che una limitazione della responsabilità amministrativa con efficacia generalizzata avrebbe l'effetto di incoraggiare i funzionari all'assunzione di scelte poco meditate, che comprometterebbero il funzionamento della P.A. e il suo equilibrio finanziario. A nostro modo di vedere, queste prime censure presuppongono una lettura del concetto di "buon andamento" della Pubblica Amministrazione diversa rispetto a quella fatta propria dal legislatore, accogliendo la quale la Consulta rischierebbe – forse – di ingerirsi nel campo delle scelte di opportunità. Come abbiamo scritto, il legislatore pandemico ha inteso il "buon andamento" in termini di decisionismo, ritenendo che agire – magari, in alcuni casi, anche incautamente – fosse in ogni caso meglio che astenersi rispetto a qualsiasi scelta (anche minimamente) rischiosa. Il legislatore non poteva non sapere che un allentamento delle responsabilità avrebbe incoraggiato alcuni funzionari all'incuria, ma ha accettato il rischio, ritenendo che la paralisi dell'attività amministrativa produca danni maggiori. Affermare che l'allentamento della responsabilità erariale non tutela bensì danneggia il buon andamento, perché incoraggia l'incuria, significa aderire a una lettura opposta, in base alla quale è meglio astenersi dall'agire ogniquale volta si rischi di sbagliare, perché una decisione errata può

⁸ Sul ruolo dei dirigenti pubblici e sul tentativo infruttuoso di renderli equiparabili ai datori di lavoro privati cfr. S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, I, p. 53 ss.

danneggiare la P.A. più di tante decisioni buone che avrebbero potuto, ma non sono state assunte. Quali contenuti attribuire al “buon andamento” (legalità o, al contrario, velocizzazione) e, dunque, quali strumenti scegliere per perseguirlo, è decisione che rientra, ci sembra, nell’ambito delle scelte di opportunità riservate al legislatore⁹: la Consulta non può allora far altro che aderire alla lettura che del concetto di buon andamento fornisce il legislatore. Se la censura in ordine al principio di buon andamento non può essere accolta perché sconfinata nel campo delle valutazioni di opportunità, lo stesso può dirsi per la lesione dei principi di efficienza e di equilibrio di bilancio: è innegabile che le scelte erranee si traducono in perdite in capo all’erario, ma tali “elementi negativi” nel bilancio pubblico dovrebbero – nell’ottica del legislatore – venire compensati dalle decisioni vantaggiose cui lo sgravio di responsabilità consentirebbe di addivenire.

14. Più pregnanti ci paiono, invece, le censure in ordine alla deresponsabilizzazione dei funzionari (art. 28 Cost.), alla limitazione della giurisdizione della Corte dei conti (art. 103 Cost.) e alla lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Il legislatore “sacrifica” tali beni per meglio tutelare il buon andamento della P.A. Posto che lo scudo erariale persegue lo scopo di efficientare l’amministrazione sburocratizzandola, occorre domandarsi se la lesione procurata a beni giuridici diversi ma comunque costituzionalmente tutelati sia ragionevole e proporzionata al fine di conseguire tale obiettivo.

15. In primo luogo, il legislatore sacrifica i principi di responsabilità dei funzionari e di giurisdizione della Corte dei conti al fine di promuovere il buon andamento. Il primo interrogativo da porsi è se tale limitazione di responsabilità debba essere considerata di per sé illegittima, a causa dell’esistenza, all’interno dell’ordinamento, di un principio che impedisca al legislatore di limitare ulteriormente la responsabilità di dipendenti e amministratori pubblici in ragione dell’elemento soggettivo. A noi pare che la risposta a tale interrogativo debba essere negativa, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale che in diverse occasioni è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di disposizioni che introducevano limitazioni alla responsabilità erariale dei pubblici funzionari. Con legge n. 543/1996, infatti, il legislatore aveva limitato la responsabilità erariale diretta di tutti i funzionari pubblici alle sole condotte dolose o gravemente colpose. Sulla legittimità di tale limitazione si è quindi espressa la Consulta con la già richiamata sentenza 371/1998¹⁰, affermando che

⁹ Lo afferma chiaramente C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, CEDAM, 2002, p. 273. Anche la più volte citata sent. 371/1998, al par. 6 del considerando in diritto, sembra condividere questa considerazione laddove afferma che la limitazione della responsabilità dei funzionari ai soli casi di dolo e colpa grave risponde all’esigenza di individuare la soglia del rischio derivante dall’esercizio dell’attività amministrativa da addossare al dipendente, in modo di garantire che la responsabilità sia per lui/lei ragione di stimolo e non di disincentivo. La Corte afferma che il legislatore effettua tale scelta secondo valutazioni che «non spetta alla Corte sindacare dal punto di vista della convenienza ed opportunità».

¹⁰ C. cost., sent. 11 novembre 1998, dep. 20 novembre 1998, n. 371.

non è rinvenibile nell'ordinamento alcun principio che impedisca al legislatore di limitare, anche in via generalizzata, la responsabilità dei funzionari pubblici in ragione dell'elemento soggettivo: il legislatore è infatti libero di stabilire quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, «ma anche quale grado di colpa sia richiesto e a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile [...] senza limiti e condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà» (§ 6 del Considerando in diritto). In base alla pronuncia appena richiamata, dunque, la limitazione della responsabilità erariale in ragione dell'elemento soggettivo non sarebbe di per sé incostituzionale, ma potrebbe apparire tale qualora fosse irragionevole e arbitraria. Successivamente, una legge della provincia autonoma di Bolzano¹¹ ha tipizzato le ipotesi di colpa grave, restringendo, di fatto, l'ambito della responsabilità per colpa di tutto il personale della provincia e degli enti provinciali. La Corte costituzionale, con una pronuncia del 2001¹², ha dichiarato illegittima la disciplina appena introdotta, affermando – contrariamente a quanto sostenuto con la pronuncia del 1998 – che esiste nell'ordinamento un principio, desumibile dall'art. 3 del d.l. 345/1996¹³, secondo cui l'imputazione della responsabilità ha come limite minimo quello della colpa grave (§ 4 del Considerando in diritto). Si dovrebbe, dunque, concludere che è legittimo limitare la responsabilità erariale alle condotte connotate da colpa grave, ma non spingersi oltre, escludendo *tout court* la responsabilità per colpa, così come fa il decreto semplificazioni. Quella formulata dalla Consulta nel 2001 era, tuttavia, un'affermazione non motivata, con un aggancio normativo – l'art. 3 del d.l. 345/1996 – che alcuni tra i primi commentatori della pronuncia avevano ritenuto poco solido¹⁴. La sentenza 340/2001 rappresenta, inoltre, un caso isolato: anche nelle più risalenti occasioni in cui era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune ipotesi di limitazione della responsabilità erariale, la Consulta aveva sempre affermato il principio in base al quale spetterebbe al legislatore la scelta di limitare o addirittura escludere la responsabilità dei funzionari in ragione dell'elemento soggettivo, purché ciò avvenga nel rispetto del limite della ragionevolezza¹⁵.

