

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2021

### DIREZIONE

Ennio AMODIO - Angelo GIARDA - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Giorgio SPANGHER - Alfonso M. STILE - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

### EDITORIALI

Sergio Moccia - **Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette**

Luigi Stortoni - **La legge penale è “ragionevolmente” retroattiva**

### ARTICOLI

Silvia Tordini Cagli - **Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta**

Daniele Cenci - **Le Sezioni Unite Mariotti: tra prospettive e criticità aperte**

### OPINIONI

Bartolomeo Romano - **Il “nuovo” abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale**

Iacopo Benevieri - **Il processo penale virtuale: uno studio dell'Università di Oxford**

## **Direzione**

Ennio Amodio - Angelo Giarda - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Giorgio Spangher - Alfonso M. Stile - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

## **Comitato scientifico editoriale**

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - Massimo Donini - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Riscato - Bartolomeo Romano - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

## **Comitato scientifico (revisori)**

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi. Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Stefano Fiore - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Bartolomeo Romano - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

## **Comitato di redazione**

Il *coordinamento redazionale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Giulio Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Silvia Astarita - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - Donatello Cimadomo - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Gaetano Galluccio Mezio - Maria Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Mattia Romano - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti\_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

## Editoriali

- SERGIO MOCCIA, *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette* p. 3
- LUIGI STORTONI, *La legge penale è “ragionevolmente” retroattiva* » 13

## Articoli

- SILVIA TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta* » 21
- SILVIO SAU, *Brevi note in tema di tutela linguistica della vittima del reato nel processo penale* » 35
- FRANCESCA CURI, *Il Daspo urbano: “l'eterno ritorno dell'uguale”* » 43
- DANIELE CENCI, *Le Sezioni Unite Mariotti: tra prospettive e criticità aperte* » 61
- CARLO PETITTO, *Anarchici, sovversivi, terroristi: l'eterno ritorno del rischio di reprimere il dissenso* » 87

## Opinioni

- BARTOLOMEO ROMANO, *Il “nuovo” abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale* » 109
- GIUSEPPE COLLAZZO, *Il “nuovo” abuso di ufficio: ovvero, la metamorfosi del gattopardo* » 115
- IACOPO BENEVIERI, *Il processo penale virtuale: uno studio dell'Università di Oxford* » 127

## Dalle corti

- MASSIMILIANO OGGIANO, *Infortuni sul lavoro: la presenza di etichettature di sicurezza sui macchinari non esclude il dovere di informazione, formazione e vigilanza del datore di lavoro* » 139
- GIUSEPPE FORNARI e GIULIO CASILLI, *Fallimento della società in house del Comune: la responsabilità penale del Sindaco dell'ente locale per il delitto di bancarotta* » 151
- BRUNO ANDÒ, *Le Sezioni Unite e l'estensione dell'art. 384 comma 1 c.p. al convivente more uxorio tra istanze rigoristiche e rischi di applicazione erga omnes* » 159

- GIULIA RIZZO MINELLI, *La chiusura del caso "Tamoil Cremona": la nuova (ed ultima) pronuncia della Corte di Cassazione* » 175
- MARIA BRUCALE, *Ordinanza n. 2020/1239 del Tribunale di Sorveglianza di Perugia: permesso premio a condannato all'ergastolo ostativo non collaborante, giusta sentenza Corte Costituzionale, n. 253 del 2019* » 191
- ALESSANDRO MURONE, *In dubio pro reo: la prova d'accusa che lascia residuare un ragionevole dubbio è equiparata alla mancata prova* » 197
- MARIA LETIZIA SASSI, *Estensione del divieto di avvicinamento ai prossimi congiunti della persona offesa: necessaria la motivazione in ordine alle specifiche esigenze di tutela. Autonomia tra giudizio civile di affidamento dei figli e procedimento cautelare penale* » 209
- Pagine senza tempo**
- SERGIO MOCCIA, *Ricordo del Professor Stile* » 217

## LE MISURE DI PREVENZIONE: UN ESEMPIO PARADIGMATICO DI TRUFFA DELLE ETICHETTE\*

Sergio Moccia\*\*

D.lgs. n. 159/2011

La legge n. 646/1982, oltre ad introdurre la figura di reato dell'associazione di tipo mafioso, tra l'altro, modificò la fattispecie di pericolosità, al cui compimento consegue, com'è noto, l'applicazione della misura di prevenzione: la sanzione più problematica che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa conoscere<sup>1</sup>.

La fattispecie di pericolosità mafiosa, dal punto di vista strutturale, venne modellata esattamente sull'ipotesi delittuosa di associazione, contestualmente inserita nell'art. 416-*bis* c.p. e censurabile (anche) sotto il profilo della sufficiente determinatezza. Infatti, l'art. 13 l. n. 646/1982 modificò l'art. 1 l. 31 maggio 1965 n. 575<sup>2</sup>, disponendo l'applicabilità delle misure di prevenzione "agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo

\* Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Lucio Monaco*.

\*\* Professore emerito di Diritto penale nell'Università di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> È questo un giudizio che ha accomunato, in passato, autorevoli esponenti di diversi settori della scienza giuridica, cfr. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, 1962, *passim*; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Giuffrè, 1972, 1628; BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.Vv., *Le misure di prevenzione*, Giuffrè, 1975, 68 ss.; AMODIO, *Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 498; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione*, in AA.Vv., *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. FIANDACA e S. COSTANTINO, Giuffrè, 1986, 125 s. Per un diverso orientamento, per tutti, cfr. NUVOLONE, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, 1976, 634. La particolare problematicità delle misure di prevenzione trova, attualmente, conferma nei contenuti del dibattito dottrinale in materia: per un significativo sguardo d'insieme v. *Speciale "Delle pene senza delitto". Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 18/19 novembre 2016)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.

<sup>2</sup> Legge interamente abrogata dall'art. 120, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 159/2011.

mafioso”. Com'è noto, con il riordino della materia – avvenuto con il d.lgs. n. 159/2011, recante il «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136» – l'intera l. n. 575/1965 è stata abrogata e la citata fattispecie di pericolosità ha trovato collocazione nell'art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011, che dispone l'applicazione delle misure di prevenzione personali di competenza dell'autorità giudiziaria «agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* c.p.». L'art. 16, co. 1 lett. a) dello stesso decreto rinvia, poi, all'intero art. 4, nell'indicare i destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. Dunque, nell'attuale formulazione, la fattispecie di pericolosità mafiosa, rilevante ai fini del procedimento di prevenzione, richiama in via diretta il contenuto della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416-*bis* c.p., recependone, inevitabilmente, la scarsa determinatezza.

Se il *deficit* di determinatezza si presenta come, a dir poco, problematico, con riferimento alla norma di parte speciale, destinata a tradursi in capo d'imputazione all'interno del processo penale, le cose si complicano ulteriormente per la fattispecie di pericolosità che, fondandosi su di una base fattuale carente sotto il profilo della tassatività, deve necessariamente assumere la fisionomia di una pura fattispecie di sospetto, con esiti assolutamente inappaganti sul piano della certezza del diritto. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo probatorio, la presenza di indizi farebbe venir meno la stessa esigenza di attivare il procedimento di prevenzione a favore del promovimento del processo penale<sup>3</sup>.

Eppure la Corte costituzionale già da lunga data, in un'importante decisione, contenuta nella sentenza 23 marzo 1964 n. 23<sup>4</sup>, in materia di fattispecie di pericolosità, aveva indicato nella “oggettiva valutazione di fatti” il concretizzarsi dell'interazione garantistica tra legalità e giurisdizione, per superare la logica del mero sospetto in rapporto alla definizione dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione. In realtà, però, avviene che non è il piano fattuale, malgrado l'autorevole e chiara indicazione della Consulta, a venire in questione per individuare la base dell'accertamento richiesto ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione. E questo dato sembra valere anche al di là del contesto normativo antimafia, in quanto anche le fattispecie “indiziarie”, introdotte, per finalità di garanzia, nell'art. 1 l. 27 dicembre

---

<sup>3</sup> Cfr. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, II, 1987, 364 ss.; ID., *Commento all'art. 3 l. 3/8/1988 n. 327*, in *Legisl. pen.*, 1989, 26; ID., *Misure di prevenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 116; VIDIRI, *Nuovo processo penale e processo di prevenzione: quale cultura per quale giudice?*, in *Cass. pen.*, 1992, 200-201. Per un diverso ordine di idee, cfr. E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Treccani, 1990, 6-7, ma v. anche 14-15; TESSITORE, *Spunti di riflessione sui rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 257-259.

<sup>4</sup> Corte cost., 23 marzo 1964 n. 23, con nota di DE FRANCO, *Riserva di legge e determinatezza» delle previsioni di pericolosità sociale ex l. n. 1423/1956*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 105 ss.

1956 n. 1423<sup>5</sup> ad opera dell'art. 2 l. 3 agosto 1988 n. 327<sup>6</sup> ed oggi trasfusa nell'art. 1 d.lgs. 159/2011, restano in definitiva delle fattispecie di sospetto che continuano, nella sostanza, ad assegnare al sistema delle misure di prevenzione il compito di sostituirsi alla ben più garantita attività di controllo del diritto penale del fatto, quando quest'ultima risulti inattuabile per carenza dei presupposti probatori<sup>7</sup>.

Quest'ultimo ordine di considerazioni ha trovato, del resto, parziale conferma nella recente sentenza 27 febbraio 2019 n. 24, con cui la Corte costituzionale, sulla scia della pronuncia della Corte EDU del 23 febbraio 2017, n. 43395/09<sup>8</sup>, *de Tommaso c. Italia*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, nonché delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati, prima, nell'art. 1, n. 1, l. n. 1423/1956 e, poi, nell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011, vale a dire «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Legge interamente abrogata dall'art. 120, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011.

<sup>6</sup> L'art. 120, lett. f), d.lgs. n. 159/2011, ha abrogato gli artt. da 2 ad 11 e gli artt. 13 e 15 della l. n. 327/1988. Su quest'ultima v. FIANDACA, *Commento all'art.2 l. 3/8/1988 n.327*, in *Legisl. pen.*, 1989, 23 s.

<sup>7</sup> Come già ebbe a segnalare BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 229; e come sottolinea chiaramente MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pacini, 2019, 100 ss. V. anche ORLANDI, *La fattispecie di pericolosità. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 470 ss. Questo aspetto risulta oggi di particolare evidenza in riferimento al procedimento di prevenzione nei confronti di coloro che non siano soltanto 'indiziati' o non compiano atti meramente preparatori di determinate attività illecite, ma realizzino atti 'esecutivi', ai fini indicati nell'art. 4, lett. d) e lett. f), d.lgs. n. 159/2011, nella versione introdotta dalla l. n. 161/2017. Come puntualmente evidenziato da PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *DisCrimen*, 13.2.2020, 21, nei casi indicati, l'applicabilità delle misure di prevenzione anche agli autori di atti 'esecutivi', determina una palese sovrapposizione del procedimento di prevenzione al vero e proprio procedimento penale, tale da rendere ancor più evidente la 'scorciatoia probatoria' insita nel ricorso al primo in luogo - se non in aggiunta - del secondo.

<sup>8</sup> V. Corte EDU, 23 febbraio 2017, n. 43395/09, *de Tommaso c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2017, 2071 ss. Sulla pronuncia della Corte europea v. i commenti di VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. online*, 3 marzo 2017, e MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità delle "legge", ma una rondine non fa primavera*, *ivi*, 6 marzo 2017.

<sup>9</sup> V. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, 292 ss. Per la precisione, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 1423/1956, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, e dell'art. 4, co. 1, lettera c), d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui consentono l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel testo; e, inoltre, dell'art. 19 l. n. 152/1975, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, e dell'art. 16 d.lgs. n.159/2011, nella parte in cui stabiliscono l'applicazione ai suddetti soggetti delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. A commento della sentenza, v., tra gli altri, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 182

Quest'ultima decisione, tuttavia, non è il risultato di un risolutivo e formale riconoscimento dell'incompatibilità delle fattispecie di 'pericolosità generica', oggetto del procedimento di prevenzione, con il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2 e 3, Cost.).

Innanzitutto, perché essa lascia sopravvivere l'applicazione delle misure di prevenzione alle altre categorie di soggetti analogamente definite. In particolare, nella stessa sentenza, la Corte dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative alla fattispecie di pericolosità di cui alla lett. b) dell'art. 1 d.lgs n. 159/2011 – nella versione vigente «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» –, ritenendo che il significato di tale fattispecie sia ricavabile in maniera sufficientemente precisa dall'interpretazione 'tassativizzante'<sup>10</sup> della giurisprudenza di legittimità<sup>11</sup>.

Tralasciando ogni possibile considerazione sull'impiego del criterio del 'diritto vivente' in giudizi attinenti alla formulazione delle norme, va, inoltre, sottolineato come le stesse dichiarazioni d'illegittimità, cui perviene la sentenza n. 24/2019, concernenti l'applicazione delle misure di prevenzione a «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi», non trovino fondamento nell'art. 25, co. 2 e 3 Cost. – pure chiamato in causa dai giudici rimettenti, con riferimento al co. 3 –, bensì nel contrasto tra le norme oggetto di giudizio e l'art. 117 Cost., per il tramite dell'art. 2 Prot. 4 CEDU, per le misure di prevenzione personali, e dell'art. 1 del Prot. add. Cedu, per le misure di prevenzione patrimoniali, la cui applicazione ai soggetti in questione violerebbe anche l'art. 42 Cost.

La recente sentenza della Corte costituzionale si colloca, dunque, nel solco della pronuncia della Corte Edu, *De Tommaso c. Italia*, che già aveva riconosciuto il contrasto della disciplina delle misure di prevenzione personali, fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica', con la libertà di circolazione, tutelata dall'art. 2 Prot. 4 CEDU; e ciò per l'inidoneità delle previsioni, su cui si fondano tali misure, a costituire una base legale non solo accessibile per l'interessato, ma anche tale da consentirgli di prevedere ragionevolmente la restrizione del diritto convenzionale in conseguenza della propria condotta. Come già aveva fatto la Corte europea<sup>12</sup>, tradendo la vocazione garantista

ss.

<sup>10</sup> Sui profili critici dell'interpretazione 'tassativizzante', in generale e con particolare riferimento alla materia delle misure di prevenzione v. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, 144 ss.

<sup>11</sup> Sul punto v. la condivisibile opinione critica di PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, cit., 17 ss. Più ampiamente, sull'indeterminatezza delle fattispecie di 'pericolosità generica', v. ID., *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 450 ss.

<sup>12</sup> Ancor prima della citata sentenza sul caso *de Tommaso c. Italia*, v. Corte EDU, 22 febbraio 1994, n. 281, *Raimondo c. Italia*, in *Riv. it. dir. umani*, 1994, 95.



dei c.d. criteri Engel<sup>13</sup>, la Corte costituzionale nega – confermando quanto sostenuto in passato<sup>14</sup> – la natura penale delle misure di prevenzione e, dunque, il loro contrasto con il principio di legalità vigente nel diritto penale.

Ed è questo il più grave limite degli orientamenti giurisprudenziali – nazionali ed europei – in materia. Essi contraddicono ciò che, a ben vedere, è nella natura delle cose: infatti, qualsiasi richiamo, normativo e non, al privilegio di elementi fattuali nell'accertamento della fattispecie di pericolosità è destinato a restare un'astratta affermazione di principio, dal momento che, come già si è accennato, qualora tali elementi fattuali integranti veri e propri indizi fossero acquisiti, vi sarebbero i presupposti per far scattare il processo penale al posto del procedimento di prevenzione. E ciò ha come conseguenza la trasformazione delle misure, da formalmente preventive a sostanzialmente repressive, con il pieno recupero del problema delle garanzie proprie del diritto penale: a partire dalla presunzione di non colpevolezza<sup>15</sup>, che ritorna all'attenzione con tutte le sue significative implicazioni di tipo formale e di tipo assiologico<sup>16</sup>.

È possibile, allora, parlare di fattispecie indiziarie di sospetto che fungono da sostitutivi di vere e proprie fattispecie criminose, risultate inapplicabili per carenza di necessari riscontri: una vera e propria truffa di etichette<sup>17</sup>, del tipo di quelle che la giurisprudenza di Strasburgo mirerebbe a 'smascherare' tramite l'estensione della 'materia penale' e delle relative garanzie, sulla base di criteri di ordine sostanziale. Come si è detto, un obiettivo mancato nel caso di specie<sup>18</sup>.

A ben vedere, questo delle misure *ante o praeter delictum* è il settore in cui la nostra legislazione ha mostrato con maggiore 'costanza' il carattere dell'emergenza ed al suo interno, in particolare, per quel che concerne le misure destinate al controllo dell'attività mafiosa. I risultati di questa risalente attività di 'prevenzione' sono stati, com'è sotto gli occhi di tutti, a dir poco deludenti dal punto di vista della prevenzione patrimoniale e controproducenti dal punto di vista della prevenzione personale<sup>19</sup>. Quest'ultima, infatti, ha

---

<sup>13</sup> V. Corte EDU, 8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

<sup>14</sup> Sul fondamento preventivo e non repressivo delle misure di prevenzione v. Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282, in *Cass. pen.*, 2011, 2187 ss., conforme alle precedenti sentenze della stessa Corte n. 23/1964 e n. 27/1959.

<sup>15</sup> Sul sospetto come presunzione di colpevolezza si vedano le splendide pagine di MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Giuffrè, 1979, 122 ss.

<sup>16</sup> Cfr. per tutti CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, cit., 140; BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 266.

<sup>17</sup> Cfr. sul tema FIANDACA, *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in *Legisl. pen.*, 1989, 24.

<sup>18</sup> Sull'applicazione dei c.d. criteri Engel al problema della natura giuridica delle misure di prevenzione v. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 197 ss.

<sup>19</sup> V. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 510, che sottolinea il "carattere intimamente desocializzante" delle misure di prevenzione personale, definite "uno

finito per determinare una più ampia diffusione del fenomeno che s'intendeva combattere: nelle sedi di soggiorno obbligato si sono riprodotte quelle forme di criminalità di stampo mafioso che, in precedenza, caratterizzavano soltanto le zone di provenienza dei prevenuti<sup>20</sup>.

È bene riflettere sul fatto che tali risultati, deludenti quando non controproducenti, fanno seguito ad una normativa sempre più disinvolta, quanto a rispetto delle garanzie, quasi a dimostrazione dell'assunto secondo cui rigore indiscriminato non equivale affatto ad efficienza.