¹¹ Legge della Provincia autonoma di Bolzano, riapprovata il 3 febbraio 2000, recante «Responsabilità amministrativa degli amministratori e del personale della provincia e degli enti provinciali».

¹² C. cost., 8 ottobre 2001, dep. 24 ottobre 2001, n. 340.

¹³ L'art. 3, c. 1 d.l. 23 ottobre 1996, n. 345, conv. in legge dall'art. 1, c. 1, l. 20 dicembre 1996, n. 639 recita: «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave».

¹⁴ A. CORPACI, *La responsabilità amministrativa alla luce della revisione del Titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, p. 542 ss.; condivide, invece, l'orientamento espresso dalla Consulta nella decisione da ultimo citata F.G. SCOCA, *Principi dell'ordinamento e disciplina della responsabilità amministrativa*, in *Giur. cost.*, fasc. 5/2001, p. 2927 ss.

¹⁵ C. cost. 15 novembre 1988, n. 1032, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5030 ss. con nota di F. GARRI, *Grado della colpa nella responsabilità dei pubblici dipendenti, regolarità della gestione finanziaria e discrezionalità del legislatore*, *Giur. cost.*, p. 5038 e C. cost. 24 febbraio 1992, n. 64, in *Giur. cost.*, 1992, 351ss., con commento di F. BILANCIA, *Una rimediazione della responsabilità civile della P.A. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 1618 ss. In dottrina, cfr. R. COLAGRANDE, R. CUONZO, S. GATTAMELATA, A. GIGLI, G. LEMMO, A. POLICE, V. ROMANO, G. SCICHLONE, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di G. SCOCA, CEDAM, 1997, p. 116.

Sulla scorta di questo breve *excursus*, a noi pare di poter affermare che l'esistenza di un principio che impedisca di limitare la responsabilità erariale alle sole condotte commissive dolose sia quantomeno dubbia. Ciò che, invece, è certamente necessario accertare è che ogni limitazione della responsabilità sia ragionevole e non arbitraria rispetto allo scopo perseguito.

Con specifico riguardo all'ordinanza di rimessione che qui ci occupa, tale vaglio di ragionevolezza e non arbitrarietà va condotto accertando la funzionalità della limitazione di responsabilità allo scopo di efficientare la P.A. In particolare, è necessario porsi il quesito circa l'utilità dello scudo erariale al fine di contrastare la paura della firma.

Che le limitazioni alle responsabilità penale ed erariale introdotte nel 2020 possano avere l'effetto di rassicurare i funzionari ci pare affermazione fondata. Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, un autorevole commentatore¹⁶ della riforma del 2020 ha osservato che l'utilizzo di un'espressione come "paura della firma" sarebbe inspiegabile rispetto a un reato doloso: se si comprende che si possa avere timore di commettere errori previsti dalla legge come reati – cagionare un incidente d'auto o sbagliare una diagnosi – è un non senso dire che il funzionario pubblico avverta il *rischio* di violare consapevolmente la legge per realizzare un ingiusto lucro o cagionare un ingiusto danno; sceglie di farlo e, se poi la sanzione penale scatta, non può lamentarsene. Questa affermazione – di per sé sufficiente a spiegare l'effetto rassicurante che lo "scudo erariale", a schermo della responsabilità per colpa, può produrre – è senz'altro vera in astratto, ma perde il proprio mordente nel momento in cui si passa al piano concreto. È ben possibile, infatti, che la magistratura interpreti gli errori (magari gravi) dei funzionari come condotte intenzionali, avviando a loro carico un procedimento per abuso d'ufficio. Non basta a eliminare il problema il fatto che il processo sia poi verosimilmente destinato a concludersi con un'assoluzione, comportando già il semplice avviso di conclusione delle indagini costi umani e materiali niente affatto trascurabili. A ben vedere, non si può nemmeno affermare che il timore dei funzionari sia totalmente ingiustificato: la magistratura si avvale spesso, ai fini della dimostrazione del dolo, di indizi presuntivi, tra i quali la macroscopicità della violazione di legge, l'errore marchiano sull'interpretazione e l'elevata qualificazione professionale dell'agente, senz'altro delicati da maneggiare. Se poi si tiene conto della complessità e vastità della normativa amministrativistica, nonché della scarsa dimestichezza degli operatori di giustizia con le questioni che attengono al *management* della cosa pubblica, ci si rende conto che non è poi così remota l'eventualità di scambiare semplici errori per intenzionali sviamenti della funzione. Insomma, seppure il reato doloso di abuso d'ufficio e la responsabilità erariale per colpa coprano ambiti differenti, e seppure, limitandosi al piano astratto delle norme, ci pare giusto concordare con l'affermazione che di "paura della firma" si può parlare solo rispetto alla responsabilità colposa, a noi sembra che il decreto semplificazioni, complessivamente letto, produca un effetto psicologico di rassicurazione dei funzionari. Che poi l'attenuazione della "paura della

¹⁶ M. ROMANELLI, [L'insostenibile leggerezza della paura \(della firma\)](#), in questa *Rivista*, 6 febbraio 2023.

firma” basti a sbloccare la P.A. non è certo: non mancano infatti le voci che identificano le cause dell’inazione in altri fattori, come la confusione legislativa, l’inadeguata preparazione professionale, l’insufficienza degli organici¹⁷. Nonostante tali incertezze, pare di poter dire che la limitazione della responsabilità dei funzionari non sia manifestamente inidonea al conseguimento di uno scopo legittimo: quello di combattere la paura della firma e quindi di efficientare la Pubblica Amministrazione. La limitazione dei principi di cui agli artt. 28 e 103 Cost. apparirebbe, quindi, in linea di massima, ragionevole.

Nonostante si possa quindi affermare che lo scudo erariale contribuisce a combattere la paura della firma, a noi pare che il suo ambito applicativo sia eccessivamente ampio: la limitazione della responsabilità erariale riguarda, infatti, anche condotte che nulla hanno a che vedere con l’obiettivo perseguito. È il caso, in primo luogo, delle condotte materiali, che risultano estranee al procedimento amministrativo. Il pensiero corre agli efficaci esempi offerti dall’ordinanza di rimessione stessa, come quello riguardante la rottura di un costoso macchinario a uso medico o l’incidente d’auto cagionato con il mezzo di servizio: in che modo mandare esenti da responsabilità comportamenti negligenti come questi contribuirebbe a sburocratizzare e velocizzare la P.A.?¹⁸ Nella parte che riguarda le condotte materiali, lo scudo erariale sembrerebbe, dunque, porsi in contrasto con gli artt. 28 e 103 Cost., in quanto la limitazione della responsabilità non sarebbe funzionale allo scopo perseguito: quello di efficientare la P.A. Per rimuovere l’incongruenza esposta, la Corte potrebbe forse pronunciarsi nel senso della doverosa esclusione, dall’ambito applicativo dello scudo, delle condotte materiali. Anche limitandosi alle condotte provvedimentali, comunque, pare di poter osservare che non tutte sono funzionali all’assunzione, da parte della P.A., di scelte che contribuiscano al rilancio dell’economia. Per esempio, ci sono provvedimenti amministrativi che culminano con l’inflizione di sanzioni o l’applicazione di tasse: in che modo la velocizzazione del procedimento volto – tanto per fare un esempio – alla riscossione della TARI potrebbe contribuire al rilancio dell’economia? Al fine di rendere la previsione dello scudo erariale proporzionato all’obiettivo perseguito, il legislatore avrebbe forse potuto selezionare, ai fini dell’esclusione della responsabilità colposa, solo quelle attività provvedimentali in qualche modo legate alla gestione delle conseguenze economiche della pandemia: vengono alla mente, a mero titolo di esempio, i provvedimenti finalizzati all’impiego delle risorse del P.N.R.R.¹⁹. Concludendo in punto