L'esigenza primaria che ha caratterizzato, e continua a caratterizzare, l'utilizzazione delle misure di prevenzione antimafia, a partire dalla legge 25 agosto 1863 n. 1409, "Procedura per la repressione del brigantaggio e dei camorristi nelle provincie infette", e via via attraverso la successiva legislazione, ottocentesca e dei primi decenni del Novecento, di pubblica sicurezza, fino alla legge La Torre del 1982 e all'attuale Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione<sup>21</sup>, è stata quella di disporre di scorciatoie probatorie in rapporto all'accertamento di fatti di reato. Altra costante, non meno significativa, e sulla quale converrà riflettere, è data dal fatto che sin dal 1865 l'intervento di prevenzione antimafia si è sovente articolato in un duplice ordine di misure, di tipo personale e di tipo patrimoniale<sup>22</sup>.

E in realtà, è stata proprio la riscoperta di queste ultime quale significativo – sul piano delle aspettative – strumento di lotta alla criminalità organizzata, che ha determinato un'ulteriore valorizzazione del sistema di prevenzione. Siamo convinti che la dubbia costituzionalità delle misure di prevenzione, da tempo segnalata da autorevole dottrina<sup>23</sup>, avrebbe determinato alla lunga il loro abbandono da parte dell'ordinamento<sup>24</sup>.

Già con la legge n. 575/1965 era stata prevista, all'art. 1, la fattispecie di pericolosità di "indiziato di appartenere ad associazioni mafiose", che rendeva applicabile la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno. Ma fu solo con la legge La Torre, che la normativa di prevenzione

strumento criminogeno funzionale alla neutralizzazione di soggetti assunti – in modo più o meno ragionevole, più o meno arbitrario – come socialmente pericolosi".

<sup>20</sup> Cfr., per tutti, FIANDACA, *Misure di prevenzione*, cit., 112-113; 117-118.

<sup>21</sup> Per un'efficace ricostruzione dell'evoluzione storica delle misure di prevenzione v. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 29 ss.

<sup>22</sup> Si veda, in proposito, l'elegante contributo di Carlo FIORE, *Il controllo della criminalità organizzata nello stato liberale: strumenti legislativi e atteggiamenti della cultura giuridica*, in *Studi storici*, 1988, 421 ss.; sul tema v. anche TESSITORE, *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici: dall'Unità al fascismo*, in *Nuovi quaderni del meridione*, 1985, 405 s. Per una felice ricostruzione di talune costanti emergenziali nella legislazione penale italiana, a partire dall'Ottocento, cfr. AA.VV., *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di L. MARTONE, ESI, 1996, *passim*.

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 29 ss.; *Id.*, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della l. 22/5/75, n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 221 ss.

<sup>24</sup> Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano, 2020, 770-771 (nota 2).

antimafia subì un notevole ampliamento; ad essa è succeduta una nutrita serie di interventi legislativi, di stile emergenziale, contenenti ulteriori modifiche, non sempre provvide, che hanno dato vita ad un quadro di difficilissima lettura<sup>25</sup>, rimasto tale, nella sostanza, anche a seguito all'opera di razionalizzazione sistematica, realizzata con il d.lgs. n. 159/2011<sup>26</sup>.

L'aspetto più rilevante di questa normativa è dato dalla previsione di misure, cautelari e definitive, di tipo patrimoniale ed interdittivo, che si affiancano a quelle personali tradizionali; esse, tuttavia, al pari di queste ultime presentano l'inconveniente della forte problematicità sotto il profilo del rispetto delle garanzie individuali<sup>27</sup> e, fatto altrettanto inquietante, si sono rivelate di assai dubbia efficacia<sup>28</sup>.

Le misure di tipo cautelare consistono nella sospensione, tra l'altro, di licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi ed erogazioni di contributi (art. 67, co. 3 d.lgs. n. 159/2011); nell'imposizione di una cauzione (art. 31 d.lgs. n. 159/2011); nel sequestro, che ha ad oggetto beni di cui la persona, nei confronti della quale si è aperto procedimento di prevenzione, ha la disponibilità diretta o anche indiretta, quando vi sia il sospetto che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Tra i "sufficienti indizi" su cui può essere fondato il sospetto, l'unico tipizzato è la notevole sperequazione

---

<sup>25</sup> Cfr. sull'argomento CURI, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. CORSO, G. INSOLERA e L. STORTONI, Giappichelli, 1995, 210 s.

<sup>26</sup> Ricordiamo che lo stesso d.lgs. n. 159/2011 è stato oggetto di successive integrazioni e modifiche. Tra gli strumenti normativi specificamente destinati a tale scopo, v. d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136»; d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 «Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136»; l. 6 agosto 2015, n. 121 «Modifica al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, in materia di soggetti sottoposti alla verifica antimafia»; l. 17 ottobre 2017, n. 161 «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate»; d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Critico sul d.lgs. n. 159/2011, che non considera, in realtà, un 'codice', ma un Testo unico 'malfatto', perché incapace di mettere ordine nella disciplina, di cui si limita a riprodurre le disposizioni, PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 252-253.

<sup>27</sup> Sulla controversa legittimità delle misure di prevenzione patrimoniali v. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 583 ss.

<sup>28</sup> Cfr. FIANDACA, *Misure di prevenzione*, cit., p. 123; sulle misure di prevenzione di tipo patrimoniale, si veda anche il pregevole contributo di AMODIO, *La misura di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, III, 1985, p. 632 ss.

tra il valore dei beni di cui la persona dispone e il reddito dichiarato o l'attività svolta (art. 20 d.lgs. n. 159/2011).

Le misure definitive, che si applicano a chi sia sottoposto a misure di tipo personale, riguardano la decadenza, tra l'altro, da licenze, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni ad albi, erogazioni, che può colpire, per un periodo di cinque anni, anche i conviventi, nonché le persone giuridiche di cui il prevenuto sia l'amministratore o ne "determini in qualsiasi modo scelte ed indirizzi" (artt. 67 e 68 d.lgs. n. 159/2011); la confisca della cauzione, nel caso di violazione degli obblighi connessi alla misura di prevenzione personale (art. 32 d.lgs. n. 159/2011); la confisca dei beni sottoposti a sequestro, che consiste nella loro devoluzione allo Stato, quando non sia stata dimostrata la legittima provenienza dei beni (art. 24 d.lgs. n. 159/2011).

L'estensione degli effetti delle misure anche a persone diverse dal prevenuto rende, al di là della dimensione del sospetto – che, comunque, fa da sfondo all'applicazione della misura –, ancor più stridente il contrasto tra la normativa in esame ed i principi di difesa, di non colpevolezza e di responsabilità personale, e non ci sembra che possano qui invocarsi etichette o classificazioni formali; a venir pesantemente in questione sono diritti di libertà dell'individuo, che da quei principi traggono tutela.

Un'altra peculiarità della normativa in questione, che suscita perplessità sotto il profilo della legittimità costituzionale relativamente ai principi di ragionevolezza e di rieducazione, è data dalla previsione di inasprimenti di pena per una lunga serie di reati, quando sono commessi da soggetti sottoposti a misure di prevenzione, a norma dell'art. 71 d.lgs. 159/2011<sup>29</sup>. In effetti, contrariamente ad elementari regole di ragionevolezza, assecondando desocializzanti parametri di *Lebensführungsschuld*, in base alle disposizioni richiamate viene ad essere assunto a presupposto per l'aggravamento della pena un mero *status* del reo, che non ha affatto i requisiti della circostanza legata alla commissione del fatto di reato. Correttamente inteso, questo *status* può, in diritto penale del fatto, soltanto configurarsi come un dato utilizzabile ai fini della conoscenza della personalità del reo, che risulterà rilevante, eventualmente, in rapporto alla valutazione espressa secondo i criteri di cui alla norma dell'art. 133 co. 2 c.p.

In assenza di un esplicito riconoscimento delle misure di prevenzione nella Carta costituzionale, pur essendo tali sanzioni ben presenti nell'esperienza giuridica italiana precedente l'emanazione della Costituzione, è legittimo porsi l'interrogativo relativo al fondamento della limitazione dei diritti fonda-

---

<sup>29</sup> Sull'argomento cfr. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosa: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 42 ss. Anche l'art. 71, d.lgs. 159/2011, come gli abrogati artt. 6, 7 e 9 l. n. 575/1965 – a cui esso, di fatto, corrisponde – ha subito, nel tempo, modifiche, per effetto del d.l. n.7/2015, convertito in l. n.43/2015, e della l. n.161/2017.

mentali, nei confronti di chi non abbia violato la legge penale, sulla base di un mero sospetto, consentendo in tal modo espressioni arbitrarie del potere<sup>30</sup>.

Se a ciò si aggiunge il dato della scarsa efficacia sinora dimostrata dalle misure di prevenzione, che non sono riuscite a fare da supporto ad un non particolarmente efficace controllo strettamente penale, si ha la conferma di una verità, che attualmente pare fin troppo trascurata, secondo cui gli sforzi maggiori per combattere fenomeno criminali, che traggono origine da condizioni di profondo disagio socio-individuale, vanno operati nella rimozione di quelle condizioni con serietà d'intenti e competenza, abbandonando fuorvianti illusioni di tipo poliziesco<sup>31</sup>. Vanno dunque tagliate le radici culturali, istituzionali e sociali con un'opera di effettiva prevenzione di tipo politico ed economico in senso ampio, che sia espressione di un ampio disegno strategico di interventi multiagenziali a più livelli.

---

<sup>30</sup> Cfr. sull'argomento BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 387.

<sup>31</sup> Cfr. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 74 s.



## LA LEGGE PENALE È “RAGIONEVOLMENTE” RETROATTIVA

Luigi Stortoni\*

Corte cost., 18 novembre 2020 (dep. 23 dicembre 2020), n. 278

1. «*La legge penale può essere “ragionevolmente” retroattiva*»: è questo, nella sostanza, l’approdo della sentenza 278/2020 con cui la Corte Costituzionale ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale dell’art. 83, 4° comma del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18.

Non è e non vuol essere quella appena formulata asserzione provocatoria, né tanto meno frutto d’ironia ma, se mai, amara constatazione del superamento di un primario principio costituzionale: quello di irretroattività in materia penale.

Né ad attenuare il potenziale impatto di questa sentenza – che merita con ogni probabilità d’essere definita “storica” salvo ad ognuno di declinarne la valenza positiva o negativa – sul sistema penale, serve il fatto che abbia ad oggetto un istituto attinente alla punibilità quale la prescrizione.

Istituto da tempo sotto attacco dalla politica, dalla magistratura e da certa dottrina, e che pure aveva resistito grazie alle sapienti e rigorose prese di posizione della stessa Consulta nella vicenda “Taricco”<sup>1</sup>.

E, d’altro canto, è canone degno di von Clausewitz quello di sferrare l’attacco per sfondare le linee nemiche nel punto più vulnerabile e già fiaccato.

Non è questa la sede per tornare sul tema della natura, della importanza, financo del rilievo costituzionale della prescrizione – temi ben noti quanto sviliti e sovente falsati – perché non è questo il punto su cui credo si debba riflettere.

L’attenzione penso vada polarizzata sulla portata della decisione della Corte e sul percorso logico seguito per motivarla.

---

\* Professore emerito di diritto penale dell’Alma Mater Università di Bologna.

<sup>1</sup> Cfr. la ben nota ordinanza 24/2017 e sentenza 115/2018.

Da verificare è la potenzialità che la sentenza e gli argomenti che la sorreggono esprimono rispetto al sistema penale nel suo complesso relazionato ai principi costituzionali.

**2.** La sintesi della decisione: la norma di cui all'art. 83 comma IV del d.l. 17.3.2020 n. 18, che dispone la sospensione del decorso della prescrizione anche per i fatti posti in essere prima della sua emanazione, non contrasta con il principio di irretroattività di cui all'art. 25, 2° comma della Carta Costituzionale perché non fa altro che specificare l'art. 159, 1° comma del codice penale secondo cui la prescrizione è sospesa quando la legge sospende il processo; norma alla cui “*preesistenza*” si deve aver riguardo per verificare la soddisfazione del principio sopraenunciato.

Ne consegue che - ad avviso della Corte - al legislatore è demandato il potere di prevedere cause di sospensione del processo con conseguente - purché esplicita - sospensione della prescrizione (anche) per reati anteriormente commessi.

L'argomentazione impiegata dai giudici della Consulta per legittimare il potere così conferito al legislatore riecheggia le teoriche che, nella diversa materia di riserva della legge in materia penale vennero formulate da certa dottrina e in parte recepite dalla giurisprudenza per legittimare costituzionalmente le norme penali in bianco<sup>2</sup>.

S'asseriva che la riserva fosse soddisfatta anche da quella legge che si limitasse a sanzionare la violazione di altra e futura norma pur di rango inferiore alla legge.

La c.d. “*disobbedienza in quanto tale*” - ché così fu criticamente etichettata quella teoria - doveva bastare a soddisfare la riserva di legge costituzionalmente prevista per la materia penale; il fatto che, in buona sostanza, fosse la seconda norma ad operare in concreto la scelta di politica penale non doveva rilevare.

Mi sia concesso al riguardo e mi basti rimandare alle pagine con cui - oltre cinquant'anni fa - Franco Bricola bollò quelle teoriche come volte ad aggirare ed a svuotare di significato il principio costituzionale in questione<sup>3</sup>.

*Mutatis mutandis*, se pure ad altro proposito e con diversa finalità, non v'è chi non veda come simile ragionamento sia alla base dell'invocazione del citato articolo 159, 1° comma operato dalla Consulta per legittimare l'evidente ed innegabile retroattività della norma oggi in esame.

Parafrasando l'indimenticato Maestro e la appena menzionata sua basilare (e ben nota ma forse non a tutti i giovani e pur brillanti studiosi) opera dedicata ai principi costituzionali del diritto penale, è facile rilevare che non

---

<sup>2</sup> Cfr. B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 399; A. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, regolamento e norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 285.

<sup>3</sup> Cfr. F. BRICOLA, *la discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 233 e ss.



è il citato articolo del codice penale ma la successiva norma, di volta in volta adottata dal legislatore, a stabilire – con effetto anche ai fatti ad essa pregressi – la sospensione del decorso della prescrizione.

Davvero difficile ci pare – e pur lo si è tentato – negare che l'art. 159, 1° comma c.p. risponda perfettamente allo schema della norma in bianco onde non possa legittimare l'introduzione di future fattispecie di sospensione con effetto retroattivo. D'altro canto di questo problema s'erano già fatte carico alcune ordinanze di rimessione<sup>4</sup>.

Non solo: la stessa Corte di Cassazione, nella decisione con cui aveva respinto l'eccezione di incostituzionalità, dichiarandone la manifesta infondatezza, della norma ora legittimata dalla Corte Costituzionale, aveva esplicitamente e motivatamente asserito che «*la sospensione della prescrizione [qui in esame] non è riconducibile a parere del Collegio, alla disciplina generale dettata dall'art. 159 cod. pen.*».

Aggiungeva che «*non si può semplicemente concludere che il legislatore abbia introdotto una nuova causa di sospensione tra le tante*».

E ciò – continuava la Corte con logica giuridicamente impeccabile – in quanto «*diversamente ragionando dubbi di incostituzionalità sorgerebbero con riguardo all'art. 159 cod. pen., che risulterebbe disposizione contenente al suo interno una deroga indeterminata al principio di irretroattività, e risulterebbe perciò incostituzionale proprio in quanto consentirebbe di applicare retroattivamente le successive cause di sospensione del corso della prescrizione, introdotte per suo tramite. Come a dire che il legislatore avrebbe finito per consentire una manifestazione del potere legislativo in deroga al principio di irretroattività consentendo di introdurre retroattivamente norme derogatorie. Tale esegesi – come peraltro osservato anche dalla dottrina –, si risolverebbe in un surrettizio aggiramento del principio di irretroattività in peius*»<sup>5</sup>.

Schietta e lineare asserzione dommatica questa della Corte regolatrice, così difficilmente contestabile, che la stessa aveva dovuto addurre a motivazione della legittimità della norma ritenuta retroattiva, addirittura, la derogabilità dei principi costituzionali in presenza di situazione eccezionali, asserendo che «*l'emergenza non sta affatto "fuori" della Costituzione*». Ha dovuto, cioè, teorizzare uno «*stato d'eccezione*» costituzionalmente inaccettabile e su cui brevemente tornerò.

Riprendendo le fila del discorso e tornando alla sentenza della Corte Costituzionale qui in esame, ad arginare il *vulnus* che in tal modo essa crea rispetto al canone della irretroattività va detto che non valgono le rassicurazioni che la sentenza tenta di fornire: alludo ai passi della decisione in cui s'asserisce che non v'è motivo di temere che si sia aperta la via a possibili abusi del legislatore perché ferme restano altre garanzie. Senonché queste

---

<sup>4</sup> Cfr. Trib. Siena 21.05.2020, p. 7

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Pen., III, 17 luglio 2020 – ud. 2 luglio 2020 – n. 21367.

si rivelano ora ben poco convincenti, ora addirittura eccentriche rispetto al tema.

Così è per «*la garanzia della riserva di legge delle ipotesi di sospensione del procedimento o del processo*» che «*rimane in ogni caso*».

Qui l'affermazione sconta addirittura una erronea prospettazione giuridica: la confusione e la reciproca insurrogabilità tra il principio di riserva di legge e quello di irretroattività in materia penale. Appena il caso di rammentare che il primo è volto a garantire il monopolio normativo in materia penale del legislatore rispetto a fonti inferiori; è garanzia proprio in favore del legislatore come espressione della democrazia rappresentativa.

Il secondo – al contrario – è posto a garanzia della certezza del diritto e quindi a tutela del cittadino rispetto al possibile abuso del legislatore.

Invocare quello per supplire a questo è semplicemente sbagliato e non poco fuorviante.

Davvero misero, di poi, l'antidoto consistente nel fatto che comunque «*la nuova causa di sospensione – pur applicabile anche a condotte pregresse – non può decorrere da una data antecedente alla legge che la prevede*».

Non certo rassicurante, poi, il richiamo – con cui ci si vorrebbe tranquillizzare – ai «*principi di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma Cost.) a confronto dei quali sarà sempre possibile il sindacato di legittimità costituzionale della stessa sospensione dei procedimenti penali*».

Quanto lasche ed a larghe e mutevoli maglie siano questi criteri bene si sa, ma ancora una volta l'argomento non è pertinente al tema: non è in questione il buon governo delle scelte del legislatore rispetto alla creazione di casi di sospensione della prescrizione come conseguenza di quella del processo, ma la ben diversa *quaestio* della retroattività della sospensione del suo decorso. Come dire che, pur ammesso – ed è dato dubitarne – che quelle decisioni siano ragionevoli ed opportune, resta intatto il problema della applicabilità ai fatti pregressi dell'effetto sulla prescrizione. Di nuovo, quindi, argomento prima che infondato, erroneo.