¹⁷ Si veda il parere espresso dalla C. conti, Sez. Riun. in sede di controllo, sul disegno di legge 1883 (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76), a luglio 2020. Suggestisce di combattere l’inerzia dell’amministrazione pubblica attraverso investimenti nel reclutamento, nella formazione, nella valorizzazione delle professionalità, piuttosto che ricorrendo all’immunità G. CREPALDI, *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. Civ. e previdenza*, fasc. 1/2021, p. 23 ss.

¹⁸ Nello stesso senso Cfr. la Relazione del Procuratore regionale presso la Corte dei conti Paolo Evangelista, pubblicata il 1° marzo 2024 a inaugurazione dell’anno giudiziario 2024.

¹⁹ È stato però rilevato che l’esonero della responsabilità anche per le condotte dei privati destinatari di finanziamenti del PNRR pone problemi di compatibilità tra diritto interno e diritto dell’Unione Europea, perché restano in vigore norme unionali che non limitano la responsabilità per colpa grave. In particolare, l’art. 8 del Regolamento UE n. 2021/241, rubricato “Tutela degli interessi finanziari dell’Unione”, rinvia

di violazione degli artt. 28 e 103 Cost., si può osservare che lo scudo erariale, soprattutto se letto congiuntamente all'abrogazione parziale dell'abuso d'ufficio, produce un effetto psicologico di rassicurazione dei funzionari che è funzionale a combattere la paura della firma e, quindi, a efficientare la P.A. Tuttavia, il suo ambito di applicazione è eccessivamente ampio, finendo per includere condotte (in primo luogo materiali ma, in alcuni casi, anche provvedimenti) che nulla hanno a che vedere con l'obiettivo di velocizzare/sburocrazizzare l'amministrazione. Nella parte che riguarda questi comportamenti, la disciplina che prevede lo scudo erariale potrebbe, secondo noi, essere dichiarata incostituzionale per contrasto con gli artt. 28 e 103 Cost., in quanto la limitazione di responsabilità si rivelerebbe non funzionale allo scopo di promuovere il buon andamento (inteso come velocizzazione) e, dunque, sarebbe irragionevole.

16. Lo scudo erariale comporta altresì alcune disparità di trattamento che non paiono giustificarsi in ragione dello scopo legittimo perseguito dal legislatore, ovvero quello dell'efficientamento della PA.

Innanzitutto, sembra da condividersi l'osservazione della Corte rimettente quanto all'insensatezza della distinzione tra condotte attive e omissive²⁰. Il caso concreto oggetto del procedimento che ha dato avvio all'ordinanza di rimessione è emblematico di come l'attività amministrativa si svolga attraverso procedimenti che comprendono momenti attivi e omissivi, condotte positive e controlli, e di come tanto le prime quanto le seconde siano indispensabili ai fini della corretta conclusione del procedimento amministrativo che conduce all'assunzione di una decisione da parte della P.A. Ne deriva che un danno può essere prodotto tanto attraverso azioni quanto attraverso omissioni (si può consentire a un cassiere spregiudicato di incamerare denaro pubblico tanto firmando un documento senza preoccuparsi di comprenderlo, quanto tralasciando un controllo che si sarebbe dovuto effettuare), ma anche che è possibile ostacolare il corretto svolgersi dell'azione pubblica tanto omettendo un'azione (per esempio, rifiutandosi di firmare un'autorizzazione) quanto ponendo in essere una condotta attiva (per esempio, pretendendo documentazione superflua o disponendo un controllo non necessario). La distinzione tra condotte attive e omissive pare quindi inconfidente rispetto allo scopo di combattere l'inerzia della P.A. Una differenziazione ingiustificata tra condotte omogenee sul piano del disvalore si risolve, a nostro modo di vedere, in una violazione dell'art. 3 Cost.

Quanto alla sproporzione rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore del 2020, ci pare da condividere – lo abbiamo già anticipato – l'osservazione del giudice *a quo* in merito all'estensione dello scudo erariale ben oltre lo scopo di rispondere alle

all'art. 22 dello Statuto dei funzionari U.E., che espressamente richiama la colpa grave come parametro di punibilità per gli interventi finanziati con i fondi europei del Recovery Fund. Cfr. la Relazione del Procuratore regionale presso la Corte dei conti Paolo Evangelista, pubblicata il 1° marzo 2024 a inaugurazione dell'anno giudiziario 2024.

²⁰ Denuncia l'irragionevolezza di tale distinzione L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, p. 11. Cfr. anche il parere espresso dalla C. conti, Sez. Riun. in sede di controllo, sul disegno di legge 1883 (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76), a luglio 2020

esigenze innescate dalla pandemia, ma anche oltre il diverso, e più generale, obiettivo di “sbloccare” la P.A. Lo scudo erariale riguarda, infatti, tutti i dipendenti o amministratori pubblici (anche, per esempio, i medici, gli insegnanti e i professori, gli appartenenti alle forze dell’ordine...), indipendentemente dal fatto che essi pongano in essere provvedimenti o condotte materiali, nonostante queste ultime risultino spesso estranee alla catena di provvedimenti attraverso la cui successione la P.A. giunge all’adozione della proprie determinazioni: lo si vede benissimo nel caso di specie, ma lo dimostrano anche gli efficaci esempi offerti dall’ordinanza di rimessione (che c’entra l’incidente d’auto cagionato dal funzionario con l’obiettivo di combattere l’inerzia dell’amministrazione pubblica? E la rottura di un macchinario a uso medico?). Anche volendoci limitare, poi, all’attività provvedimentale, si può osservare come l’esonazione di responsabilità includa condotte che nulla hanno a che vedere con la gestione delle conseguenze negative della pandemia (come avverrebbe, per esempio, qualora lo scudo trovasse applicazione solo rispetto a coloro i quali siano chiamati a disporre dei fondi P.N.R.R.). L’inclusione di condotte che nulla hanno a che vedere con lo scopo di rilanciare l’economia nell’ambito applicativo dello scudo erariale conduce, lo abbiamo visto, a un contrasto parziale della disciplina qui in esame con gli artt. 28 e 103 Cost. Tuttavia, essa ha anche l’effetto di equiparare tra loro condotte diverse (materiale e provvedimentale, connessa e non connessa alla gestione delle conseguenze economiche della pandemia...), dando quindi luogo a una lesione del principio di eguaglianza.