Si consideri che sul piano della ragionevolezza la valutazione coniuga la misura adottata con la situazione materiale in forza della quale essa è assunta: la eccezionalità di questa può – fondatamente o meno – motivare quella ma questione ben diversa è quella attinente il rispetto del limite costituzionale dell'irretroattività.

Oggi è la pandemia che si pretende giustifichi il retroattivo prolungamento della prescrizione; ma, allo stesso modo, cosa esclude che domani sia la gravità – reale o presunta – di un fenomeno criminale che desta particolare allarme sociale ad essere invocata per giustificare un “*ragionevole*” intervento penale con effetto retroattivo?!

Né è esaustiva obiezione la necessità della preesistenza di una legge cui – come per l'art. 159, 1° comma c.p. – ancorare la nuova disposizione.

Tante ed innumerevoli le norme che contengono elementi normativi capaci delle più varie integrazioni ai quali, alla stregua di quanto argomenta la Corte, non si estenderebbe il vincolo costituzionale della irretroattività.

Ancora: confuso ed inconferente appare, di poi, il riferimento alla valenza processuale della prescrizione con cui vorrebbe ulteriormente suffragarsi il risolutivo rimando all'art. 159, primo comma cod. pen. Asserire che «*anche le regole del processo possono avere un'incidenza sulla disciplina della prescrizione*» costituisce affermazione per un verso indivisibile e per altro inconcludente rispetto al problema oggetto del giudizio della Corte.

Sotto il primo profilo la stessa sentenza ribadisce la natura sostanziale della prescrizione non rinnegando la sua giurisprudenza al riguardo che, anzi, esplicitamente riconferma.

Sotto altro profilo, innegabile che la prescrizione possa – come qualsiasi istituto di diritto penale sostanziale – rilevare sul piano processuale, ma da questo non può dedursi non solo la sua natura processuale, ma neanche che ciò implichi la non applicabilità dei principi costituzionali dettati – appunto – per il diritto penale sostanziale.

Come dire che il mutamento di disciplina dell'istituto sul piano (ovviamente) sostanziale potrà avere ricadute processuali ma ciò non incide sul fatto che la sua efficacia non potrà retroagire ai fatti commessi prima della modifica stessa.

A petto di tutto ciò sta il principio di irretroattività in materia penale la cui inderogabilità è stata più volte asserita dalla stessa Corte Costituzionale<sup>6</sup> oltretutto unanimemente riconosciuta in dottrina come irrinunciabile<sup>7</sup>. Divieto di retroattività *in malam partem* riconosciuto anche dalla Corte EDU che ne predica l'irrinunciabilità anche «*in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*»<sup>8</sup>.

Occorre forse rammentare che il rispetto dei principi fondamentali – recepiti per altro dalla Costituzione – serve e si impone solo quando la situazione li pone in discussione o in pericolo?!

Non è allora un fuor d'opera ribadire che lo stato d'eccezione è estraneo alla nostra Costituzione ed antitetico ai suoi valori pur se non è mancato chi ha voluto prospettare – proprio con riferimento alla situazione determinata dal COVID-19 ed ai relativi provvedimenti normativi – una sua versione *soft*<sup>9</sup>.

La sintesi del discorso riporta quindi all'esordio: secondo la Consulta la Carta fondamentale consente in materia penale *una retroattività ... ragionevole!*

Canone che nessuna ipocrisia basta a nascondere come del divieto di retroattività in materia penale esso sia la perfetta negazione.

---

<sup>6</sup> Per tutte la 394/2006.

<sup>7</sup> Nell'ampia letteratura, di recente con vigore lo ha ribadito Marcello Gallo (cfr. M.GALLO, *Le fonti rivisitate, Appunti di diritto penale*, 2017, 84 e ss. e 91).

<sup>8</sup> Il principio del “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” di cui all'art. 7 CEDU è, infatti, ricompreso tra quelli inderogabili ex art. 15 stessa Carta.

<sup>9</sup> Cfr. T. EPIDENDIO, *Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *Giustizia insieme.it*, 19.IV.2020.

Se, liberandoci per un attimo dall'ossessiva discussione sulla prescrizione, allarghiamo l'orizzonte al diritto penale nel suo complesso, non è forse eccessivo asserire che si scorgono prospettive piuttosto inquietanti.

**3.** Sentenza - quella di cui stiamo dicendo - frutto di non poco travaglio interno alla Corte di cui è segno la inusuale ma eloquente vicenda - riportata in sentenza - della sostituzione del relatore dissenziente onde la sua stesura per mano d'altro giudice; e - è da presumere - per la mutata ispirazione che la segna rispetto alla pregressa giurisprudenza della Consulta, segnatamente alle menzionate pronunce sul caso Taricco.

Ci pare ciò emerga dal procedere in modo, per vero non proprio lineare della motivazione: una enunciazione diffusa - quasi celebrativa - dei principi garantisti della legalità costituzionale in materia penale e dell'irretroattività in specie che lascerebbe presagire al(lo sprovveduto) lettore una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma scrutinata, seguita, però, da un brusco ripiegare sul più volte citato articolo codicistico - il 159, 1° comma - per giungere ad opposta conclusione. Un *revirement* rispetto alla premessa che suona quasi *excusatio non petita* ... con quel che segue: ognuno dia la sua interpretazione.

Nell'ampio esordio si riafferma non solo e non tanto il carattere sostanziale della prescrizione, ma - riferendosi anche a pregresse pronunce - si proclama senza infingimenti che «*La garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma. Cost.) nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che - avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità - da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*» e s'aggiunge «*Dall'altra parte, tale garanzia, espressa dal principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., appartiene al nucleo essenziale dei diritti di libertà che concorrono a definire la identità costituzionale dell'ordinamento giuridico nazionale*».

Rapportando, poi, le formulate petizioni di principio al caso sottoposto allo scrutinio di costituzionalità, la Corte non esita ad asserire non solo che «*il rispetto del principio di legalità comporta ...che la durata del tempo di prescrizione deve essere sufficientemente determinata*», ma soprattutto che non possa essere retroattiva la «*norma di legge che, fissando la durata del tempo di prescrizione dei reati, **ne allunghi il decorso ampliando in peius la perseguibilità del fatto commesso***».

Coerentemente, la sentenza non esita ad affermare che «*il rispetto del principio di legalità coinvolge anche la disciplina della decorrenza della sospensione e dell'interruzione della prescrizione stessa perché essa, nelle sue varie articolazioni, concorre - come già rilevato - a determinare la dura-*

*ta del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione». «**Si tratta di vicende che incidono sulla complessiva durata del tempo di prescrizione dei reati**» [neretti nostri].*

Parrebbe doversi da queste premesse trarre la conclusione che la sospensione della prescrizione connessa all'introduzione di una nuova causa di sospensione del processo, determinando (e incidendo retroattivamente sul) «*la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione*», non possa che essere giudicata costituzionalmente illegittima.

Così non è perché opposto è il responso della Corte in forza – come s'è detto – della criticata utilizzazione dell'art. 159, 1° comma del codice penale.

Un'inversione di rotta tanto evidente quanto logicamente incoerente.

Se ne trova prova nelle difficoltà e nelle – a mio avviso insuperabili – contraddizioni in cui la sentenza si dibatte nel tentativo di rendere compatibile la sua decisione con la *prevedibilità* quale oggetto della garanzia del principio di irretroattività.

Scrivono i Giudici della Consulta che «*non solo l'autore del fatto deve essere posto in grado di conoscere ex ante qual è la condotta penalmente sanzionata (ossia la fattispecie di reato) e quali saranno le conseguenze delle sue azioni in termini di sanzioni applicabili (ossia la pena) ma deve egli avere anche **piena consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale** in cui sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, delle sue responsabilità penali (ossia la durata del tempo di prescrizione del reato)*» precisando «*anche se ciò non comporta la precisa predeterminazione del dies ad quem in cui maturerà la prescrizione*» [anche qui neretto nostro].

Asserzione condivisibile che parrebbe implicare il fatto che egli debba anche poter conoscere i casi in cui quel termine potrà essere interrotto o sospeso, giusta quanto prima detto e quanto parrebbe chiaramente emergere dalle stesse surriferite premesse circa i principi fissati dalla Carta. Solo a questa condizione, infatti, la sua previsione potrà essere concreta e reale.

Ma anche qui ecco il salto logico: il requisito della previa conoscibilità è soddisfatto dalla «*contezza della linea di orizzonte temporale tracciata dalla durata, per così dire, “tabellare” prevista in generale dall'art. 157 cod. pen.*» e, per ciò che concerne le possibili sospensioni, dalla mera “contezza” dell'art. 159, 1° comma; norma aperta ad ogni futura possibile (pur ragionevole) integrazione di cause – appunto – sospensive.

Non v'è chi non veda come l'orizzonte temporale, già vago, s'annebbi fino a scomparire.

Il cittadino è in grado di prevedere che la scadenza del termine massimo di punibilità sarà quello che risulterà dal dato “*tabellare*”, ma prolungato da cause di sospensione che potranno normativamente intervenire in futuro e che egli, neanche con la più fervida fantasia, può prevedere al momento del fatto.

Ed è proprio così: la *prevedibilità* come concreta previsione – che la Costituzione garantisce con l'art. 25, 2° comma così come tante volte ribadito

dalla stessa Corte – non è più neanche evanescente prevedibilità, ma ignoto futuro.

**4.** L'accusa contro chi s'azzarda a sostenere l'illegittimità delle novelle “norme covid” in tema di prescrizione e che serpeggia tra i non pochi che s'affannano a escogitare plurime quanto tortuose vie per “salvarle”, si articola dall'iper-garantismo, alla sottovalutazione dei problemi che all'espletamento della funzione giudiziaria arreca la pandemia e – non poteva mancare – all'insensibilità per i diritti della vittima.

Non anche – almeno espressamente – l'addebito di avvocatessa vicinanza agli imputati.

Ma la domanda di fondo che si sfugge e che resta senza risposta è perché le conseguenze della eccezionale situazione epidemica debbano scaricarsi sul cittadino imputato. Tanto più di fronte ad una macchina giudiziaria che in un ampio lasso di tempo non è riuscita a pervenire ad una conclusione.

E – soprattutto a livello ancor più alto – se valga la pena per evitare qualche pronuncia di prescrizione di procedimenti già giacenti da lungo tempo in un sistema in cui il numero dei processi penali destinati e non raramente deliberatamente votati a morte certa è tutt'altro che esiguo, sacrificare principi fondamentali della civiltà giuridica che la Costituzione vuole a tutela dei cittadini.

# IL REATO DI ABUSO D'UFFICIO TRA FORMALIZZAZIONE DEL TIPO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE: UNA QUESTIONE ANCORA APERTA\*

Silvia Tordini Cagli\*\*

**Sommario:** **1.** Premessa: ancora una riforma per l'abuso d'uffici. - **2.** La sentenza della IV sez. della Corte di Cassazione n 1146/2020. - **3.** La rilevanza dell'eccesso di potere nella fattispecie riformata. - **4.** La storia infinita del reato di abuso d'ufficio: il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. - **5.** Il parziale fallimento della novella del 1997. - **6.** Brevi considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

*Il d.l. 76/2020 ha riformato - per la terza volta - la fattispecie di Abuso d'ufficio. L'intento dichiarato da parte del legislatore è una delimitazione ancora più tassativa della condotta punibile in vista di un contenimento della tendenza espansiva del formante giurisprudenziale. L'articolo si propone di verificare le prospettive di tenuta della riforma prendendo in esame uno dei primi arresti giurisprudenziali in argomento.*

*The d.l. 76/2020 has reformed - for the third time - the office abuse. The legislator's declared intention is to delimit the punishable conduct even more strictly in order to contain the expansive tendency of the jurisprudential formant. This article aims to verify the prospects of the reform by examining one of the first jurisprudential arrests on the subject.*

---

\* Il presente scritto è destinato agli Scritti in onore di Gaetano Insolera.

\*\* Professoressa associata in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Bologna.

## 1. Premessa: ancora una riforma per l'abuso d'ufficio.

Con il d.l. n. 76 del 16 luglio 2020, c.d. decreto semplificazioni, convertito con l. n. 120 dell'11 settembre 2020, il governo ha voluto realizzare un «intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno all'economia verde e all'attività di impresa»; a questi fini, tra l'altro, «viene definito in modo più puntuale il reato di abuso d'ufficio, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza su quali sono gli specifici comportamenti puniti dalla legge»<sup>1</sup>.

Il reato di abuso d'ufficio viene quindi nuovamente riformato – è la quarta versione dal 1930 ad oggi – nella direzione, già intrapresa con la riforma del 1997, di una ulteriore e maggiormente tassativa delimitazione della condotta punibile.

Questo almeno è l'intento dichiarato, in funzione di una esplicita lotta alla c.d. “amministrazione difensiva” e alla “paura della firma”. L'articolo 23 interviene sulla prima delle due modalità di realizzazione del reato di abuso previste dall'art. 323 c.p., lasciando invece inalterata la seconda, la c.d. omessa astensione<sup>2</sup>: cercando di ovviare ad alcune delle questioni interpretative che si erano presentate con riferimento al testo vigente, e di contrastare la tendenza espansiva particolarmente incisiva e diffusa nella magistratura, ma avallata altresì da parte – pur minoritaria – della dottrina stessa, si muove nella direzione di una più stringente descrizione dei requisiti costitutivi del tipo. Il bersaglio principale dell'operazione è quella interpretazione che arrivava ad includere l'eccesso di potere tra le modalità di realizzazione del fatto, principalmente (ma non solo) con la riconduzione dell'art. 97 cost. tra le norme di legge la cui violazione era contemplata quale condotta rilevante<sup>2</sup>, perpetuando un diffusivo sindacato del giudice penale sulla discrezionalità del pubblico amministratore. Per arrivare a questo risultato, il legislatore sostituisce la locuzione “violazione di norme di legge e di regolamento” con quella più stringente “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”, producendo una parziale *abolitio criminis* rispetto alle violazioni non più ricomprese. Ora, a prescindere dalle intenzioni, che sono chiare, del legislatore, la questione che si pone, e che viene posta da tutte le voci di commento, già molto numerose, sulla riforma in oggetto, è se sia davvero riuscito a contenere le spinte centrifughe del formante giuri-

---

<sup>1</sup> Vedi il comunicato stampa diffuso il 7 luglio 2020, pubblicato sul sito del Governo, [www.governo.it](http://www.governo.it).

<sup>2</sup> L'eccesso di potere era ricompreso nella fattispecie previgente anche sulla base della argomentazione per cui esercitare un pubblico potere, in maniera distorta rispetto al fine per cui il predetto potere è stato conferito ad un pubblico funzionario, significa violare la *ratio* del precetto attributivo integrando così una violazione di legge (vedi ad es. PAGLIARO, *L'antico problema de confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *DPP*, 1999, 1, 106 ss.).



sprudenziiale e, comunque, in caso di risposta affermativa, se ad un abuso d'ufficio così angusto non sarebbe stata preferibile una sua definitiva abrogazione.

## 2. La sentenza della IV sez. della Corte di Cassazione n 1146/2020.

La Corte di Cassazione con la sentenza 1146/2020 si pronuncia sul nuovo reato di abuso d'ufficio a brevissima distanza dalla sua riformulazione ad opera della l. 120/2020<sup>3</sup>. La pronuncia può essere vista come un iniziale e provvisorio banco di prova della effettività delle modifiche introdotte rispetto agli scopi dichiarati dal legislatore, effettività messa in dubbio già da molte ed autorevoli voci della dottrina penalistica<sup>4</sup>.

Per una migliore comprensione dei passaggi chiave della pronuncia della Suprema Corte, può essere opportuno un cenno al fatto oggetto di giudizio: all'imputato era stato contestato di avere, con vari atti organizzativi e conclusiva deliberazione, illegittimamente dequalificato il Servizio di prevenzione e protezione dell'azienda, da struttura complessa a struttura semplice, con conseguente intenzionale demansionamento, giuridico ed economico, del suo Direttore.

Nonostante la intervenuta prescrizione del reato nel caso concreto, la Corte verifica la riconducibilità del fatto – avvenuto prima dell'entrata in vigore della legge di riforma – nella nuova fattispecie, concludendo in senso negativo ed arrivando così ad annullare le sentenze di merito “perché il fatto non costituisce più reato”.

---

<sup>3</sup> Sulla pronuncia cfr. anche le prime osservazioni di B. ROMANO, Il nuovo abuso d'ufficio e l'abolito del crimine parziale, in *Pdpen* 19.01.2021; D'Avirro, Lo sviamento di potere nel nuovo reato di abuso d'ufficio: un ritorno al passato, in *ilpenalista.it.*, 3 febbraio 2021.

<sup>4</sup> Sulla nuova fattispecie, G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili. Così la nuova riforma svuota il reato*, in *GD*, 8 agosto 2020; BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di Abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10.08.2020; COLLAZZO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in *questa rivista*, 25.01.2021; GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 7/2020, 133; 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?)*, *ivi*, 17 luglio 2020; ID. *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolito del crimine*, *ivi*, 2 dicembre 2020; MANNA-SALCUNI, *Dalla burocrazia difensiva alla difesa della burocrazia? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *La legislazionepenale.eu*, 17.12.2020; MURRO, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel decreto semplificazioni*, in *questa rivista*, 17.07.2020; NADDEO, *I tormenti tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, *ivi*, 10.08.2020; NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, 28 luglio 2020; PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *lalegislationepenale.eu*, 23.10.2020; B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso di ufficio*, Pisa, 2021; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14.9.2020.

La Corte riconosce che la nuova disposizione «ha un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente disposizione normativa», e questo, come emerge dalla motivazione, sotto vari punti di vista.

In primo luogo in quanto viene sottratto al giudice penale «l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (*neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione mediata di norme di legge interposte*)»; in secondo luogo in quanto la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario deve essere «connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa ... specificamente designate in termini completi e puntuali»; in terzo luogo, in quanto le suddette regole comportamentali non devono consentire al pubblico funzionario di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, da intendersi, a detta della Corte, nel senso di scelta di merito dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto, scelta effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati.

Non si può mettere in dubbio che tali affermazioni facciano intravedere una direzione interpretativa che si allinea alle intenzioni sottese all'intervento riformatore: restringere l'ambito di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio, precisando i requisiti di fattispecie per rimodulare e contenere il sindacato del magistrato penale sull'attività amministrativa.