L’introduzione dello scudo erariale produce, insomma, alcune discriminazioni, che si risolvono in corrispondenti violazioni dell’art. 3 Cost. Il trattamento eguale di condotte non assimilabili e il diverso trattamento di situazioni omogenee non trova, infatti, giustificazione nell’esigenza di scongiurare l’inerzia e quindi promuovere la ripresa economica dopo la pandemia, in quanto ciò risulta inidoneo al conseguimento di questo scopo.

17. Riepilogando le osservazioni formulate, possiamo concludere come segue.

Il legislatore introduce una limitazione della responsabilità erariale con lo scopo di combattere la paura della firma e quindi promuovere il buon andamento, inteso come velocizzazione e sburocratizzazione. Il rimettente ipotizza, all’opposto, che lo scudo erariale induca alla trascuratezza e quindi comprometta il buon andamento e l’efficienza (artt. 97 e 81 Cost.). A nostro modo di vedere, accogliere la censura formulata con riferimento all’art. 97 significherebbe fornire una lettura del concetto di buon andamento opposta rispetto a quella formulata dal legislatore (in termini di legalità, anziché di velocizzazione), in tal modo ingerendosi nel campo dell’opportunità. La medesima conclusione si imporrebbe rispetto all’art. 81 Cost., che esprime un principio – quello di efficienza e di equilibrio di bilancio – che, ai nostri fini, può essere considerato un corollario del buon andamento.

Per conseguire lo scopo di efficientamento della PA, il legislatore sceglie di limitare la responsabilità erariale, così sacrificando i beni giuridici tutelati dagli artt. 28 e 103 della Costituzione. Seguendo il percorso svolto negli anni dalla giurisprudenza costituzionale, abbiamo osservato come l’opinione maggioritaria sia nel senso di escludere che esista, nell’ordinamento, un principio che vieta di limitare la responsabilità

erariale ai soli casi di condotte omissive e di condotte attive realizzate con dolo. Abbiamo tuttavia osservato che la Consulta, nel sottoporre a vaglio le diverse ipotesi di limitazione della responsabilità amministrativo-contabile, ha sempre verificato che il sacrificio imposto ad altri beni costituzionalmente tutelati fosse ragionevole e proporzionato rispetto all'obiettivo che il legislatore, di volta in volta, si poneva. Rispetto al caso oggetto dell'ordinanza di rimessione occorre, dunque, interrogarsi sull'efficacia della limitazione della responsabilità erariale allo scopo perseguito dal legislatore: quello di combattere la paura della firma. Noi riteniamo che lo scudo erariale sia, in linea di massima, idoneo allo scopo: per le ragioni che abbiamo esposto, la riforma della disciplina della responsabilità amministrativo-contabile, letta congiuntamente all'abolizione parziale dell'abuso d'ufficio, ha le potenzialità per produrre un effetto psicologico di rassicurazione nei confronti dei funzionari. Tuttavia, lo scudo erariale copre un ambito applicativo ampio, che include anche comportamenti (per esempio, condotte materiali) la cui liceizzazione non è funzionale allo scopo di efficientare la P.A. Rispetto a condotte di questo tipo, allora, la limitazione della responsabilità erariale appare ingiustificata, dando quindi luogo a un contrasto con gli artt. 28 e 103 della Costituzione.

L'introduzione dello scudo erariale ha, poi, l'effetto di produrre disparità di trattamento tra condotte uguali sul piano del disvalore (attive e omissive) e di assimilare tra loro situazioni differenti (attività materiale e provvedimentale/attività provvedimentali correlate alla gestione delle conseguenze della pandemia e attività che non lo sono). Questa differenziazione/equiparazione ci appare irragionevole, in quanto non giustificata in ragione dell'esigenza di dare stimolo all'attività amministrativa e quindi di promuovere il buon andamento della Pubblica Amministrazione: essa dà, quindi, luogo a una violazione dell'art. 3 Cost.

Se, dunque, lo scudo erariale fosse stato ritagliato su quei settori di attività più strettamente connessi alla gestione delle conseguenze negative della pandemia e, viceversa, avesse incluso indifferentemente condotte attive e omissive, esso sarebbe forse stato immune da censure di legittimità costituzionale, in quanto volto al conseguimento di uno scopo legittimo ("slegare le mani" dei funzionari per efficientare la P.A.) attraverso una limitazione della responsabilità in sé non irragionevole. Per come è stato concretamente configurato, invece, lo scudo erariale finisce per includere condotte la cui liceizzazione non è funzionale allo scopo di efficientare l'amministrazione: la Corte potrebbe forse dichiarare incostituzionale la limitazione di responsabilità, per contrasto con gli artt. 28 e 103 Cost., nella parte che riguarda quelle condotte L'inclusione all'interno dell'ambito di applicazione dell'art. 21 del decreto semplificazioni delle condotte materiali e provvedimentali non connesse al rilancio dell'economia e l'esclusione, viceversa, delle condotte omissive dà luogo, inoltre, a disparità di trattamento che si risolvono in violazioni dell'art. 3 Cost.

Ineludibile ci sembra, infine, una riflessione in merito all'opportunità dell'introduzione di una misura come lo scudo erariale: è bene, infatti, tenere a mente che la sua adozione si accompagna alla sempre più probabile abolizione integrale dell'abuso d'ufficio: il combinato disposto di questi due interventi creerebbe allora i

presupposti per incoraggiare una gestione superficiale e affaristica della “cosa pubblica”, esito, quest’ultimo, tutt’altro che auspicabile.

**AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
IL PERCORSO DI REINSERIMENTO E RIEDUCAZIONE DEL MINORE,
AI SENSI DELL'ART. 27-BIS D.P.R. N. 448/1988
(C.D. MESSA ALLA PROVA SEMPLIFICATA),
RECENTEMENTE INTRODOTTTO DAL DECRETO CAIVANO**

Trib. minorenni Trento, GIP., ord. 6 marzo 2024, giud. Gallo

di Lucio Camaldo

1. Con l'ordinanza del 6 marzo 2024, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Trento (Dott. Giovanni Gallo)¹ ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 (disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), recentemente introdotto dal c.d. "decreto Caivano".

Il procedimento disciplinato da tale nuova disposizione, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe rappresentare «una messa alla prova "semplificata"»² sembra, infatti, porsi in rotta di collisione con gli artt. 3 e 31, comma 2, Cost., per una serie di ragioni che saranno successivamente illustrate.

Conviene, anzitutto, ricordare che il Governo, a seguito di un tragico delitto di violenza commesso da alcuni giovani ai danni di una minorenne nel Comune di Caivano, in provincia di Napoli, a cui la cronaca giudiziaria ha dedicato ampia attenzione, è intervenuto al fine introdurre «misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», contenute nel d.l. 15 settembre 2023, n. 123, che è stato successivamente convertito con modificazioni dalla legge 13 novembre 2023, n. 15, licenziata, in prima lettura, dal Senato il 27 ottobre 2023, a seguito di numerose audizioni di esperti, magistrati e associazioni del settore³, e approvata, in via definitiva, dalla Camera in data 8 novembre 2023, dopo che il Governo aveva posto questione di fiducia⁴.

Tra le novità dell'atto normativo che, per le ragioni anzidette, è comunemente denominato "decreto Caivano", spicca sicuramente l'istituto disciplinato dall'art. 27-*bis*

¹ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024.

² Cfr. *Dossier XIX Legislatura*, A.S. n. 878, 25 settembre 2023, il cui testo è disponibile online all'indirizzo www.senato.it, p. 62.

³ I documenti relativi alle audizioni e acquisiti in Commissione 1^a (Aff. costituzionali) e 2^a (Giustizia) sono pubblicati in www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/documenti/57495_documenti.html

⁴ V. S. BERNARDI, [Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista](#), in *questa Rivista*, 15 novembre 2023. Cfr. anche A. MASSARO, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, n. 2, p. 488 ss.

D.P.R. n. 448/88, rubricato “Percorso di reinserimento e rieducazione” (introdotto, nello specifico, dall’art. 8, comma 1, lett. b) d.l. n. 123/2023, conv., con modificaz., dalla l. 15/2023).

Si tratta di un’inedita forma di *diversion* procedimentale, che presenta numerosi punti di contatto con la disciplina della messa alla prova minorile (artt. 28-29 D.P.R. n. 448/1988), ma anche con quella prevista dal codice di procedura penale per gli adulti (artt. 464-*bis* ss. c.p.p.), nonché alcune affinità con la definizione del procedimento per irrilevanza del fatto (art. 27 D.P.R. n. 448/1988).

Tale disposizione è applicabile esclusivamente nel corso delle indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero, qualora si proceda per reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva, a condizione che i fatti non siano connotati da particolare gravità (art. 27-*bis*, comma 1, D.P.R. n. 448/1988).

La proposta di definizione anticipata del procedimento, avanzata dal pubblico ministero, che deve notificarla al minorenne indagato e all’esercente la responsabilità genitoriale, è subordinata alla condizione che il minore acceda a un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda, sentiti i servizi minorili dell’amministrazione della giustizia e, nel rispetto della legislazione in materia di lavoro minorile, lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da due a otto mesi.

Entro sessanta giorni dalla notifica della proposta, l’indagato o il suo difensore devono, infatti, depositare il programma rieducativo, redatto in collaborazione anche con i servizi dell’amministrazione della giustizia, che il pubblico ministero trasmette al giudice per le indagini preliminari, esercitando l’azione penale (art. 27-*bis*, comma 2, D.P.R. n. 448/1988). Il giudice, a sua volta, procede alla fissazione dell’udienza per deliberare sull’accesso del minore a tale misura e, valutata la congruità del progetto, lo ammette al percorso rieducativo con ordinanza, stabilendone la durata (art. 27-*bis*, comma 3, D.P.R. n. 448/1988). Tale provvedimento, che viene adottato dopo aver sentito l’imputato e l’esercente la responsabilità genitoriale, comporta la sospensione del procedimento per il periodo di tempo corrispondente alla durata del percorso rieducativo, restando sospesa anche la prescrizione del reato.

In caso di interruzione o mancata adesione al percorso, i servizi minorili dell’amministrazione della giustizia informano il giudice, che fissa l’udienza in camera di consiglio e, sentite le parti, adotta i provvedimenti conseguenti (art. 27-*bis*, comma 4, D.P.R. n. 448/1988). Qualora il minore non intenda accedere al percorso di reinserimento o lo interrompa senza giustificato motivo, il giudice provvede alla restituzione degli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall’art. 453 c.p.p. Dell’ingiustificata interruzione dell’attività rieducativa si potrà tenere conto nel caso di successiva istanza di sospensione del processo con messa alla prova (art. 27-*bis*, comma 5, D.P.R. n. 448/1988).

Qualora, invece, decorra regolarmente il periodo di sospensione, il giudice deve fissare una nuova udienza in camera di consiglio nella quale dichiara con sentenza estinto il reato, tenuto conto del comportamento dell'imputato e dell'esito positivo del percorso rieducativo. In caso di esito negativo, al giudice non resta che restituire gli atti al pubblico ministero, che, anche in questo caso, può presentare, anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p., istanza di giudizio immediato⁵ (art. 27-*bis*, comma 6, D.P.R. n. 448/1988).

Nonostante la disposizione appena descritta abbia recepito alcune critiche che erano state prontamente formulate nei confronti della versione originaria contenuta nel decreto legge⁶, tra cui basti ricordare la previsione che obbligava il pubblico ministero a notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale l'istanza di definizione anticipata del procedimento, ove si procedesse per i reati sopra indicati, o quella che, nelle ipotesi di rifiuto del minore a sottoporsi al percorso rieducativo o di interruzione del percorso stesso oppure in caso di esito negativo di tale percorso, escludevano, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448/1998, residuano numerose perplessità sotto il profilo interpretativo e applicativo, che sono state ben evidenziate dal giudice trentino.

2. La questione di legittimità della norma *de qua* è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale minorile che trae origine da una lite in famiglia occorsa tra genitore e figlio durante la quale il minore avrebbe minacciato, con un coltello preso dalla cucina, il padre, perché, a suo dire, aveva paura che quest'ultimo gli facesse del male in conseguenza di una precedente e accesa discussione. In relazione a tali fatti, il minore veniva sottoposto ad indagini per il reato di minaccia aggravata dall'uso del coltello (artt. 612 e 339 c.p.).

Dopo aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato, il pubblico ministero minorile notificava al minore, all'esercente la responsabilità genitoriale e al difensore la proposta di definizione anticipata del procedimento, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 1, D.P.R. n. 448/1988 per la redazione del programma rieducativo da depositarsi presso la Procura minorile entro 60 giorni dalla notifica. Il difensore dell'indagato richiedeva una proroga del termine, previsto dall'art. 27-*bis*, comma 2, D.P.R. n. 448/1988, per il deposito del programma, al fine di ottenere maggiori informazioni sul minore e redigere così un programma capace di rispondere alle specifiche esigenze personali e familiari del minore stesso, a fronte di una situazione familiare dell'indagato particolarmente delicata e della necessità quindi di un intervento maggiormente strutturato e in collaborazione tra servizi sociali, scuola e famiglia. Il pubblico ministero affermava che era già stata

⁵ Non si comprende la ragione per cui, a fronte delle suddette ipotesi, venga meno la necessaria presenza dei presupposti che, di regola, giustificano la richiesta del pubblico ministero di procedere con il rito immediato, e quindi in assenza di una valutazione sull'evidenza della prova o dell'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, atteso, peraltro, che questo giudizio speciale esclude la celebrazione dell'udienza preliminare, la cui funzione nell'ambito del processo penale minorile è fondamentale. Sul tema v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 1 ss.