In effetti la pronuncia della Corte sembra assicurare rispetto al rischio – da molti evocato – di una persistenza delle derive in senso estensivo che si erano progressivamente consolidate sotto la vigenza della neoriformata fattispecie di abuso, e nonostante i requisiti in essa richiamati<sup>5</sup>. In molti hanno criticato la scelta riformatrice, e non solo o non tanto con riguardo alla sua opportunità, quanto in funzione proprio delle sue probabilità di successo.

A prescindere dalle buone intenzioni, scrive Gaetano Insolera, il fallimento (“il veneficio dei pozzi”) del diritto penale liberale, si verifica anche «quando per inseguire la certezza del diritto, si fa a pugni con i fatti, scivolando poi, in aggiustamenti frutto della inesauribile capacità della giustizia di scopo affidata alla giurisprudenza»<sup>6</sup>.

In particolare, la Corte sembra aver risposto a chi ha profetizzato la inadeguatezza delle “correzioni” normative rispetto allo scopo, almeno sotto due fondamentali profili: da un lato sbarrando la strada ad un possibile perpetuarsi dell'espansione della condotta di inosservanza di norme di legge attraverso il recupero dell'art. 97 cost., – e dei principi di imparzialità e buon

---

<sup>5</sup> In particolare profetizzano il rischio di un perpetuarsi della tendenza interpretativa giurisprudenziale, almeno per alcuni degli elementi di fattispecie, GAMBARDILLA, *op. cit.*, 162; GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., 5; FIANDACA, MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico di abuso d'ufficio*, in *Il Foglio*, 24 giugno 2020; PADOVANI, *op. cit.*, 10 ss.; V. VALENTINI, *op. cit.*, 9 ss.

<sup>6</sup> INSOLERA, *Quod non fecerunt barberini fecerunt barbari*, in *DisCrimen*, 31.07.2020

andamento della attività amministrativa ivi enunciati – tra le norme di legge rilevanti; dall’altro, confutando la ipotesi di inclusione nel tipo, attraverso il fenomeno della eterointegrazione, della violazione di norme subprimarie e/o meramente procedurali<sup>7</sup>.

Ora, lo sbarramento esplicito alla considerazione dell’art. 97 cost. quale parametro legale della condotta tipica, operato dalla Corte, dovrebbe riversare i suoi effetti anche sulla radicale esclusione dell’eccesso di potere dall’ambito dei vizi rilevanti ex art. 323 c.p.: esclusione che è obbiettivo primario della riforma ed è espressa nella norma nelle forme di elemento negativo del fatto (*dalle quali non residuino margini di discrezionalità*)<sup>8</sup>. Una tale aspettativa viene in realtà in parte delusa. Dopo aver puntualizzato che, secondo la nuova disposizione, la responsabilità penale si arresta davanti all’esercizio del potere discrezionale, anche nel caso di mera discrezionalità tecnica, la Corte infatti precisa: «*sempreché l’esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dei fini pubblici- c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità- laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito; oppure si sostanzii nell’alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell’inosservanza dell’obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi*».

La precisazione apre evidentemente una breccia nel muro di cinta alzato dall’intervento di riforma, consentendo di entrare e indagare anche laddove si sia in presenza di attività per le quali “residuino margini di discrezionalità”. A ben vedere le aperture sono due: ma solo una si mantiene nel rispetto della lettera della legge, attraverso il richiamo alla condotta di inosservanza dell’obbligo di astensione; mentre l’altra ne costituisce evidentemente una forzatura, pur supportata dalla condivisibile esigenza di assegnare alla fattispecie rinnovata una sua ragione d’essere.

### 3. La rilevanza dell’eccesso di potere nella fattispecie riformata.

La storia e l’evoluzione normativa ed interpretativa del reato di abuso di ufficio è la storia della difficile ricerca di un corretto equilibrio nella relazione del sindacato penale con la discrezionalità amministrativa. Il riconoscimento di una, certo ben definita, potestà di controllo del giudice penale sulla attività

---

<sup>7</sup> Da tenere invece “attenzionata” la linea interpretativa proposta dalla precedente pronuncia della Corte di Cassazione, che, vista la mancanza di un inserimento che faccia esplicito riferimento selettivo alle fonti primarie di legge nell’ipotesi di inosservanza degli obblighi di astensione “negli altri casi prescritti”, ritiene di potersi recuperare la rilevanza delle fonti sub primarie, nello specifico i regolamenti, attraverso la via della violazione mediata di legge. Cfr. Cass. 17 settembre 2020, n. 31873, su cui già GATTA, *Riforma*, cit., 4; B. ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso di ufficio e l’abolitio criminis parziale*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 11.12.2020.

<sup>8</sup> Così PADOVANI, *op. cit.*, 10.

discrezionale è «presupposto logico» della stessa esistenza del reato; solo in presenza di condotte riconducibili alla discrezionalità del pubblico amministratore si può realmente ipotizzare una offesa al bene giuridico di riferimento: imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione<sup>9</sup>. La negazione radicale, dunque, fa venir meno la ragione stessa della incriminazione; d'altro canto, la dilatazione senza limiti va ad incrinare il fondamento del principio della separazione dei poteri e della legalità stessa.

Schematizzando, riguardo al complesso rapporto tra abuso d'ufficio ed eccesso di potere, possiamo individuare tre diversi punti di vista; una prima posizione esclude che l'eccesso di potere, in qualsiasi sua forma, debba rilevare ai fini della configurabilità del reato. Una tesi opposta apre invece alla rilevanza penale dell'eccesso di potere *tout court* (sia intrinseco che estrinseco): l'esercizio arbitrario del potere discrezionale, pur in assenza di una violazione formale, deve poter essere comunque sindacabile<sup>10</sup>.

Infine, una (sostanzialmente condivisibile) tesi intermedia limita la rilevanza penale ai casi di eccesso (o sviamento) di potere c.d. estrinseco, ritenendo che possano assumere rilievo penale solo i casi in cui l'esercizio del potere discrezionale conduca al soddisfacimento di un interesse del tutto estraneo al modello giustificativo del potere stesso<sup>11</sup>. È a questa ultima linea di pensiero che ci sembra si sia allineata la recente pronuncia della Cassazione, nel momento in cui circoscrive la applicabilità della nuova fattispecie a quei casi di attività discrezionale, in cui risultino perseguiti, «nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito». Eccesso di potere c.d. estrinseco, dunque; inoltre, è senz'altro significativa, in senso garantistico, la puntualizzazione che gli interessi siano *oggettivamente* difformi e collidenti, con quelli propri della P.A.: una apertura al solo eccesso di potere "oggettivo" che sembra ribadire la natura di reato di evento della fattispecie, altro aspetto troppo spesso sottovalutato dalla prassi applicativa<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Così letteralmente GAMBARELLA, *op. cit.*, 159.

<sup>10</sup> Tale impostazione aveva altresì trovato conferma ad opera delle Sezioni Unite secondo le quali una violazione di norma di legge rilevante *ex art.* 323 c.p., si sarebbe integrata non solo quando la condotta del pubblico ufficiale fosse «svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione» Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, in *CP* 2012, 2410 ss.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione dettagliata delle posizioni sopra schematizzate, GAMBARELLA, *op. cit.*, 146; NISCO, *op. cit.*, 2 ss.; PERIN, *op. cit.*, 7 ss.; PISANI, *Abuso d'ufficio*, in CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica amministrazione*, Bologna, 2015, 264; UBIALI, *Abuso d'ufficio e atti discrezionali della pubblica amministrazione: l'archiviazione del procedimento nei confronti del Presidente di Regione Lombardia* Attilio Fontana, in *Sistema penale*, 21 maggio 2020; VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in Palazzo (a cura di) *Reati contro la Pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 297 ss.

<sup>12</sup> Puntualizza che l'eccesso non può che avere contenuto oggettivo, e che, dunque, la volontà

Certo, è opportuno segnalarlo: un tale (pur condivisibile) punto di vista sconta la necessità di forzare il dato testuale: forzatura probabilmente facilitata dalla carente tecnica legislativa<sup>13</sup>.

La strada per un recupero dell'eccesso di potere nel reato di abuso d'ufficio è evidentemente meno problematica, invece, nel momento in cui, come scrive la Corte, l'esercizio del potere discrezionale «si sostanzia nell'alternativa modalità di realizzazione della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'innosservanza dell'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi».

In questa ipotesi, infatti, l'apertura sembra essere autorizzata (volutamente?) dal legislatore che si è concentrato sulla prima delle due modalità di realizzazione del fatto, trascurando e lasciando dunque inalterata la seconda. L'espansione dell'ambito applicativo della seconda modalità di configurazione dell'abuso, quale strumento di recupero di tutti quei casi in cui l'eccesso di potere sia realizzato nella forma dell'omessa astensione, era già stata indicata in dottrina quale via "naturale" e privilegiata per un "legale" ridimensionamento dell'obiettivo esplicitato dal legislatore<sup>14</sup>.

#### 4. La storia infinita del reato di abuso d'ufficio: il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa.

Per capire il significato e i limiti della attuale riforma, può essere opportuno ricapitolare molto brevemente la storia normativa del reato di abuso d'ufficio dalla originaria formulazione presente nel codice Rocco, passando per la riforma del 1990 e poi dalla versione del 1997<sup>15</sup>.

Come noto la fattispecie riveste originariamente e nelle intenzioni del legislatore del '30, una funzione di norma di chiusura del sistema delle incriminazioni contenute nel capo I del titolo II del c.p., volta a ricomprendere qualsiasi irregolarità del pubblico funzionario e a garantire la fedeltà del pubblico amministratore; questo ruolo era coerente con la natura sussidiaria

e l'intenzione del soggetto agente, quali che siano «non possono da sole configurare il vizio in parola e quindi la condotta del reato», STORTONI, *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2016, 196.

<sup>13</sup> Vera e propria analogia *in malam* parte secondo MANNA-SALCUNI, *op. cit.*, 11.

<sup>14</sup> In tal senso, GAMBARDELLA, *op. cit.*, 151; GATTA, *Riforma*, cit., 6; NISCO, *op. cit.*, 9; PADOVANI, *op. cit.*, 9; V. VALENTINI, *op. cit.*, 12; ritengono invece che anche questa operazione sarebbe in contrasto con la nuova disposizione, MANNA-SALCUNI, *op. cit.*, 11: da un lato non sarebbe affatto scontato «che la precisazione per cui l'attività discrezionale non costituisce condotta penalmente rilevante non sia riferibile anche alla condotta omissiva. In effetti, pur avendo la condotta omissiva una formulazione meno stringente rispetto a quella attiva, parte della dottrina ritiene che l'obbligo di astensione debba essere comunque previsto dalle stesse fonti presupposto della condotta attiva (dunque leggi). La mancata duplicazione del concetto può essere dovuta per evitare una ripetizione e non appesantire la formulazione linguistica della norma. Sarebbe inoltre paradossale escludere la penale rilevanza dell'eccesso di potere dalla condotta attiva, per mantenerla in quella omissiva».

<sup>15</sup> Per una approfondita ricostruzione del percorso normativo dell'abuso d'ufficio, di recente PERIN, *op. cit.*, a cui si rinvia anche per le complete citazioni della migliore letteratura.

della fattispecie che si apriva con una clausola di riserva generale, con la sua configurazione quale reato di mera condotta a dolo specifico, con la estrema laconicità della descrizione del fatto tipico, incentrato sull'abuso dei poteri inerenti le funzioni<sup>16</sup>. A fronte di questa formulazione, fortemente carente sul piano della tassatività e destinata a ricomprendere fatti di modesta gravità, coerentemente, si prevedeva una sanzione di modesta entità. La fattispecie era tra l'altro residuale rispetto alle ben più gravi ipotesi previste dagli artt. 314 e 324: il *Peculato* (per distrazione) e il tanto discusso e poi abrogato *Interesse privato in atti d'ufficio*. Il testo normativo consentiva facilmente l'inclusione nella nozione di abuso di potere di tutte quelle condotte del pubblico ufficiale che, pur rispettose delle regole formali di disciplina dell'esercizio del proprio potere, avesse tuttavia uno scopo diverso da quello per cui il potere gli era originariamente attribuito. Vi era cioè ricompreso anche il cattivo uso del potere inteso in senso soggettivo, che apriva la strada alla rilevanza penale ex art. 323 c.p. anche alle violazioni dei c.d. limiti interni della discrezionalità amministrativa<sup>17</sup>.

A fronte delle critiche serrate nei confronti della scarsa tassatività della fattispecie, che così come formulata si prestava ad essere strumento di penetrante controllo sull'operato della Pubblica amministrazione da parte del giudice penale, il legislatore del 1990, nell'ambito della più generale riforma dello Statuto penale della Pubblica amministrazione interviene su più fronti, da un lato per attribuire al reato di abuso una maggiore centralità, dall'altro per precisarne più rigidamente i confini in modo da limitare quel rischio ubiquitario di intromissione della repressione penale nell'attività del pubblico amministratore, in grado di originare una vera e propria forma di "amministrazione difensiva". Vengono abrogati, dunque, il peculato per distrazione e la fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio; si modifica la clausola di sussidiarietà, limitandola ai fatti di reato più gravi; si sdoppia la gravità sanzionatoria a seconda che la finalità di vantaggio sia di natura patrimoniale o non patrimoniale; viene tuttavia mantenuta la struttura di reato di condotta a dolo specifico. Il nuovo abuso d'ufficio, quindi, copre lo spazio prima occupato sia dal vecchio art. 323, sia dall'art. 324 c.p., sia dal peculato per distrazione, assumendo la veste di fattispecie cardine nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione: con il che la riforma non solo non argina i rischi emersi con la originaria formulazione, ma anzi, li accentua, data anche l'estensione soggettiva agli incaricati di pubblico servizio e il notevole inasprimento sanzionatorio. Nella prassi, infatti, il concetto di abuso d'ufficio venne dilatato in maniera tale da esasperare ancora di più il rapporto tra magistratura penale e

<sup>16</sup> Su cui per tutti, STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976.

<sup>17</sup> Per tutti BRICOLA, *In tema di illegittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *RIDPP*, 1996, 984-998, ora in CANESTRARI, MELCHIONDA, (a cura di) *Scritti di diritto penale*, v. II, Tomo I, 2245, Milano 1997

sfera amministrativa, trasformando le indagini penali in vere e proprie “mine vaganti” per i pubblici amministratori<sup>18</sup>.

## 5. Il parziale fallimento della novella del 1997.

Per ovviare al fallimento radicale della riforma del 1990, il legislatore torna ad intervenire sul reato di abuso di ufficio con la l. 234/1997. L'intento principale è ancora una volta quello di delineare in modo più rigoroso e tassativo gli estremi del fatto tipico in modo da arginare gli straripamenti della prassi e ricondurre il controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori nei limiti del principio della divisione dei poteri, allentando altresì la paura del rischio penale e la conseguente paralisi dell'attività amministrativa<sup>19</sup>. L'obbiettivo è perseguito attraverso uno stravolgimento della precedente formulazione. Il nuovo reato di abuso d'ufficio, infatti, si trasforma da fattispecie di condotta a dolo specifico a fattispecie di evento a dolo intenzionale; scompare dalla descrizione della fattispecie il riferimento all'abuso – che permane solo nella rubrica legislativa – e si descrive in termini più stringenti la condotta tipica: «al posto di un abuso innominato e generico» si è voluta sperimentare la configurazione «di un abuso nominato e tipico»<sup>20</sup> attraverso il richiamo alle condotte di violazione di norme di legge e di regolamenti e di omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto (o negli altri casi prescritti).

È noto a tutti come anche la riforma del 1997 non abbia sortito l'effetto auspicato e la nuova formulazione sia stata oggetto di una riconversione ermeneutica, sostanziale riscrittura del testo che ha di fatto determinato un ritorno alle origini<sup>21</sup>.

Il ruolo sempre più centrale del formante giurisprudenziale sulla definizione degli elementi di fattispecie degli ultimi decenni è cosa nota ed incontestabile. Sempre più si dibatte sulla alterazione degli spazi di azione e delle competenze della giurisprudenza e del legislatore e sulla spesso critica e

<sup>18</sup> Così FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, in *PS*, IV ed. 245; STORTONI, *I delitti*, cit., 192; lo stesso Autore precisa come in questa fase l'impiego spregiudicato della norma è più spesso riscontrabile nelle iniziative dei Pubblici Ministeri di apertura delle indagini e formulazione delle incriminazioni che nelle pronunce giurisprudenziali [*Intervento in CASTALDO* (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 118].

<sup>19</sup> Come riporta GAMBARELLA (*op. cit.*, 136), si legge nei lavori parlamentari relativi alla riforma del 1997, che tra le varie questioni critiche che avevano portato la riforma dopo così poco tempo della fattispecie di Abuso d'ufficio, vi era il fatto che «la formulazione della norma consentiva l'indagine del giudice penale sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione prevedendo il famoso eccesso di potere».

<sup>20</sup> Così M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica amministrazione, Commentario sistematico*, Milano, 2019. 260

<sup>21</sup> Coi PADOVANI, *op. cit.*, 7; vedi anche le riflessioni di DONINI, *Osservazioni sulla proposta Castaldo-Naddeo, di riforma dell'art. 323 c.p.* La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 95.



criticabile tendenza della prima a straripare e atteggiarsi più che a interprete, a vero e proprio creatore della legge. Spesso, d'altro canto, questo meccanismo perverso è favorito in modo più o meno consapevole ed intenzionale dallo stesso legislatore che abdica al proprio ruolo di selettore dei fatti punibili predisponendo fattispecie a tipicità aperta, delegando quindi il giudice ad assumere il ruolo di garante della certezza in sua vece; la comprensione della fattispecie, la certezza, le garanzie per il destinatario della norma, non possono dunque che darsi ex post, quando la giurisprudenza avrà avuto modo di pronunciarsi.

Non è questo il meccanismo di distorsione che ha dato luogo al fiorire di un diritto giurisprudenziale distante, talora radicalmente dissonante rispetto alla *voluntas legis*, con riferimento al nuovo art. 323 c. p.<sup>22</sup>. In questo caso, infatti, come è stato riconosciuto diffusamente, il legislatore del 1997 compie un passo in avanti sul terreno della precisione/determinatezza<sup>23</sup>; la sua intenzione, esplicitata anche durante i lavori preparatori, è rivolta all'esclusione dell'eccesso di potere dall'ambito di rilevanza dell'abuso d'ufficio, e, nonostante la scelta sia contestata da parte autorevole della dottrina, non si può negare che si sia chiaramente manifestata con la definizione della condotta tipica prevista dalla prima parte dell'articolo: la *violazione di legge o di regolamento*. La ragione che ha portato la magistratura a sfondare il recinto così tassativamente innalzato dal legislatore è legata, probabilmente, proprio all'eccessivo rigore, all'eccessiva selettività della nuova fattispecie che finiva per restringere il suo focus su quelle «attività tanto vincolate da rendere *ictu oculi* evidente l'illegittimità», calando così «una cortina impenetrabile proprio sulle distorsioni funzionali più gravi, compiute nell'ambito dell'attività discrezionale più ampiamente intesa».