⁶ Cfr. art. 8 comma 1 lett. b) d.l. 15 settembre 2023, n. 123.

avviata un'indagine da parte del Servizio sociale del Comune di Trento e, pertanto, rigettava l'istanza di proroga del difensore, in quanto la norma in oggetto non prevede la possibilità di prorogare il termine per il deposito del programma rieducativo.

Preso atto del rigetto della richiesta, la difesa del minore depositava una proposta di progetto rieducativo, elaborata unitamente al Servizio sociale territoriale, che prevedeva lo svolgimento di un'attività di volontariato all'interno di un centro di aggregazione territoriale.

Il giudice per le indagini preliminari, ricevuto il programma trasmessogli dal pubblico ministero, procedeva alla fissazione dell'udienza in camera di consiglio, al fine di deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione (art. 27-bis, comma 2, D.P.R. n. 448/1988) e, conseguentemente, stabilire la durata del percorso stesso, sospendendo il processo per il tempo corrispondente (art. 27-bis, comma 3, D.P.R. n. 448/1988).

Poiché la decisione, come si è anticipato, verte essenzialmente sulla congruità del percorso di reinserimento e rieducazione, il giudice minorile ha ritenuto carenti, nel caso in esame, gli elementi conoscitivi indispensabili per valutare se il contenuto del programma rieducativo sia congruo rispetto ai fini educativi cui costituzionalmente deve tendere il processo penale minorile. In particolare, non si riteneva possibile valutare la congruità delle ore di volontariato previste dal programma rieducativo a perseguire una funzione educativa, intesa come concreta opportunità di crescita, maturazione e responsabilizzazione del giovane, in assenza di informazioni specifiche sulle caratteristiche personali del minore e in relazione ai parametri di riferimento normalmente in rilievo, quali l'ambiente familiare, la rete amicale, la condizione di salute, la frequenza scolastica o l'impegno lavorativo⁷.

Data la composizione monocratica dell'organo chiamato a pronunciarsi, non si può nemmeno supplire a tale lacuna tramite l'apporto della componente onoraria, ai fini di ottenere una valutazione in termini personalistici ed educativi del minore. L'unica valutazione in concreto possibile – come affermato nell'ordinanza – afferisce alla proporzionalità tra il contenuto del programma rieducativo proposto e i fatti per cui si procede con riferimento alla tipologia e alla gravità del reato contestato. Ma «una siffatta valutazione implicherebbe una logica esclusivamente retributiva, anziché educativa, nella risposta trattamentale, contraria agli assiomi basilari del processo minorile»⁸. D'altro canto, l'art. 27-bis D.P.R. n. 448/1988 non fornisce al giudice per le indagini preliminari soluzioni in relazione all'ipotesi d'incongruità della proposta.

Considerato che queste criticità non vengono in rilievo soltanto nel caso di specie, «ma risultano essere intrinsecamente connesse con la disciplina dettata dall'istituto delineato dall'art. 27-bis, laddove introduce nel sistema penale minorile una risposta trattamentale solo nominalmente educativa, ma che nella sostanza riesuma una funzione prettamente retributiva, determinando allo stesso tempo delle possibili disparità di trattamento»⁹, si è ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di

⁷ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 2.

⁸ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 3.

⁹ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 3.

legittimità costituzionale dell'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 con riferimento agli artt. 3 e 31, comma 2, Cost.

3. Il contrasto, in particolare, con l'art. 31, comma 2, Cost., che, come è noto, garantisce una speciale protezione della gioventù, deriva dalla considerazione secondo cui il procedimento alternativo introdotto all'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 fornisce al minore sottoposto a procedimento penale «una risposta giurisdizionale di tipo sanzionatorio piuttosto che di tipo educativo»¹⁰, essendo primariamente proteso all'attuazione dei principi di razionalizzazione della risorsa giudiziaria e di celere definizione del procedimento penale, attraverso una significativa riduzione dei tempi e delle forme processuali, nelle ipotesi di reati di lieve offensività.

Sotto tale profilo, l'istituto in esame è assimilabile alla sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto di cui all'art. 27 D.P.R. n. 448/1988, la quale, tuttavia, oltre alla tenuità del fatto, richiede che, sulla base delle informazioni acquisite, il reato si presenti come un accadimento occasionale nel percorso di crescita del minore¹¹.

Come correttamente affermato dal giudice remittente, l'art. 27-*bis* citato trova applicazione, invece, nelle situazioni in cui «l'agito deviante, per quanto di lieve entità, non può dirsi occasionale, e quindi necessita di un intervento giudiziario e osta all'immediata fuoriuscita dal processo penale, tramite la sentenza di non luogo a procedere *ex art.* 27 d.P.R. n. 448/1988»¹².

D'altro canto, la soluzione di nuovo conio, che nella topografia normativa è collocata tra la pronuncia d'irrilevanza del fatto e la sospensione del processo con messa alla prova di cui agli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448/1988, si differenzia sensibilmente da quest'ultima, nonché anche dalla messa alla prova, nella fase pre-processuale, prevista per gli adulti dagli artt. 464-*bis* ss. c.p.p.

La procedura alternativa introdotta dal “decreto Caivano” è caratterizzata, infatti, da una accentuata esigenza di semplificazione¹³, ma si fonda su “un sillogismo” che è palesemente viziato da irragionevolezza, poiché «a fronte di un reato non particolarmente offensivo, né però occasionale, è possibile addivenire, in tempi ristretti, a una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato all'esito del corretto svolgimento di determinate attività, individuate dallo stesso minore, a sfondo socio-

¹⁰ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 4.

¹¹ Nell'ordinanza in commento (Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 4) si precisa che «l'occasionalità della condotta si desume dalla concreta presenza nella vita del minore di quegli elementi protettivi socio-ambientali tali per cui è possibile ritenere che il reato non rappresenti una manifestazione indicativa di bisogni non corrisposti del minore, quanto piuttosto un episodio isolato all'interno di un regolare percorso di crescita, avulso da un tangibile rischio di devianza».

¹² Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 4-5.