Questo spiegherebbe la reazione della giurisprudenza «rispetto alla spinta esercitata dal formante legislativo, una reazione sintomatica di un vero e proprio *gioco di forze*, sfociata in una «sostanziale “riscrittura” del testo legislativo»<sup>24</sup>.

I profili di criticità dell'art. 323 in vigore fino al recentissimo intervento di riforma si sono incentrati in maniera particolarmente incisiva sulla descrizione della condotta tipica<sup>25</sup>: la violazione di norme di legge o di regolamento.

---

<sup>22</sup> DONINI, *op. cit.*, 96; PADOVANI, *op. cit.*, 7, secondo il quale questo è motivato dalla evidente asimmetria logica della nuova formulazione che legava la responsabilità penale del pubblico amministratore esclusivamente alle attività vincolate, assolutamente irrilevanti e bagatellari rispetto alle attività discrezionali che, secondo l'interpretazione letterale avrebbero finito per essere escluse del tutto.

<sup>23</sup> NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione*, cit., 32; PERIN, *op. cit.*, 6; M. ROMANO, *op. cit.*, 259; STORTONI, *Intervento*, cit., 119.

<sup>24</sup> PADOVANI, *op. cit.*, 9; PETRIN, *op. cit.*

<sup>25</sup> Anche se non sono mancate questioni in ordine all'accertamento del dolo intenzionale, spesso presunto dalla realizzazione dell'evento; e sulla definizione della c.d. doppia ingiustizia. (GAM-



Il riferimento al regolamento, tuttavia, passibile di un vistoso contrasto con il principio di riserva di legge, è stato progressivamente circoscritto e reso rapidamente “innocuo”;<sup>26</sup> il fulcro delle maggiori discussioni è rimasta dunque la portata del significato della violazione di legge, che ha subito progressivamente una dilatazione che ha posto nel nulla la prospettiva originaria da cui aveva preso le mosse la stessa riforma.

D'altro canto, come già detto, la scelta legislativa si era già fin dall'inizio presentata come discutibile e rischiosa, in quanto idonea a portare a soluzioni interpretative opposte ma altrettanto criticabili<sup>27</sup>.

Da un lato, assecondare le istanze restrittive del legislatore avrebbe comportato una applicazione formalistica della norma, applicabile solo alle attività vincolate della pubblica amministrazione, evidentemente marginali e prive di una reale portata offensiva nei confronti del bene giuridico. Una sorta di appiattimento del rilievo penale sulla mera irregolarità amministrativa, con il rischio di lasciare fuori dal divieto penale le condotte denotate da effettiva gravità, generalmente realizzate attraverso l'attività discrezionale<sup>28</sup>. Dall'altro lato, ampliare l'area della violazione di legge fino a ricomprendere norme di principio, come ad esempio lo stesso art. 97 cost., o – facendo leva su di una valorizzazione della legge 241/1990 – l'eventuale inadeguatezza dei mezzi per il raggiungimento degli obiettivi di economicità ed efficienza, avrebbe in definitiva posto nel nulla l'effettività della riforma mantenendo privo di limiti il controllo del giudice penale sull'attività amministrativa, considerata penalmente significativa anche se conforme a disposizioni legali o regolamentari.

La giurisprudenza, dopo una fase iniziale di allineamento rispetto al rigore voluto dal legislatore<sup>29</sup>, come detto, ha progressivamente accolto interpretazioni maggiormente estensive, fino ad includere tra le condotte riconducibili al contenuto precettivo dell'art. 323 c.p. anche il c.d. sviamento di potere, sia interno che esterno: la violazione di legge, infatti, sarebbe integrata in tutti quei casi in cui il pubblico funzionario abbia agito per scopi esclusivamente personali, o comunque estranei alla pubblica amministrazione, trasgredendo

---

BARDELLA, *op. cit.*, 139; PERIN, *op. cit.*, 6 e ss.; PISANI, *Abuso d'ufficio*, cit., 271; STORTONI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 202 e ss.).

<sup>26</sup> Per tutti M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, cit., 306.

<sup>27</sup> Sui rischi della lettura formalistica della norma, sposata anche in un primo momento dalla giurisprudenza, tra i tanti, PELLISSERO, *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, in BARTOLI, PELLISSERO, SEMINARA, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 516.

<sup>28</sup> Così DONINI, *op. cit.*, 97; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, v. I, V edizione, Bologna, 2012, 253; GAMBARDILLA, *op. cit.*, 145; MANNA, SALCUNI, *op. cit.*, 3; PADOVANI, *op. cit.*, 7.

<sup>29</sup> Solo in via esemplificativa, espressiva della tendenza retrittiva, filo legislativa, Cass. 10.11.1997, n. 1163.

Non è più «consentito al giudice penale entrare nell'ambito della discrezionalità amministrativa, che il legislatore ha ritenuto, anche per esigenze di certezza del precetto penale, di sottrarre a tale sindacato».

così le norme attributive del potere, strettamente collegato al raggiungimento di uno specifico scopo, di natura pubblicistica, che è condizione di legalità del potere stesso. Tale impostazione aveva altresì trovato conferma ad opera delle Sezioni Unite secondo le quali una violazione di norma di legge rilevante ex art. 323 c.p., si sarebbe integrata non solo quando la condotta del pubblico ufficiale fosse «svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»<sup>30</sup>.

La violazione di norme di legge viene così in definitiva letta come violazione della legalità amministrativa *tout court*, e il potere esercitato per un fine diverso da quello che dovrebbe animare il pubblico amministratore nell'esercizio della funzione è fuori dalla legalità e rappresenta uno «sviamento» penalmente rilevante come abuso di ufficio<sup>31</sup>; il rischio di un trasmodare del sindacato penale sul merito amministrativo è del tutto evidente.

## 6. Brevi considerazioni conclusive.

Nonostante lo sforzo di tipizzazione e di selezione dei fatti punibili, l'abuso riformato nel 1997 ha continuato sotto vari aspetti a riproporre le stesse problematiche conosciute dall'abuso innominato e dall'abuso del 1990. Inoltre, come da più voci rilevato, l'osservazione empirica e fattuale sembra confermare i dubbi sulla tenuta della fattispecie alla prova della coerenza: una grande quantità di processi penali iniziati a carico dei pubblici amministratori per il reato di abuso d'ufficio, ma numeri molto meno rilevanti di sentenze ed un numero ancora più esiguo di sentenze di condanna; la maggior parte dei procedimenti per il reato di abuso nascono in presenza di sospetti di reati più gravi, generalmente di fatti di corruzione (l'abuso è infatti considerato il reato-spia per eccellenza); i fatti oggetto di indagini risultano molto spesso da un punto di vista criminologico di scarso rilievo, sovrapponibili ad illeciti di natura amministrativa o disciplinare<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. Pen.*, 2012, 2410 ss. Sul particolare contesto di riferimento della pronuncia, e la non generalizzabilità dei principi in essa contenuti, vedi tuttavia, D'ASCOLA, *Intervento in Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., 103.

<sup>31</sup> COLLAZZO, *op. cit.*; NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile*, cit., 36.

<sup>32</sup> Cfr. FIORELLA, *Sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come spauracchio?*, in *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione*, cit., 110; NADDEO, *ivi*, 31; PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, *ivi*, 13; STORTONI, *Intervento*, cit., *ivi*, 117; Secondo GAMBARDILLA, «l'argomento delle statistiche giudiziarie basato sull'elevato divario fra numero di contestazioni in materia di abuso d'ufficio e sentenze di condanna per lo stesso - ... non sarebbe ascrivibile alla scarsa determinatezza della fattispecie incriminatrice, bensì piuttosto alla scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni delle notizie di reato oltretutto delle indagini preliminari» (*op. cit.*, 139).

Stretto, quindi, tra il rischi di una dilatazione pervasiva e persecutoria nei confronti dei pubblici amministratori, che si trovano a fare i conti con un rischio incontrollato di restare imbrigliati nelle maglie dello stigma penale, e la possibilità di ridursi ad una riproduzione non originale di fatti appartenenti all'area del disvalore amministrativo e disciplinare, l'abuso d'ufficio continua ad essere al centro di un dibattito particolarmente vivace, non sopito, anzi forse addirittura rinvigorito, dalla recente riforma. Punto fermo: trovare la chiave per garantire una certezza *ex ante*, che la contrapposizione tra formante legislativo e formante giurisprudenziale continua a precludere.

La presa d'atto che abuso d'ufficio e uso distorto del potere, (quindi patologie della discrezionalità amministrativa), sono ontologicamente connessi e che «l'idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta di per sé una flagrante violazione del principio di uguaglianza»<sup>33</sup> trova espressione in prese di posizione disparate – spesso contrapposte – sulle soluzioni ipotizzabili.

Da un lato, c'è chi ritiene opportuni i ritocchi in senso ulteriormente selettivo, proprio per cercare di chiudere tutte le falle che la prassi applicativa ha dimostrato essere lasciate aperte dalla formulazione del 1997; in effetti anche altre proposte di riforma presentate andavano chiaramente in questa direzione: una per tutte la articolata proposta “Castaldo-Naddeo”<sup>34</sup>; ma già anche nel 1996 la proposta di “spacchettamento” presentata dalla “Commissione Morbidelli”<sup>35</sup>. Le obiezioni a questo genere di soluzioni sono legate per lo più alla memoria di ciò che è già ripetutamente stato. E che rischia di ripetersi<sup>36</sup>.

Dall'altro lato, troviamo la posizione di chi, pur condividendo una riduzione – non certo un annullamento – dell'ingerenza della magistratura penale nell'attività del pubblico amministratore che agisca nell'ambito dei poteri discrezionali, prende atto, tuttavia, dei fallimenti di tutti i tentativi fin qui fatti, e ritiene l'unica strada percorribile quella dell'abrogazione *tout court* del reato di abuso d'ufficio<sup>37</sup>; la proposta è meno provocatoria di quello che a prima vista potrebbe sembrare, soprattutto se inserita in un progetto di riorga-

---

<sup>33</sup> PADOVANI, *op. cit.*, 9.

<sup>34</sup> Su cui, CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, cit., (ed in particolare gli interventi di NADDEO, *Abuso d'ufficio; tipicità umbratile*, cit., 31; DONINI, *Osservazioni sulla proposta*, cit., 94); vedi altresì NISCO, *op. cit.*, 11; PERIN, *op. cit.*, 12 ss.

<sup>35</sup> G. DE FRANCESCO, *Le fattispecie dell'abuso di ufficio: profili di ermeneutica e di politica criminale*, in CP, 1999, 1633 ss.; MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in RIDPP, 1997, 1202 ss.; PADOVANI, *op. cit.*, 13; Pagliaro, *op. cit.*, 106 ss.; PERIN, *op. cit.*, 12.

<sup>36</sup> Così, emblematicamente, MANNA, SALCUNI, *op. cit.*, 2: «Non può però non chiedersi comunque come sia possibile che la riforma del 1990, quella del 1997, infine, quella del 2020 siano animate dalla stessa finalità politico criminale, segno evidente del fallimento dei precedenti interventi legislativi».

<sup>37</sup> NISCO, *op. cit.*, 12 ss.; PERONGINI, *op. cit.*, 13; B. ROMANO, *Il nuovo abuso d'ufficio e l'abolito criminis parziale*, in questa rivista, 19/01/2021, 5; STORTONI, *Intervento*, cit., 121.

nizzazione della normativa di settore della pubblica amministrazione e di potenziamento dell'illecito amministrativo. In ossequio, peraltro, al canone della sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, la ri-espansione di altre fattispecie di reato esistenti, quali ad esempio il peculato, consentirebbe di riassorbire (solo) quei fatti di abuso dotati di meritevolezza e necessità di pena: ipotesi di sviamento di potere che si risolvano in una realizzazione – effettiva – di interessi estranei e collidenti con quelli propri dell'attività amministrativa, oggettivamente verificabili, in quanto tali capaci di incidere sul buon andamento, sull'efficacia, sull'imparzialità, della pubblica amministrazione. Alle due opzioni se ne affianca una terza, probabilmente di compromesso, tuttavia dotata di una certa attrattiva: non rinunciare ad una incriminazione, *ad hoc*, dei comportamenti dotati di effettiva capacità offensiva dei beni in gioco ma, contenere lo spirito di iniziativa della magistratura, ribadendo la volontà del legislatore, attraverso una norma di interpretazione autentica<sup>38</sup>. Sempre, tuttavia, nella consapevolezza che la maggior parte delle criticità si annidano fuori dal diritto penale e dunque qualsiasi sia l'opzione prediletta, non potrà per raggiungere il suo scopo, che affiancarsi ad una azione di riforma complessiva della pubblica amministrazione e di potenziamento delle misure extrapenali di supporto<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> In questo senso INSOLERA, *op. cit.*, 3; MANNA, SALCUNI, *op. cit.*, 4.

<sup>39</sup> Sul punto si riscontra una sostanziale unanimità di vedute.

# BREVI NOTE IN TEMA DI TUTELA LINGUISTICA DELLA VITTIMA DEL REATO NEL PROCESSO PENALE \*

Silvio Sau\*\*

## ABSTRACT

*L'analisi è dedicata alla tutela linguistica della persona offesa dal reato. Il d.lgs. 212/2015 attuativo della direttiva 2012/ 29 UE, introduce , alcune rilevanti modifiche al vigente codice di rito penale: in particolare viene inserito il nuovo art. 143-bis c.p.p che attrae nell'area delle garanzie linguistiche la vittima alloglotta: si sanano finalmente le asimmetrie di tutela tra imputato e vittima alloglotta la quale fino all'approvazione del d.lgs. n. 212 del 2015 era rimasta sostanzialmente priva di tutela sul terreno di una consapevole partecipazione al procedimento penale.*

*The analysis is dedicated to the linguistic protection of the person offended by the crime. The legislative decree 212/2015 implementing Directive 2012/29 EU, introduces some significant changes to the current criminal law code: in particular, the new art. 143-bis of the Criminal Code which attracts the alloglot victim to the area of linguistic guarantees: in this way the protection asymmetries between the accused and the victim of the non-Italoglotta crime are remedied, which until the approval of Legislative Decree no. 212 of 2015 had remained substantially without protection on the ground of a conscious participation in the criminal proceedings.*

---

\* Ai fini del presente contributo si è utilizzato il fondo di Ateneo per la ricerca 2019.

\*\* Professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Sassari.

La direttiva 2012/29 UE<sup>1</sup>, definita come lo Statuto dei diritti delle vittime, mira a realizzare, con uno strumento più efficace rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI utilizzata in precedenza e mai attuata, l'armonizzazione nei Paesi dell'Unione dei diritti delle vittime lungo tutto l'arco del procedimento penale, dalle indagini al processo e anche successivamente allo stesso.

A tale direttiva che reca norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, il nostro ordinamento ha dato attuazione mediante il d.lgs. 15.12.2015 n. 212 (entrato in vigore il 20.1.2015) che ha introdotto una serie di disposizioni tese ad ampliare lo spettro di facoltà e di poteri riconosciuti alla persona offesa nel cui ambito si colloca il diritto alla interpretazione e traduzione fin dalla denuncia del fatto di reato: si sanano in tal modo le asimmetrie di tutela tra imputato e vittima del reato non italo-glotta la quale fino all'approvazione del d.lgs. n. 212 del 2015 era rimasta sostanzialmente priva di tutela sul terreno di una consapevole partecipazione al procedimento<sup>2</sup>.

In realtà la complessa materia della protezione della vittima di reato aveva già avuto una sua specifica considerazione in testi normativi delle organizzazioni sovranazionali sia a carattere universale come l'Onu, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione europea che hanno svolto un importante ruolo di sollecitazione e di coerenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione. Ma si è trattato, di interventi circoscritti alla tutela delle vittime di specifici reati particolarmente lesivi dell'integrità fisica e morale delle persone e che colpiscono di frequente vittime vulnerabili. Tra questi atti normativi, in estrema sintesi, vanno ricordate, in particolare, la Direttiva 2004/80/CE sull'indennizzo delle vittime di reati internazionali violenti; la Direttiva 2011/36/UE norme minime in merito alla definizione dei

---

<sup>1</sup> La direttiva 2012/29/UE giunge al termine di un percorso normativo europeo che ha preso l'abbrivio con il c.d. Programma di Stoccolma e che, più precisamente, con l'adozione della c.d. «tabella di marcia di Budapest», ha inteso ampliare i poteri e le facoltà riconosciuti alla persona offesa nell'ambito del processo penale.

<sup>2</sup> L'attuale disciplina dell'art. 143 c.p.p., (indotta dal d.lgs. 32/2014, attuativo della Direttiva 64/2010 UE) al pari della precedente, non contempla il diritto alla tutela linguistica in favore di soggetti diversi dall'imputato, mantenendo inalterata la discrasia tra la tutela dell'imputato e quella non prevista affatto per la persona offesa. In ragione di ciò veniva escluso qualsiasi obbligo di assistenza dell'intermediario linguistico a favore della persona offesa e quindi la possibilità di attivare rimedi sanzionatori in caso di atti compiuti senza l'assistenza interpretariale: in tal senso con riferimento alla precedente disciplina, Cass. pen., Sez. III, 2.10.2013 n. 44441 - rv. 257597; Cass. pen., Sez. II, 18.9.2008, n. 36988, Fati - rv. 242049, secondo cui deve escludersi la nullità o la inutilizzabilità della denuncia e ricognizione della persona offesa non assistita da interprete; in termini analoghi Cass. pen., Sez. III, 24.6.2003, n. 35291, Karpo - rv. 226164, Cass. Pen., 20.04.2005, in Cass. pen., 2006, 2895 che ritiene inapplicabile la sanzione di nullità dell'atto assunto in assenza di interprete, ostandovi il principio di tassatività dettato dall'art. 177. In termini critici sulla assoluta ineguaglianza tra lo status della vittima e quella dell'imputato *in subiecta materia*, volendo, v. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, 168 s., anche per indicazioni in prospettiva *de iure condendo*; nonché KALB, *Il rafforzamento del diritto*, in KALB, *Spazio europeo*, 375 s.).

reati e delle sanzioni nell'ambito recente della tratta di esseri umani introduttiva di disposizioni comuni in materia di protezione delle vittime; la Direttiva 2011/99/UE in merito ad un istituendo ordine di protezione europeo; la Direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale di minori e la pornografia minorile; la Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione processuale.

In tale contesto si è inserita l'attività del legislatore interno che nel corso degli anni ha provveduto a modificare in larga parte la normativa sostanziale e specialmente processuale, ma con interventi settoriali, come per es. la legge n. 172 del 2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale; il d.lgs. n. 24 del 2014 relativo alle vittime di tratta; il d.l. n. 93 del 2013, convertito dalla l. n. 119 del 2013, riguardante le vittime della violenza di genere e domestica: ne conseguiva che i meccanismi giuridici di tutela delle vittime non era stati esenti da critiche anche severe basandosi su un modello di tutela selettiva e frammentaria. Perciò, la direttiva 2012/29/UE, pur intitolata *norme minime* in materia di assistenza e protezione delle vittime di reato, in realtà apre il diritto comunitario a prospettive di civiltà giuridica molto vaste e feconde in quanto si applica pervasivamente a *tutte le ipotesi di reato*, con la implicita conseguenza che gli istituti di tutela della vittime entrano a permeare il processo penale come strumenti ineludibili, il cui criterio di riferimento è costituito dalla *condizione personale della vittima*: in primo luogo, la situazione di spaesamento in cui viene a trovarsi la vittima, già provata dal fatto delittuoso in sé, di fronte alla realtà intricata e "incomprensibile" del processo penale. Nella quale, ora, ogni vittima entra a far parte con le sue personali peculiarità di persona: minore età, soggetto altrimenti debole, soggetto che necessita del sostegno di prossimi congiunti o di altra persona ad essa legata da "relazione affettiva e con essa stabilmente convivente", vittima che non comprende la lingua del processo. Ora, se fino ad alcuni decenni or sono i "confini delle lingue" erano più o meno coincidenti con quelli geografico-politici di ciascuna nazione, per cui il ricorso alla intermediazione linguistica rispondeva similmente ad esigenze più o meno circoscritte e prevedibili, attualmente i vasti processi di movimenti transnazionali e transcontinentali di popolazioni pongono proporzionali problemi e rendendo estremamente complesse le dinamiche di interrelazione linguistica, soprattutto in ambito di dinamiche di alta specializzazione come il processo penale.

Perciò, nel dare attuazione alla direttiva 2012/29/UE con il d.lgs. 212/2015 il legislatore ha operato mediante un articolato sistema di interpolazioni nel codice di rito, alcune delle quali decisive e di grande impegno,<sup>3</sup> già a livello di

<sup>3</sup> RECCHIONE, *Le più recenti dinamiche giurisprudenziali alla luce della nuova direttiva n. 2012/29/UE*, in AA.VV., *La tutela della vittima nel solco delle indicazioni europee*, Roma, 2014, 44, secondo cui "La direttiva 2012/29/UE richiede un'ampia e sistematica riscrittura delle norme del codice di procedura penale che si fonda su una inedita, per il nostro sistema, valorizzazione del ruolo della vittima di reato non solo nella fase processuale, ma anche in quella investigativa".

informazioni considerate necessarie alla vittima prima ancora che essa faccia il suo ingresso nel processo vero e proprio<sup>4</sup>. Una vera e propria rivoluzione copernicana del nostro sistema di giustizia penale dove, fino ad allora, il processo era tutto imperniato sul bilanciamento dei poteri tra accusa difesa, sulle figure del giudice, del pubblico ministero e dell'imputato e dove l'interesse della vittima era confinato esclusivamente al risarcimento del danno.

A tutte le vittime sono oggi riconosciuti precisi diritti, ai quali corrispondono altrettanti obblighi che sinteticamente danno voce ai loro bisogni, di essere informate, di avere un ruolo attivo nelle indagini e nel processo. In questo senso ci si limita a richiamare, a mo' di preliminari per la trattazione specifica relativa all'art. 143-bis c.p.p., in particolare l'inserimento dell'art. 90-bis c.p.p. c.p.p. (*Informazioni alla persona offesa in una lingua a lei comprensibile*) che attribuisce alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, il diritto di ricevere, in una lingua a lei comprensibile, una serie di avvisi utili a orientarla sia durante le indagini preliminari, sia durante l'eventuale fase processuale, al fine di consentirle una più attiva e consapevole partecipazione alle dinamiche processuali, implementando una disciplina in parte già prevista nel nostro ordinamento in maniera soltanto frammentaria e settoriale. Tali informazioni sono in primo luogo riferite alle modalità con le quali la persona offesa può presentare denuncia o querela e con le quali può esercitare una serie di diritti e facoltà che la legge le riserva nel corso delle indagini e del processo, con un espresso riferimento al diritto ad essere informata della data e del luogo dell'udienza e dell'imputazione e, in caso di costituzione di parte civile, di ricevere la notifica della sentenza. Alla medesima, inoltre, deve essere comunicato che gode della facoltà di ottenere informazioni sullo stato del procedimento (con l'indicazione dei soggetti cui rivolgersi per ottenerle), che può informarsi sullo stato delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e che può chiedere di essere avvisata ex art. 408 co. 2 c.p.p. circa un'eventuale richiesta di archiviazione; la stessa, inoltre, deve essere resa edotta delle modalità attraverso le quali poter accedere al gratuito patrocinio e ai servizi di interpretazione e traduzione degli atti. Particolarmente significativo specie in ottica operativa appare poi l'art. 90-ter che assicura alle vittime di delitti commessi con violenza alle persone il diritto ad essere informate, ove ne abbiano fatto richiesta, immediatamente circa la scarcerazione o la cessazione della misura di sicurezza detentiva, e tempestivamente circa l'evasione dell'imputato in custodia cautelare o del condannato, nonché la volontaria sottrazione dell'internato alla misura di sicurezza detentiva. Non va dimenticato, infine, l'art. 90-quater che, in estrema sintesi, comporta un differente regime di assunzione delle dichiarazioni per le persone offese che versano in condizione di particolare vulnerabilità. Tutte le disposizioni richiamate, e in modo incisivo, rappresentano situazioni in

<sup>4</sup> CISTERNA, *Oneri di informazione "pesanti" per i Pm e la polizia giudiziaria*, in *Guida dir.*, 7, 2016, 75.



cui è necessaria una intermediazione linguistica adeguata, non generica né sommaria.

Su questo sfondo si comprende la pertinenza dell'inserimento nel codice di rito dell'art. 143-*bis* rubricato "*Altri casi di nomina dell'interprete*" che costituisce la vera chiave di volta del sistema<sup>5</sup>. La sommarietà con cui è espresso il testo della rubrica, deriva dal fatto che le norme ivi contenute riflettono sfere di tutela diversificate per genesi e funzioni. In breve: il comma 1, reintroduce nel codice norme che erano "saltate" nella riscrittura dell'originario art. 143 c.p.p. operata dal d.lgs. 32/2014 (*Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali*), e quindi reinserite opportunamente, appunto mediante il c. 1 dell'art. 143-*bis*<sup>6</sup>. Non sono mancate perplessità in ordine alla individuazione dell'ambito applicativo soggettivo contemplato dal secondo cpv del comma 1° dell'art. 143-*bis* c.p.p., stante il generico riferimento alla *persona che vuole o deve fare una dichiarazione*: si è detto che questa non può essere identificata a priori né con la persona offesa né con l'indagato/imputato dal momento che alla prima sono esplicitamente dedicate le norme di cui ai commi 2°, 3°, 4° dello stesso art. 143-*bis* c.p.p., mentre per il secondo si applica il regime di cui all'art. 143 c.p.p.<sup>7</sup>. Si è altresì ritenuto che la disposizione in oggetto riguardi la dichiarazione dei testimoni e dei soggetti diversi dall'imputato e dalla persona offesa<sup>8</sup>. In ogni caso, al di là degli aspetti dubbi della disciplina, non può escludersi il diritto da parte dell'offeso dal reato alla assistenza di un interprete in presenza di uno scritto in lingua straniera o in un dialetto non facilmente intellegibile ovvero quando egli non conoscendo la lingua italiana, abbia chiesto di fare una dichiarazione o questa gli sia stata richiesta in modo che non possa sottrarsi all'obbligo di renderla. Peraltro, la dichiarazione resa per iscritto ovvero oralmente potrebbe risultare di "contenuto semplice" o di "limitata rilevanza" per la quale il giudice dispone che il verbale sia redatto "in forma riassuntiva" ai sensi dell'art. 140 c.p.p. Si noti, altresì, che mentre per quanto concerne la nomina dell'interprete per la traduzione in altra lingua di uno scritto redatto in lingua italiana il giudice ha già esatta cognizione di quale atto si tratti e del di esso contesto nel mosaico della procedura, per quanto concerne la dichiarazione effettuata in altra lingua egli deve disporre ed attendere la traduzione stessa per poterne valutare la rilevanza e quindi decidere anche circa la posizione procedurale della persona che ha effettuato la dichiarazione. Ciò, infine, anche in considerazione del fatto che la "autorità procedente" necessitata alla nomina dell'interprete

<sup>5</sup> DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/9 UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21.

<sup>6</sup> Per una compiuta ricostruzione, BONINI, *L'assistenza linguistica della vittima*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu).

<sup>7</sup> ZIROLDI, *143-bis. Altri casi di nomina dell'interprete*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2017, 1537.

<sup>8</sup> GUERRA, *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: prima lettura del d.lgs 2015/212, Ufficio del Massimario e del Ruolo servizio penale*, Rel. III/O/2/2016, 21.

può essere il giudice ma anche il pubblico ministero o la stessa polizia giudiziaria a seconda della fase del procedimento<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda i commi 2°, 3°, 4° dell'art. 143-*bis* c.p.p., non senza aver ricordato che l'esigenza di un difensore pubblico è stata rintracciata storicamente fin nella cultura giuridica del XVIII-XIX secolo<sup>10</sup>, occorre tener presente che essi hanno una storia ed una qualificazione genetica molto diversa, rispetto al c. 1 dello stesso articolo, in quanto costituiscono diretta attuazione della direttiva 2012/29/UE in tema di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: la quale, e di conseguenza anche il d.lgs. 212/2015, si pone, come si è visto, all'apice di un lungo processo di iniziative comunitarie dedicate alla protezione delle vittime di reato. Queste direttive contengono elementi di tutela anche linguistica delle vittime, ma ciascuna in relazione alle vittime dei reati considerati. La direttiva 2012/29/UE detta, invece, criteri generali con lo scopo di disegnare un quadro compiuto ed organico di tutela mediante la posizione di principi e linee guida che, integrati e coordinati nelle legislazioni nazionali possano costituire un sistema organico di riferimento unitario ed omogeneo, e nel contempo aperto ad ulteriori elementi integrativi, in senso migliorativo, da parte degli Stati interessati: quadro omogeneo ed organico, dunque, che a prescindere dal luogo di svolgimento del processo, garantisca condizioni paritarie di informazione, protezione, assistenza della vittima di reato. In tale prospettiva, la tutela linguistica della vittima si pone come criterio procedurale, ma anche pre-procedurale ai sensi del catalogo dettato nell'art. 90-*bis* c.p.p. in attuazione dell'art. 4 della direttiva 2012/29/UE, dove infine le strategie di tutela della vittima di reato possono essere elaborate ed attivate al di là delle limitazioni derivate da elementi contingenti, quali cittadinanza, residenza, situazione giuridica, o quant'altro poteva costituire ostacolo ai sensi di normative giuridiche ormai obsolete<sup>11</sup>.

Il comma 2° dell'art. 143-*bis* c.p.p. contempla due situazioni: la nomina, anche *ex officio* di un interprete quando occorre procedere all'audizione della persona offesa che non conosce la lingua italiana, ed anche quando la stessa persona intenda partecipare all'udienza e abbia fatto richiesta di essere assistita dall'interprete: pur non essendo tecnicamente "parte" del processo, la persona può parteciparvi non solo avendo diritto all'assistenza interpretariale, ma anche ricorrendo all'assistenza di un legale. Per rispondere ad esigenze di economia processuale e ragionevole durata del processo, il comma 3° dell'art. 143-*bis* c.p.p. prevede forme di assistenza interpretariale anche mediante l'utilizzo di tecnologie di comunicazione a distanza, sempre che la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria per consentire alla persona offesa di esercitare correttamente i suoi diritti o di comprendere compiuta-

<sup>9</sup> GUERRA, *Norme minime*, cit., 21.

<sup>10</sup> FERRAIOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013, 246.

<sup>11</sup> È stato osservato che la sostanziale marginalizzazione della vittima non era stata superata neppure nella riforma costituzionale del giusto processo, dove si fa esclusivo riferimento alla persona accusata senza alcun riferimento alla vittima: GUERRA, *Norme minime*, cit., 3.

mente lo svolgimento del procedimento: ma tali tecnologie, non meglio specificate, aprono, o possono aprire, spazi comunicativi non sempre accessibili a persona alloglotta che potrebbe non esservi culturalmente abituata; di qui l'opportunità della presenza di consulenza legale, e patrocinio a spese dello Stato come prescritto dall'art. 90-*bis* lett. d) c.p.p.. Tale esigenza si fa ancor più manifesta in merito al dettato del comma 4: la persona che non conosce la lingua italiana ha diritto alla traduzione gratuita di atti o di parte degli stessi che contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti; la traduzione può essere disposta sia in forma orale che per riassunto se l'autorità procedente ritiene che non ne derivi pregiudizio alla persona offesa. Anche in questo caso, l'assistenza legale risulta pressoché ineludibile, pressoché impossibile essendo, per persona non provvista di specifica cultura procedurale-penalistica, potersi districare tra gli *atti* o *parte di essi* che contengano informazioni *utili*. Ciò anche a fronte del fatto che l'art. 7 della Direttiva 2012/29 prescrive che la vittima *può impugnare* una decisione di non fornire interpretazione o traduzione<sup>12</sup>. Tutti elementi che costituiscono, in sé, diritti di difficile fruizione senza adeguata, competente assistenza, dal momento che il *pregiudizio* che potrebbe derivarne può essere valutato in modo adeguato solo dalla persona direttamente interessata, opportunamente informata ed assistita. Del resto, le disposizioni previste da tutta la serie di articoli dal 90-*bis* al 90-*quater* c.p.p., dal diritto della vittima a ottenere una serie di informazioni concernenti non solo il procedimento penale, in senso tecnico specifico, ma anche relative alla *situazione* complessa in cui la vittima di reato viene a trovarsi, e soprattutto l'attenzione rivolta alla eventuale condizione di particolare vulnerabilità della vittima per la quale sono previste particolari cautele, rendono perfino ovvia la necessità di assistenza, legale ma non solo: è stato infatti osservato, da addetto al mestiere, che la stessa valutazione delle condizioni di vulnerabilità non può essere desunta da elementi estrinseci, ma neppure può essere affidata al solo operatore giudiziario, sia esso pubblico ministero o ufficiale di polizia giudiziaria: l'esigenza di tale valutazione costituisce "una delle ragioni fondanti la necessità di istituire appositi servizi per le vittime di reato"<sup>13</sup>. Tutto considerato, l'art. 143-*bis* c.p.p. si colloca nel fulcro delle problematiche poste in essere dalla Direttiva 2012/29/UE e dal d.lgs. 212/2015 che ne è attuazione: non ultime quelle derivanti dalla compa-

---

<sup>12</sup> Tuttavia, nell'ambito della stessa Direttiva, nel *Considerando* 35 si esprime qualche cautela in proposito, in quanto il diritto alla traduzione di cui all'art. 7 della Direttiva non dovrebbe comportare per gli Stati membri l'obbligo di prevedere un meccanismo separato o una procedura di ricorso con cui tale decisione potrebbe essere impugnata e non dovrebbe prolungare irragionevolmente i procedimenti penali. Sarebbe sufficiente un riesame interno alla decisione in conformità delle procedure nazionali esistenti". Cfr. in proposito PROCACCINO, *I diritti delle vittime nel d. legis. n. 212/2015: le (parziali) novità, le compiute tutele dei vulnerabili, i timori di appesantimento della macchina processuale*, in *Studium Iuris*, 7-8/2016, 855.

<sup>13</sup> BOUCHARD, *Prime osservazioni al decreto legislativo sulle vittime di reato*, in *Giust. pen.*, 2015, III, 1.

tibilità concreta, pratica, tra la minuziosa ampiezza delle tutele previste per il nuovo soggetto che entra a far parte del processo penale, e l'inevitabile appesantimento del corrispondente segmento della macchina procedurale.

# IL DASPO URBANO: “L’ETERNO RITORNO DELL’UGUALE”

Francesca Curi\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Provando ad afferrare la “sostanza unitaria” della sicurezza, uno sguardo a quella urbana. – **3.** Disposizioni a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano. – **3.1.** L’Ordine di allontanamento. – **3.2.** Il divieto di accesso. – **3.3.** Il divieto di accesso a locali pubblici. – **4.** Nietzsche e la prevenzione dell’antisocialità.

## ABSTRACT

*Il cosiddetto decreto Lamorgese (d.l. 130/2020, convertito in legge n. 173, 18/12/2020) ha introdotto modifiche significative riguardanti la disciplina del divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, cosiddetto Daspo urbano. Accanto alla novità legislativa, alcune considerazioni sulle misure di prevenzione personale.*

*The so-called Lamorgese decree (d.l. 130/2020, converted into law n. 173, 18/12/2020) has introduced significant changes regarding the regulation of the prohibition of access to public establishments and places of public entertainment, the so-called urban Daspo. In addition to the new legislation, a few comments on personal prevention measures..*

---

\* Professoressa associata in Diritto penale presso l’Università di Bologna.

## 1. Premessa<sup>1</sup>.

A metà dicembre 2020, sul filo di lana, è stato convertito il decreto legge n. 130 che reca disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza<sup>2</sup>. All’art. 11 è stata introdotta una modifica significativa riguardo al divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, disciplina apparsa per la prima volta nel 2017 e subito ribattezzata dai mass-media con l’acronimo già noto di D.a.spo., al quale è stato aggiunto l’aggettivo urbano.

Per trovare la matrice di questa normativa bisogna risalire al lontano 1989, quando per la prima volta venne configurata una nuova misura di prevenzione personale, appositamente pensata per contenere quelle forme di pericolosità, che si verificano in occasione delle manifestazioni sportive. I governi di centro, centro-destra e centro-sinistra, che si sono succeduti negli ultimi trent’anni hanno tutti indistintamente contribuito a cesellare, con interventi continui, questa particolare misura *ante delictum*, senza mai arretrare, anzi prevedendo una progressiva espansione dei potenziali destinatari e delle modalità e durata di esecuzione.