¹³ Come rilevato dal giudice remittente, «la semplificazione della procedura, aspetto saliente dell'istituto, può essere sintetizzata nei seguenti tratti distintivi: l'esercizio informale dell'azione penale, l'accertamento del fatto in forma sommaria, una significativa restrizione dei tempi, il mancato coinvolgimento della persona offesa, la natura negoziale del programma rieducativo, la devoluzione della procedura alla cognizione del Giudice monocratico per le indagini preliminari, l'intervento ridotto dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia» (così Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 5).

lavorativo»¹⁴, risultando, tuttavia, sacrificata la possibilità di svolgere un adeguato approfondimento informativo e un'effettiva presa in carico del minore e dei suoi bisogni educativi, con la conseguenza che, ingiustificatamente, viene riservata ai soggetti in età evolutiva una condizione deteriore (anziché migliore) rispetto agli adulti, per i quali il legislatore ha delineato un'articolata e puntuale disciplina volta a un'effettiva presa in carico dell'indagato che decide di sottoporsi al percorso di messa alla prova.

È condivisibile, inoltre, l'affermazione contenuta nell'ordinanza in commento, secondo cui «dietro alla commissione di un reato, non particolarmente grave, né punito dalla legge severamente, possono celarsi significativi bisogni educativi, i quali esulano dall'attività di indagine penale propriamente intesa» e, in questa prospettiva, «il fatto reato diventa quindi l'occasione per intercettare il disagio giovanile e assumere quelle misure, seppur non prive anche di una componente afflittivo-retributiva, volte, da un lato, al contrasto della devianza e, dall'altro, alla cura dei bisogni educativi del minore»¹⁵.

Soltanto se il procedimento penale minorile diviene lo strumento per offrire al minore un'occasione per emanciparsi dalle cause che hanno indotto l'atto deviante, «risultano pienamente attuati, in tutta la loro forza semantica, i precipitati costituzionali secondo cui la Repubblica protegge la gioventù ed è suo compito rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»¹⁶.

In nome del principio di celerità nel raggiungimento del risultato, si è altresì escluso l'intervento dei giudici onorari esperti, portatori di un sapere scientifico e pedagogico necessario ad assicurare una adeguata valutazione personologica dell'autore di reato, ai sensi dell'art. 9 D.P.R. n. 448/1988, affidando l'applicazione di questo particolare epilogo del procedimento esclusivamente al giudice monocratico togato, sfornito di qualsiasi approccio multidisciplinare e privato della dialettica propria della collegialità.

La mancanza della possibilità di acquisire gli elementi conoscitivi sul minore, unitamente alla assenza della componente onoraria all'interno dell'organo giudicante, determinano «l'impossibilità di assicurare la portata educativa della risposta trattamentale introdotta dall'art. 27-bis, e, allo stesso tempo, larvamente, ne riesumano la funzione retributiva»¹⁷, come emerge chiaramente dall'analisi effettuata dal giudice remittente dell'intero *iter* procedimentale dell'istituto, nei tre segmenti in cui è scomponibile, ossia la fase prodromica, dedicata alla redazione della proposta del programma rieducativo, la fase intermedia, relativa all'ammissione da parte del giudice al trattamento proposto, e, infine, la fase conclusiva, cioè la valutazione all'esito del periodo di osservazione.

Difficoltà applicative derivano, in particolare, dalle strette tempistiche, previste dalla norma, che, come è emerso nel caso concreto, sovente non consentono un'adeguata raccolta degli elementi relativi alle condizioni e alle risorse personali, familiari, sociali e

¹⁴ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 5.

¹⁵ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 6.

¹⁶ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 7.

¹⁷ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 7.

ambientali del minorenne, nonché dalla scarsa attenzione per la partecipazione dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, il cui intervento appare essere considerato secondario e strumentale, poiché volto non già a elaborare il programma, previa conoscenza del minore, ma limitato alla mera individuazione di quelle attività che dovranno essere poste a completamento del programma rieducativo, quali i lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza. In proposito, si osserva che «l'individuazione delle attività da inserire nel programma da presentare all'autorità giudiziaria non appare essere un'operazione di pronta soluzione e può rilevarsi specialmente difficoltosa per i minori che vivono in contesti familiari e in situazioni sociali periferiche e marginali»¹⁸. Alla difesa viene, peraltro, addossato il compito di presentare al pubblico ministero il progetto nel termine di 60 giorni e quindi eventuali ritardi saranno processualmente a essa imputabili, con la probabile conseguenza che, in caso di mancato rispetto del termine, l'indagato non potrà avvantaggiarsi della procedura deflattiva, posto che tale ipotesi non è regolata dalla disposizione in oggetto.

In ordine alla fase decisoria, si osserva che non è previsto l'intervento dei servizi minorili al termine del percorso, diversamente da quanto accade nel momento di conclusione della messa alla prova *ex art.* 28 D.P.R. n. 448/1988, dove è previsto l'inoltro di una relazione conclusiva, ai sensi dell'art. 27, comma 5, d.lgs. n. 272/1989, e al termine di quella per gli adulti in fase di indagine, laddove si stabilisce che il giudice, al fine di valutare l'esito del progetto, «acquisisce la relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato» (art. 464-*septies* c.p.p.). Secondo il giudice minorile, «l'assenza di una relazione, redatta a cura da un soggetto pubblico e altamente specializzato, qual è l'ufficio dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, impedisce di tenere in debita considerazione l'incidenza che l'espletamento del progetto ha avuto sul percorso evolutivo del minore in relazione ai profili di crescita, maturità e responsabilizzazione»¹⁹.

4. In aggiunta alle precedenti considerazioni, che sono pienamente condivisibili, appare opportuno osservare come il legislatore, sebbene abbia utilizzato una diversa denominazione per la procedura in esame, non ha potuto nascondere, come si è detto all'inizio, che il meccanismo disciplinato dall'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 rappresenta una sorta di "messa alla prova semplificata", la quale, a differenza di quella ordinaria, può essere applicata, con particolare celerità, nella fase delle indagini preliminari. A tal proposito, però, non si è tenuta in alcuna considerazione, come invece sarebbe stato necessario, la recente pronuncia della Corte costituzionale (sent. 10 giugno 2020 n. 139²⁰),

¹⁸ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 8.

¹⁹ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 10

²⁰ Corte cost. 10 giugno 2020 n. 139, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento, v., volendo, L. CAMALDO, [Secondo la Consulta è legittimo che la messa alla prova del minore non possa essere disposta nella fase delle indagini preliminari](#), in *questa Rivista*, 10 febbraio 2021; M. MIRAGLIA, *La sospensione del processo con messa alla prova nel rito minorile non può essere disposta durante le indagini preliminari. La Corte costituzionale ribadisce*

con la quale la Consulta ha ritenuto conforme ai principi costituzionali l'esclusione dell'applicazione della messa alla prova del minore nella fase delle indagini preliminari a differenza della disciplina prevista per gli adulti, poiché l'essenziale finalità rieducativa «ne plasma la disciplina in senso rigorosamente personalistico, rimanendo estraneo ogni obiettivo di economia processuale»²¹. Tale finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile preclude, inoltre, «un'eccessiva anticipazione procedimentale delle relative valutazioni»²².