Per comprendere meglio quanto è accaduto, ci si può far aiutare anche dal più immediato linguaggio pittorico, che icasticamente restituisce l’intreccio delle questioni coinvolte. La scelta cade, in particolare sulla litografia di Edvard Munch dal titolo: Ritratto di Friederich Nietzsche<sup>3</sup>. Questa chiave di lettura può fornire quantomeno due indicazioni utili. Per iniziare la figura del filosofo tedesco è inserita in un ambiente vivacemente policromo, capace di esprimere efficacemente la varietà del ‘colore politico’ che ha contribuito a delineare questa misura di prevenzione. Nell’ampio arco temporale di vigenza di questo originale istituto, si possono cogliere le pennellate bianche (il VI governo Andreotti); azzurre (il terzo e quarto governo Berlusconi); rosso pallido (i governi Prodi e Renzi); giallo-verdi (governo Conte 1, viceministri Salvini e Di Maio); giallo-rosso (Conte 2), concorrendo complessivamente a configurare sempre più nel dettaglio uno strumento che ha una costitutiva, difficilmente disconoscibile, versatilità. L’espressione corrucciata del filosofo, che dissimula la condizione di profonda inquietudine, sentimento che il famoso pittore norvegese riesce magistralmente a trasmettere, con il tratteggio dei lineamenti del volto, fornisce la seconda rilevante informazione.

Uno stato d’animo in parte condiviso anche da chi si predispone ad analizzare l’ennesima iniziativa legislativa, riguardante la disciplina della prevenzione nei confronti di persone considerate pericolose, in occasione di manifestazioni sportive, o più generalmente per la sicurezza nelle città. In un ritorno, se non proprio ciclico, quantomeno riflesso di sequenze estremamente simili

---

<sup>1</sup> Lo scritto è inserito anche nel volume: “La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera”. Si ringraziano i curatori per l’anticipazione della pubblicazione.

<sup>2</sup> L. 18 dicembre 2020, n. 173 (in G.U. 19/12/2020, n.314).

<sup>3</sup> Litografia rinvenuta a Weimar nel 1994 da alcuni ricercatori, che si stavano dedicando al riordino dell’archivio Nietzsche, fondato nel 1894 a Naumburg.

tra loro, si ripresenta l'emergenza perenne, che ha fatto perdere di vista la prospettiva del sistema integrato di prevenzione e controllo multiagenziale del disagio sociale e, conseguentemente, della sussidiarietà dell'intervento penale<sup>4</sup>. La spirale di risposte calibrate su una pericolosità, che può essere anche solo presunta e che prelude ad un passaggio semiautomatico verso una repressione degradata a soddisfare un effetto puramente sanzionatorio, è ormai divenuta una realtà stabile.

È così che prende forma l'ambivalente propensione, da un lato, ad esprimere un'opposizione ferma nei confronti di strategie di tipo preventivo, in particolare se riguardano la persona, sulla base delle innumerevoli remore costituzionali e delle insistenti osservazioni critiche, provenienti dalla maggior parte della dottrina; dall'altro, in posizione diametralmente opposta, la tendenza ad avvalorarne l'uso, trattandosi di un armamentario duttile e anche solo per questo particolarmente efficiente nel contrastare forme di una devianza non rigidamente catalogabile, ma che si caratterizza essenzialmente per essere minacciosa e violenta<sup>5</sup>. Per capire quale direzione intraprendere, forse conviene muovere un passo alla volta.

Un punto di partenza, non solo utile metodologicamente, guarda alla stratificazione normativa, che questa materia ha accumulato nel tempo. Si tratta di una disciplina che ormai ha acquisito una piena autonomia, perfino sotto il profilo didattico, come dimostra l'attivazione di specifici insegnamenti, inseriti nell'ambito dei corsi di laurea in giurisprudenza. L'Ateneo bolognese si segnala per la particolare tempestività.

L'archetipo originario si rinviene nel primo impianto generale sulle misure di prevenzione personali, varato con la legge n. 1423 del 1956, ma volendo si potrebbe risalire alla legge Pica del 1863, che le aveva introdotte per contrastare il banditismo post-unitario, passando attraverso il Testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1931, nel quale fanno capolino misure usate come strumento di controllo del dissenso politico, da parte del fascismo<sup>6</sup>. A voler essere puntigliosi, si sta parlando di quasi centosessant'anni di vigenza di quello che ormai è un vero e proprio sottosistema normativo, che si porta dietro interi filoni di letteratura scientifica e un'ingente quantità di pronunce giurisdizionali<sup>7</sup>. Se ci si limita a prendere come punto di riferimento

---

<sup>4</sup> Sergio Moccia lo scriveva già nel 1995, in *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Il ed., 1997, 22 e ss. Più recentemente: «Vanno dunque tagliate le radici culturali, istituzionali e sociali con un'opera di effettiva prevenzione di tipo politico ed economico in senso ampio, che sia espressione di un ampio disegno strategico di interventi multiagenziali a più livelli»: Id., *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette*, www.penaledp.it, 11 gennaio 2021.

<sup>5</sup> M. BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in *La pena ancora: tra attualità e tradizione*, a cura di C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA, Milano 2018, 851 ss.

<sup>6</sup> A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, www.archiviopenale.it 17 ottobre 2018, n. 3, 2 e ss.

<sup>7</sup> Per un recente e completo inquadramento anche storico: E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*.

iniziale la norma del 1956, gli anni di attività legislativa in questo contesto sono ormai più di sessanta.

Possiamo onestamente definirli: «“ferri vecchi”, perché evoluzione di strumenti che affondano le proprie radici storiche in un remoto passato ed in sistemi culturali, politici ed economici molto difforni da quelli attuali, frutto della cultura del sospetto»<sup>8</sup>...? Nessun dubbio sulla natura retorica del quesito. Un approccio di tipo ‘riduzionista’, motivato sulla base dell’obsolescenza normativa, non è compatibile con il dato di realtà, che vede l’impianto della prevenzione personale possedere effettivamente radici risalenti ad un tempo molto lontano, ma aver dato prova di saper assimilare numerose riforme, adeguamenti, ampliamenti, in un incessante processo di implementazione, comprovato anche dall’ultimo intervento legislativo, che qui si annota. Al contrario, fatte salve alcune correzioni di rotta, introdotte sia dal formante legislativo, che da quello della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, la trama delle misure di prevenzione, in particolare quelle a contenuto personale, gode di una condizione di pieno vigore.

È quindi difficilmente condivisibile la linea di chi prefigura un intervento demolitivo dell’intero complesso preventivo, sia reale che personale. Luigi Stortoni in un recente scritto pubblicato nel volume in onore del giudice della Corte Edu, Paulo Pinto de Albuquerque<sup>9</sup>, ricorda a proposito della sentenza De Tommaso, la posizione accentuatamente critica che assunse quasi all’unisono una parte significativa della dottrina italiana in occasione del famoso convegno di Alghero. Siamo agli inizi degli anni settanta e Massimo Pavarini con straordinaria lucidità elencava alcuni punti essenziali attraverso i quali era possibile individuare la funzione reale delle misure di prevenzione, mettendone a nudo le caratteristiche più autentiche. Al primo posto collocava la finalità ideologica della prevenzione, che in termini politici si legittima molto più efficacemente della risposta puramente repressiva. A seguire la loro valorizzazione come risorsa per gli organi di polizia, nella misura in cui garantisce un livello costante di contatti con il cosiddetto “sottobosco criminale”; ancora, la possibilità di colpire selettivamente alcuni soggetti, dando avvio consapevolmente nei loro confronti alla supposta “spirale dell’emergenza”; infine, l’effetto di censura nei confronti delle manifestazioni di dissenso politico e più genericamente dei modi di vivere, che risultano biasimevoli secondo i criteri dell’etica dominante<sup>10</sup>. Si tratta di una griglia che identifica perfettamente

---

*Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale “reale”, Napoli, 2020.*

<sup>8</sup> In modo inequivocabilmente retorico si domanda: G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva*, in *Parola alla difesa*, 2017, n. 1, 8.

<sup>9</sup> L. STORTONI, *Un nodo irrisolto: la legittimità delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2016-2020)*, a cura di A. SACCUCCI, Napoli 2021, 1159.

<sup>10</sup> M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno*, Varese 1975, 315.



le misure di prevenzione personali, anche nella loro attuale dimensione. È trascorso circa mezzo secolo da quel periodo fecondo di analisi e riflessioni; il punto è se si debba rimanere nello stesso solco teorico-scientifico, caratterizzato da un motivato scetticismo sulla validità del sistema preventivo; o se – di fronte alle numerose concrezioni normative, giurisprudenziali e dottrinali, che in tutti questi anni si sono sedimentate – non sia giunto il tempo del disincanto, senza che ciò significhi abbandonarsi alla rassegnazione, ma piuttosto mettersi tenacemente alla guida di un reale processo di riforma, anche in questo settore<sup>11</sup>.

Tra le strategie per attribuire una piena cittadinanza alle misure di prevenzione rientra certamente il tentativo di irrobustire ed articolare meglio l'apparato di garanzie, che fa loro da contorno sia sotto il profilo sostanziale, che processuale. L'impegno a predisporre validi meccanismi, anche nella periferia del sistema di controllo preventivo-repressivo, è stato discontinuo e per lo più abborracciato. Pensare all'apprestamento di un *habeas corpus*, anche riguardo alcune misure fortemente incapacitanti e per molti aspetti gravate da un'afflittività del tutto analoga alla pena<sup>12</sup>, non può essere letto come una provocazione iperbolica. Forse è bene rammentare che ci troviamo di fronte a provvedimenti che limitano molto significativamente la libertà personale, ma che sono emessi nei confronti di chi è semplicemente sospettato di aver commesso un reato e per ciò solo viene considerato persona pericolosa socialmente.

Tra l'estremo di negare o ridurre sensibilmente la cittadinanza alle misure di prevenzione e l'opposto, di una loro piena legittimazione *rebus sic stantibus*, si annovera un più moderata soluzione intermedia, che suggerisce di alimentare la vitalità di queste misure, ma condizionatamente. *In primis*, stagliando con una maggiore definizione le classi di pericolosità e arrivando ad eliminare quelle generiche (come ha già fatto la Corte costituzionale con le sentenze n. 24 e n. 25 del 2019)<sup>13</sup>; in secondo luogo, istituendo ferme

---

<sup>11</sup> F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione antedelictum*, in *DisCrimen* 12.09.1918; D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *DPP*, 11/2019, 1531. Magari ricomprendendo nell'infaticabile lavoro di adeguamento anche le misure di prevenzione personali e non solo quelle patrimoniali. Per un aggiornamento sulle ultime novità legislative: K. TASSONE, *La costante riforma del codice antimafia: un cantiere aperto. Principi e obiettivi che hanno animato la riforma: gli interventi più significativi, i margini di miglioramento*, 22 gennaio 2019, [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org).

<sup>12</sup> M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *CP*, 7/2018, 2284: «1) pene principali, 2) pene accessorie, 3) misure di sicurezza, 4) sanzioni amministrative e disciplinari, decadenze, sospensioni, incapacità, indegnità, etc. 5) risarcimenti civili anche punitivi, responsabilità contabile e 6) misure interdittive e cautelari, più 7) misure di prevenzione. Sono almeno sette binari paralleli o successivi riguardanti lo stesso fatto, tutti potenzialmente applicabili anche se non a tutti i reati.»

<sup>13</sup> È illegittimo sottoporre alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e alla misura di prevenzione della confisca dei beni le persone che “debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi”. Condividendo la valutazione di eccessiva genericità dei potenziali destinatari delle disposizioni ora censurate, già espressa nel 2017 dalla Corte europea

preclusioni al *bis in idem*, affinché al procedimento preventivo non si sommi anche quello penale; infine, introducendo una congrua limitazione temporale all’azione per le misure reali<sup>14</sup>.

In un’ottica più radicale, ma che si misura su quanto già esistente, si profila perfino una quarta strada, ovvero quella percorsa da coloro che non ritengono di potersi accontentare di piccoli ritocchi, calibrati su specifici profili, sostenendo piuttosto una trasformazione più strutturale. La proposta, che raccoglie un testimone autorevole, va nella direzione di collocare le misure di prevenzione nell’ambito delle misure di sicurezza, allo scopo di inserirle in modo definitivo nel contesto penalistico<sup>15</sup>. Dopo la riforma del codice antimafia del 2011, è difficile negare che le misure di prevenzione abbiano assunto una natura penale, visto che condividono con le misure di sicurezza le stesse funzioni, in ragione della loro «inerenza intima alle ragioni preventive speciali (neutralizzazione, terapia) della privazione di diritti dipendenti da reati passati o futuri»<sup>16</sup>. Anche le misure di sicurezza non hanno finalità punitiva, ma sono penali a tutti gli effetti.

Uno sguardo obiettivo sul ruolo e sulle recenti coordinate assunte dalle misure di prevenzione fa emergere chiaramente una loro trasfigurazione identitaria sostanziale «da cui discende il loro spostamento in una sorta di inedita categoria di misure *post delictum* a “prova contratta” o, se si preferisce, a “mera base indiziaria”»<sup>17</sup>. Il reato diventa punto di riferimento passato. Le misure di prevenzione «lo presuppongono, cioè, assumendo nella sostanza la finalità intrinsecamente incostituzionale, ma pur sempre sanzionatorio-afflittiva, di colpirlo altrimenti nell’impossibilità di provarne l’esistenza nell’ordinario processo di cognizione»<sup>18</sup>.

dei diritti dell’uomo nella pronuncia De Tommaso contro Italia, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità dell’espressione “traffici delittuosi” perché contraria al principio di legalità, che esige che ogni misura restrittiva della libertà personale o della proprietà dell’individuo si fondi su di una legge che ne determini con precisione i presupposti di applicazione. Con successiva sentenza, depositata però lo stesso giorno, la Corte ha dichiarato parzialmente illegittimo l’art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» imposte con la misura personale della sorveglianza speciale, sempre per difetto di legalità: S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte Edu*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 marzo 2019; F. MAZZACUVA, *L’uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *RIDPP*, 2/2019, 987.

<sup>14</sup> A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 6 marzo 2017, n. 1, 35 ss.

<sup>15</sup> A. MANNA, *La natura giuridica delle misure di prevenzione: tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *RIDPP*, 2/2020, 1079; *Id.*, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 211 ss.

<sup>16</sup> M. DONINI, *Septies in idem*, cit., 2295.

<sup>17</sup> V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *DPP*, 1/2020, 107 ss.

<sup>18</sup> L. DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema*

È stato superato il punto di non ritorno, quindi ciò su cui si renderà necessario riflettere non è se, ma come sia più opportuno disciplinare una tutela che si vuole formalmente anticipata in rapporto ad interessi<sup>19</sup> – tra i quali la sicurezza pubblica – che pur non disponendo di una precisa caratterizzazione in termini di bene giuridico, hanno comunque catalizzato una grande attenzione da parte di chi governa la paura, sia essa realmente motivata o solo artificialmente indotta<sup>20</sup>.

## 2. Provando ad afferrare la “sostanza unitaria” della sicurezza, uno sguardo a quella urbana<sup>21</sup>.

A partire dagli anni duemila viene affidato al Sindaco il potere di comprimere gli spazi di libertà, nei confronti di categorie di persone definite in modo ancora meno univoco e quindi perfino maggiormente discrezionale rispetto ai criteri già molto discutibili previsti per le tradizionali misure di prevenzione. Si assegna al primo cittadino il potere di adottare ordinanze che prevengono ed eliminano i gravi pericoli, che possono minacciare l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Viene in questo modo spostato l'asse dell'intervento dal campo penale a quello amministrativo, ritenuto più agile, veloce ed efficace nell'introdurre divieti e sanzionare comportamenti, proprio perché privo di quelle garanzie procedurali, che rappresentano l'architave democratica e costituzionale del sistema penale<sup>22</sup>.

Con il Testo unico degli enti locali (d.lgs. 267/2000), all'art. 50 si assegna al Sindaco, quale autorità locale, il potere di emanare ordinanze contingibili e

---

penale, in *DisCrimen*, 20 aprile 2020, 28. Riguardo alla logica della prevenzione, parla di: «una sorta di 'canone inverso' rispetto ai principi di colpevolezza e di rieducazione di cui all'art. 27 Cost»: F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *DisCrimen*, 1/10/2019, 24.

<sup>19</sup> Soprattutto là dove la fisionomia di una prevenzione “sostenibile” non possa che essere ricostruita sul filo sottile dell'equilibrio tra i principi di legalità (preventiva) e proporzione: F. MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *CP*, 3/2018, 1031.

<sup>20</sup> Nel 2011 per un fatto di guerriglia urbana avvenuto a Roma, è stata ipotizzata l'introduzione di una legge Reale-bis. Un *ordre dans la rue* che si voleva far passare attraverso innovazioni di carattere processuale, amministrativo, e misure preventive. Viene ricordata l'iniziativa dell'allora Ministro dell'interno on. Roberto Maroni – nell'intervento alla Camera dei deputati in data 25 ottobre 2011 – che tra le numerose ed articolate proposte, inserisce l'estensione del Daspo alle manifestazioni pubbliche. La critica è radicale: l'esito di una normalizzazione di massa, prodotta attraverso l'introduzione di strumenti di *law and order*, finirebbe per pregiudicare diritti effettivi e non iniziative antiggiuridiche (M. DONINI, *Il “terrorismo urbano” e i fantasmi della legge reale*, in *DPP*, 12/2011, 1433). Da allora ad oggi anche questo tassello è stato riempito.

<sup>21</sup> Così: G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *AA.VV.*, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna 2011, 199. L'A. mette sull'avviso: «il passaggio dalla topica dell'ordine pubblico a quella della sicurezza urbana ha una valenza privatistica, fortemente antistatualistica ed evoca scenari di rifeudalizzazione dei rapporti sociali» (203).

<sup>22</sup> A. CERRETTI - R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *DPP*, 11/2019, 1484; A. MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in *RIDPP*, 2/2017, 541.

urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale; all’art. 54, in qualità di ufficiale del Governo, si riconosce il potere di adottare, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minaccino l’incolumità dei cittadini. Qualche anno più tardi la legge n. 125/2008 (di conversione del decreto legge n. 92 del 2008) inserisce, tra i presupposti per l’emanazione di questa particolare tipologia di atti, il binomio “sicurezza urbana”, rimandando ad un decreto ministeriale la definizione di contenuto. Corregge inoltre in “pubblica” l’incolumità, che era “dei cittadini”. La nuova locuzione ha un carattere accentuatamente polisenso, perché deve esprimere risposte capaci di disincentivare i comportamenti devianti attraverso la convergenza di funzioni e competenze ispirate a criteri sia di prevenzione, che di repressione. Il decreto ministeriale dell’agosto 2008 pone l’enfasi sulla necessità di attuare miglioramenti delle condizioni di vivibilità nei centri urbani, della convivenza civile e della coesione sociale<sup>23</sup>. In quest’ottica, si collocano certamente i presidi delle strade, realizzati dalle forze dell’ordine, ma assurgono ad elementi funzionali al raggiungimento dei suddetti obiettivi anche gli studi sulla conformazione dei quartieri, degli edifici, sulle caratteristiche della rete viaria, sull’illuminazione, sulle dotazioni di telecamere e così via.