La disposizione dell'art. 28 D.P.R. n. 448/1988 che fissa nell'udienza preliminare, e quindi dopo l'esercizio dell'azione penale, il primo momento utile per la messa alla prova del minore «corrisponde ragionevolmente all'esigenza di assicurare che le relative valutazioni siano esercitate su un materiale sufficientemente definito, oltre che da un giudice strutturalmente idoneo ad apprezzarne tutti i riflessi personalistici»²³.

A tal riguardo, in una precedente pronuncia, lo stesso Giudice delle leggi (sent. 12 gennaio 2015, n. 1) aveva evidenziato come la composizione collegiale e interdisciplinare del collegio giudicante in sede di udienza preliminare minorile risponda alla complessità delle decisioni che tale giudice è chiamato ad assumere, tra le quali, appunto, l'eventuale sospensione del processo con messa alla prova. Si può quindi ritenere che l'assegnazione della messa alla prova del minore al giudice dell'udienza preliminare e non anche al giudice per le indagini preliminari – come affermato dalla Consulta – appare conforme al finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e alla protezione della gioventù prevista dall'art. 31, comma 2, Cost., «poiché assicura che le delicate valutazioni personalistiche implicate dall'istituto siano svolte da un organo collegiale, interdisciplinare e diversificato nel genere, pertanto idoneo ad espletarle nella piena consapevolezza di ogni aspetto rilevante»²⁴.

La messa alla prova minorile può, pertanto, assolvere la sua primaria funzione rieducativa solo se disposta, a tempo debito, da un giudice strutturalmente qualificato alle necessarie valutazioni di personalità, poiché queste condizionano l'esito positivo della prova, la conseguente dichiarazione di estinzione del reato e, in ultima analisi, l'effettiva fuoriuscita del minore dal circuito penale.

Per tutte le ragioni esposte, si auspica che la Corte costituzionale voglia accogliere le censure, in relazione all'art. 3 e all'art. 31, comma 2, Cost., presentate dal Tribunale per i minorenni di Trento, eliminando un congegno mal concepito e non adeguatamente disciplinato, nonché distonico rispetto ai canoni fondamentali che informano il processo a carico dell'autore di reato in età evolutiva, perché – come affermato, in conclusione,

l'imprevedibilità della "collegialità interdisciplinare", in Riv. it. dir. proc. pen., 2020, n. 3, p. 1592 ss.

²¹ Corte cost. 10 giugno 2020 n. 139, cit.

²² *Ibidem*.

²³ In argomento, per un maggiore approfondimento, v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 221 ss.

²⁴ Corte cost., 12 gennaio 2015, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*.

dal giudice remittente – «cela, di fronte a un reato asseritamente commesso da un minorenne, una meccanica trattamentale fortemente improntata sul paradigma punitivo, scandita dal principio di proporzionalità, anziché assicurare un approccio trattamentale fondato su dinamiche educative e riabilitative, definite dal principio personalistico e assicurate dalla multidisciplinarietà dell'organo giudicante minorile»²⁵.

Per analoghe motivazioni, si ritiene necessario che il legislatore voglia, con un intervento “in autotutela”, abrogare la disposizione (art. 28, comma 5-*bis*, D.P.R. n. 448/1988), introdotta *ex novo* dalla legge di conversione del “decreto Caivano”, che si espone alle medesime censure di legittimità costituzionale, in quanto preclude automaticamente l'accesso alla sospensione del processo con messa alla prova del minore, il quale, seppure abbia commesso reati connotati da particolare gravità (delitti di omicidio volontario aggravato, violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo aggravate, nonché alcune ipotesi di rapina aggravata²⁶), necessita, proprio per questo, di un intervento (ri)educativo, innestato nella fase processuale, che rappresenta l'unica soluzione alternativa alla condanna, non essendo applicabile, in tali procedimenti, la pronuncia di irrilevanza del fatto e, nella maggior parte dei casi, nemmeno il perdono giudiziale²⁷.

A tal proposito, non si deve trascurare, ancora una volta, l'insegnamento della Corte costituzionale²⁸, la quale, intervenendo, per la prima volta, in relazione al nuovo ordinamento penitenziario minorile, ha dichiarato illegittima la disposizione dell'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121/2018, nella parte in cui impedisce “automaticamente” ai condannati, che abbiano commesso nella minore età alcuni specifici e gravi delitti (c.d.

²⁵ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 14.

²⁶ L'art. 28, comma 5-*bis*, D.P.R. n. 448/1988 stabilisce che «le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai delitti previsti dall'articolo 575 del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 576, dagli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 609-*ter*, e dall'articolo 628, terzo comma, numeri 2), 3) e 3-*quinquies*), del codice penale». Si osserva che, nell'elenco di reati ostativi alla concessione del beneficio, è rimasto, inspiegabilmente, escluso il riferimento a fenomeni delittuosi di tipo associativo, rispetto ai quali pure si registra un crescente e preoccupante coinvolgimento di minorenni.

²⁷ Ai sensi dell'art. 169 c.p. e dell'art. 19 r.d.l. 1404/1934, il perdono giudiziale può essere applicato (soltanto) se per il reato commesso dal minore degli anni diciotto, il giudice ritiene applicabile una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a due anni, ovvero una pena pecuniaria non superiore nel massimo a 1.549 euro, anche se congiunta a detta pena.

²⁸ V. Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263 (ud. 5 novembre 2019), in www.cortecostituizionale.it. In proposito, v., volendo, L. CAMALDO, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni. La prima pronuncia d'illegittimità costituzionale del nuovo ordinamento penitenziario minorile*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, fasc. 1, p. 131 ss. Con una precedente pronuncia, la Corte costituzionale aveva ritenuta illegittima, per contrasto con gli artt. 27 e 31 Cost., la preclusione posta dall'art. 656, c. 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui vietava la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minori condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* l. 354/1975, in quanto si trattava di un «automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, dirette a perseguire, con il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena». Così Corte cost., 22 febbraio 2017, n. 90, in *Cass. pen.*, 2017, n. 5, p. 898 ss. Per alcuni commenti, v. P. MAGGIO, *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 5, p. 301 ss.; F. MANFREDINI, [Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017.

reati ostativi, di cui all'art. 4-bis l. 354/1975), l'accesso alle misure penali di comunità e agli altri benefici, consentendo così al tribunale di sorveglianza specializzato una valutazione individualizzata per tutti gli autori di reato minorenni, senza che assuma alcuna rilevanza il tipo di reato commesso.

Alla luce di tali indicazioni, è opportuno, pertanto, sopprimere le preclusioni alla sospensione con messa alla prova del minorenni collegate all'entità della pena e alla tipologia del reato commesso, in linea con la funzione prevalentemente educativa e responsabilizzante della messa alla prova minorile, facendo rivivere la precedente disciplina, dove il *quantum* di pena comminata in astratto rilevava non per l'adozione di tale soluzione, ma ai soli fini della durata del periodo di *probation*.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**