Affidato ai Sindaci il compito di prevenire i reati, si assiste ad un proliferare di atti, che in alcuni casi duplicano provvedimenti già esistenti, in altri introducono divieti non imposti dalla legge, ma pertinenti a comportamenti considerati «rischiosi».

Nel 2011 la Consulta dichiara l’incostituzionalità del quarto comma dell’art. 54, per violazione del principio di legalità sostanziale, in forza del quale l’attività dell’amministrazione, quando investe direttamente lo spazio di libertà dei consociati, deve essere determinata dalla legge nei mezzi e nei contenuti, oltre che nei fini<sup>24</sup>. La Corte osserva che le specificazioni contenute nel decreto ministeriale, a prescindere dalla loro idoneità, erano comunque il frutto di esercizio della discrezionalità «interna» alla pubblica amministrazione, e non un limite all’esercizio di tale discrezionalità nei rapporti coi cittadini.

Qualche anno più tardi, il 18 aprile 2017, con voto di fiducia, viene approvato il cosiddetto decreto Minniti, convertito nella legge n. 48. Tra le novità, viene modificato l’art. 50 del Tuel, che introduce poteri più ampi in capo al Sindaco, sempre nella veste di rappresentante della comunità locale, consentendogli di emettere provvedimenti «in relazione all’urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio

---

<sup>23</sup> Decreto 5 agosto 2008 del Ministero dell’Interno, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 9 agosto 2008, n. 186.

<sup>24</sup> G.LEO, *La Consulta dichiara illegittima la norma che consentiva ordinanze dei sindaci, anche non contingibili e urgenti, in materia di sicurezza urbana*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 aprile 2011; L. VANDELLI, *Ordinanze per la sicurezza: uno strumento utile ma ancora da affinare*, RACI, luglio-ott. 2008, 148.

o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti.» La riformulata disposizione prevede un ristretto limite temporale di efficacia dell'ordinanza sindacale "ordinaria" (non superiore a 60 giorni); una finalità circoscritta (tutela della tranquillità e del riposo dei residenti di aree determinate, anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi) e un contenuto delimitato ("limitazione in materia di orari di vendita, ecc. di bevande alcoliche"). Tutti fattori che globalmente intesi sembrano garantire il rispetto del principio di legalità amministrativa<sup>25</sup>.

Superando il difetto nel quale era incorso il legislatore del 2008, si fornisce inoltre all'art. 4 una definizione legislativa di "sicurezza urbana", qualificandola come: «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità ed esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni»<sup>26</sup>.

Si ritiene che tale operazione abbia dato luogo ad un riconoscimento meramente dichiarativo della nozione, senza che siano apprezzabili effetti costitutivi. Il bene giuridico "sicurezza" con la nuova normativa non perde, almeno nella sua definizione, la natura "onnivora" che lo caratterizza da sempre, così ampia «da promettere scarsissima capacità selettiva rispetto a comportamenti predeterminati» e corredata «di venature estetiche (il "decoro delle città") e soggettivo-emozionali (la "vivibilità")»<sup>27</sup>. Il potenziamento della sicurezza, in un'ottica eminentemente operativa, esercitata attraverso l'attività di vigilanza preventiva contro la commissione di reati, poggia sulla predisposizione, anche mediante l'ausilio della tecnologia, di una serie di restrizioni e divieti, volti a delimitare gli spazi, per creare sacche di inaccessibilità da parte delle persone considerate più "a rischio"<sup>28</sup>. Tuttavia, questa strategia conti-

---

<sup>25</sup> C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi? Prima lettura del D.L. 20 febbraio 2017, n. 14*, in *RTDPC*, 3/2017, 272.

<sup>26</sup> Pur apprezzando l'impegno di mettere in campo nuovi strumenti, si critica il profilo generico dei concetti utilizzati: M. PELISSERO, *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *DPP*, 7/2017, 845. Sulle valutazioni delle esigenze di sicurezza nel momento in cui si progettano le trasformazioni del tessuto urbano: G.G. NOBILI, *Progettare la sicurezza nelle città*, Bologna, 2017, 410 ss.

<sup>27</sup> C. RUGA RIVA, R. CORNELLI, A. SQUAZZONI, P. RONDINI, B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore, il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in *RTDPC*, 4/2017, 224 ss.; V. ANTONELLI, *Il diritto amministrativo preventivo a servizio della sicurezza pubblica*, in *DPP*, 11/2019, 1510.

<sup>28</sup> A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, *RGE* 1/2019, parte II, 31. L'Autrice mette sull'avviso degli effetti in concreto

nua ad eludere il problema di fondo la cui soluzione, lodevolmente rispetto al passato, è stata spostata, quantomeno parzialmente, fuori dall’area della sola giustizia penale. Ciò che rimane ancora in gran parte inascoltata è la domanda di sicurezza sociale, che finisce per rimanere soffocata da politiche incapaci di proiettarsi sul medio-lungo periodo e che fanno della prevenzione e repressione della criminalità l’unica arma perennemente puntata<sup>29</sup>.

Anziché reagire alla crisi delle politiche di welfare, ampliando gli spazi di agibilità dei diritti, cioè dilatando la cultura e le occasioni di assunzione dei rischi, così producendo maggiore “sicurezza dei diritti per tutti”, si è preferito imboccare la strada di una metamorfosi verso il securitarismo, appiattendolo la sicurezza, anche quella urbana, sull’unica nota dell’ordine pubblico<sup>30</sup>. All’inizio del XXI secolo la sicurezza non è più ancorata a un progetto di cittadinanza inclusiva, da garantire a tutti, ma si frastaglia creando numerose zone d’eccezione. Si afferma un’idea di sicurezza che è sempre meno bene pubblico e sempre più diritto individuale da rivendicare in competizione con i diritti degli altri, o a volte con propri diritti a cui si pensa di poter rinunciare<sup>31</sup>.

Oggi è ancora necessario ribadire la necessità di uscire dall’ambito penale per realizzare autentiche politiche della sicurezza, ma per farlo bisogna riflettere sulla qualità della nostra democrazia e sulle condizioni che riusciamo a costruire per contenere culturalmente e politicamente tanto le forti spinte del populismo penale, quanto le tentazioni tecnocratiche<sup>32</sup>.

addirittura controproducenti, quanto meno sul piano del sostegno alla coesione sociale, potendosi creare l’isolamento in aree già degradate del tessuto urbano di soggetti marginalizzati. «In altri termini, per fare fronte alla crescente insicurezza dei centri urbani, si attivano dei meccanismi di “chiusura”, che sfociano essenzialmente nella predisposizione di limitazioni materiali alla dimensione della città fruibile e a loro volta assecondano di fatto fenomeni di desertificazione che fatalmente conducono a un livello di degrado difficilmente reversibile» (34). Là dove le istanze della cittadinanza variamente partecipative potrebbero costituire un interessante meccanismo innovativo (35 e ss.)

<sup>29</sup> M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 49.

<sup>30</sup> M. PAVARINI, *Degrado*, cit., 56. G. PIGHI, *Spazi e destinatari delle politiche di sicurezza urbana: la città divisa*, in *DPP*, 11/2019 (ultima pagina): «(...)l’utilizzo dei soli strumenti reattivi, il perseguimento degli effetti e non delle cause delle criticità nello spazio pubblico, lo spostamento altrove di chi si rende indesiderabile, l’impartire comandi anziché rimuovere criticità» non risolve davvero i problemi delle città.

<sup>31</sup> «Ragionare di politiche della sicurezza significa oggi più che mai uscire dal campo penale per riflettere sulla qualità della nostra democrazia e sulle condizioni che riusciamo a costruire per contenere culturalmente e politicamente tanto le forti spinte del populismo penale quanto le tentazioni tecnocratiche. Nelle istituzioni così come nella vita quotidiana.» (A. CERRETTI - R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura*, cit., 1489).

<sup>32</sup> «Se il futuro perde il senso dell’utopia, di sogno-guida, mostrandosi come la proiezione di un presente senza fine, l’ansia connessa al “giocarsela qui e ora” non trova attenuanti nell’immaginare un futuro diverso ma si cristallizza, proiettandosi in un futuro incerto tanto quanto il presente. Il populismo penale si colloca pienamente in questa dinamica politica legata alla mancanza di fiducia, alla richiesta di assicurazione e alla contingenza della risposta, mentre la soluzione tecnocratica (sottrarre spazi di democrazia per affidarli al sistema degli esperti) sembra non far altro

### 3. Disposizioni a tutela della sicurezza delle città e del decoro urbano.

#### 3.1. L'ordine di allontanamento.

Passiamo alla disamina più in dettaglio dell'ultimo ritrovato legislativo in materia di misure di prevenzione personale. Come anticipato poc'anzi, si tratta di una variante dell'archetipo originario, ideato nel 1989, ma configurato per la prima volta nelle sembianze di misura a tutela della sicurezza urbana con il decreto legge 20 febbraio 2017, n. 14 – ribattezzato dai media decreto Minniti-Orlando, dai nomi degli allora Ministri dell'Interno e della Giustizia – convertito, con modificazioni, in l. 18 aprile 2017, n. 48.

Prima nel 2018, poi nel 2019, vengono inseriti alcuni ritocchi con i decreti sicurezza ed immigrazione, a firma Salvini; successivamente si aggiungono le modifiche dell'ultimo decreto, in ordine di tempo, il n. 130/2020, convertito dalla legge il 18 dicembre 2020, n. 173<sup>33</sup>, ancora vocato al tema dell'immigrazione, ma con affondi sul terreno della sicurezza.

L'art. 9, rubricato «*Misure a tutela del decoro di particolari luoghi*», prevede la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 100 a 300 euro, nei confronti di chi attui condotte che limitano la libera accessibilità e fruizione di infrastrutture ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e loro relative pertinenze. Contestualmente alla rilevazione della condotta illecita, al trasgressore viene ordinato, nelle forme e con le modalità di cui al successivo articolo 10, l'allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto. Il provvedimento è disposto anche nei confronti di chi venga trovato nelle suddette aree in stato di alterazione alcolica, compiendo atti contrari alla pubblica decenza<sup>34</sup>, esercitando il commercio senza la prescritta autorizzazione, svolgendo attività di parcheggio abusivo o di bagarino. Si applicano le stesse sanzioni amministrative. Il terzo comma, sempre del medesimo articolo 9, prevede che i regolamenti di polizia urbana possano individuare ulteriori aree, rispetto a quelle indicate al primo comma, alle quali estendere la misura di prevenzione. Si tratta dei presidi sanitari<sup>35</sup>, scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e par-

---

che ribadire e rintuzzare le ragioni del populismo» (A. CERRETTI - R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura*, cit., 1489).

<sup>33</sup> Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-*bis*, 391-*bis*, 391-*ter* e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. (20G00154) (GU Serie Generale n.261 del 21-10-2020).

<sup>34</sup> Si legge in una recente pronuncia di legittimità trattarsi di comportamenti che ledono il normale sentimento di costumatezza (Cassazione penale, sez. VII, 27/10/2017, n. 16477).

<sup>35</sup> A seguito dell'intervento della Corte costituzionale (Sent. n. 195/2019) questo passaggio della



chi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli, ovvero adibite a verde pubblico.

La misura atipica condivide un’identità solo lessicale con l’allontanamento d’urgenza dalla casa familiare, di cui all’art. 2, comma 1 lett. d), del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, che si qualifica più propriamente come misura precautelare<sup>36</sup>; lessicale e sostanziale con l’ordine di allontanamento emesso dal Questore nei confronti dello straniero irregolare, di cui all’art. 14, co. 5-*bis*, T.U.I.<sup>37</sup>, poiché qui spicca la natura effettivamente preventiva. L’ordine del Questore, di cui ci stiamo occupando, si connota per avere profili molto sfumati, poggiando sul presupposto quantomai generico di “*condotte che limitano la libera accessibilità e fruizione*” di determinati luoghi. Non viene descritta alcuna specifica ipotesi criminosa, ma viene insinuato il sospetto che possano essere compiuti atti pericolosi per la sicurezza cittadina. L’eco alla stigmatizzazione degli oziosi e vagabondi è difficilmente controvertibile, al punto da riproporre un ritorno nietzschiano del molto simile, se non proprio uguale<sup>38</sup>. Inoltre, se come già detto il bene giuridico ‘sicurezza urbana’ sembra collocabile, secondo le categorie di Bauman, in una dimensione liquida, il costrutto linguistico, adottato dal legislatore a proposito del bene giuridico ‘decoro urbano’, si rarefa in uno stato addirittura gassoso...

L’art. 10, rubricato «*Divieto di accesso*» precisa che il provvedimento di allontanamento, emesso dall’organo accertatore e corredato da una debita motivazione, ha la durata di quarantotto. Nel caso di violazione a tale misura, si applica una sanzione amministrativa doppia rispetto a quanto previsto al comma 1 (ovvero da 200 a 600 euro). L’esiguità della misura fa supporre che l’obiettivo più immediato, che si vuole raggiungere, sia quello di rafforzare l’efficacia delle sanzioni amministrative, che accompagnano la maggior parte degli illeciti contestabili. La natura accessoria, rispetto all’illecito amministrativo, è confermata anche dall’espressione posta all’inizio del

---

norma va riletto, secondo un’interpretazione adeguatrice, per cui si intende applicabile la misura dell’allontanamento dai presidi sanitari, salvo non vi siano ragioni di cura, con ciò facendo prevalere il diritto alla salute sulle esigenze di decoro dei luoghi e di contrasto alle condotte sanzionate in via amministrativa (C. CARMASSI, *Esigenze di sicurezza e garanzie di libertà nella disciplina del daspo urbano*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)).

<sup>36</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 (GU Serie generale n. 242 del 15 ottobre 2013), è stato introdotto l’art. 384-*bis* c.p.p., in base al quale la polizia giudiziaria, previa autorizzazione del pubblico ministero, può disporre l’allontanamento nei confronti di chi è colto in flagranza dei reati di cui all’art. 282-*bis*, co. 6, c.p.p.: A. TRINCI - V. VENTURA, *Allontanamento d’urgenza dalla casa familiare e rito direttissimo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 dicembre 2013.

<sup>37</sup> Ordine che viene impartito quando non sia possibile procedere immediatamente al rimpatrio o quando non sia possibile trattenere lo straniero in un centro di detenzione amministrativa: L. MASERA, *Il diritto penale “dei nemici” – la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *RIDPP*, 2/2020, 804.

<sup>38</sup> L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d’insieme alle disposizioni penali del “decreto sicurezza”*, in *DPP*, 1/2019, 15.



primo comma dell'art. 9, laddove si dice «*salvo quanto previsto dalla vigente normativa*», dalla quale inoltre consegue che l'ordine di allontanamento non può essere emanato senza il preventivo accertamento e la contestazione della violazione dei prescritti divieti di stazionamento e di occupazione degli spazi<sup>39</sup>. Tuttavia, solleva qualche perplessità l'applicazione sostanzialmente automatica dell'ordine di allontanamento, unitamente alla sanzione amministrativa, in mancanza di una valutazione sulla concreta pericolosità sociale del soggetto. Il dubbio sulla configurazione di una rediviva "presunzione astratta" di pericolosità, del tutto incompatibile con i principi costituzionali e con le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, è particolarmente fondato<sup>40</sup>.

### 3.2. Il divieto di accesso

Le conseguenze che si producono nel caso di reiterata violazione delle condotte poc'anzi descritte è possibile che siano però il vero scopo avuto di mira dal legislatore. Va premesso che i destinatari, per impedimenti anche di natura oggettiva, difficilmente potranno conformarsi alla prescrizione, diventando giocoforza dei recidivi. Nella migliore delle ipotesi si otterrà il loro allontanamento da quel luogo specifico, ma si assisterà inevitabilmente al loro ripresentarsi in altro analogo. Ecco allora, che per esempio a seguito di un ostinato bivaccamento davanti alla stazione centrale da parte di un homeless, scatterà l'emissione di una misura preventiva personale decisamente più severa. L'innalzamento del livello di gravità è riconoscibile anche nel passaggio delle competenze. Mentre l'ordine di allontanamento è emesso dal Sindaco, attraverso gli agenti e funzionari della polizia municipale, il divieto di accesso viene disposto dal Questore, il quale se ravvisa che vi sia pericolo per la sicurezza - priva di ulteriori aggettivazioni - può disporre, con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a dodici mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all'art. 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuando, altresì, modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto<sup>41</sup>.

L'ultimo gradino, sotto il profilo della gravità nella risposta, è occupato dall'evenienza in cui il trasgressore violi anche questa ulteriore misura, facendo così entrare in gioco la responsabilità penale, dalla quale consegue la possibilità di applicare la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno. D'altro canto, non può sfuggire come questa montagna finirà per partorire un misero topolino, dal punto di vista della concreta effettività della pena. Nella

---

<sup>39</sup> F. GATTA, *Ordine di allontanamento e "Daspo" urbano: la disciplina di Minniti e le modifiche di Salvini*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 11 ottobre 2018.

<sup>40</sup> T.F. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2017, 27.

<sup>41</sup> Sulla necessità di dare comunicazione di avvio del procedimento: C. CARMASSI, *Esigenze di sicurezza*, cit., 10.

maggior parte dei casi, infatti, si addiverrà all’emissione di un decreto penale di condanna, a seguito di conversione della pena detentiva in pena sostitutiva pecuniaria. A sua volta, dato il noto tasso infinitesimale di esecuzioni delle sanzioni pecuniarie penali, dovrà considerarsi concretamente non eseguibile<sup>42</sup>.

Se i fatti che hanno generato l’ordine di allontanamento sono stati commessi da persona condannata, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio, la durata del divieto deve essere compresa tra il minimo di uno e il massimo di due anni.

In sintesi, il passaggio è duplice: prima viene emesso un provvedimento con il quale si intima al soggetto pericoloso l’allontanamento da alcune aree cittadine; poi, se l’autore recidiva nell’impedire l’accessibilità e la fruizione delle suddette zone, viene emesso il divieto di accesso. La comunicazione massmediatica ha semplificato l’articolazione appena descritta con l’acronimo: daspo urbano. Per verità la normativa del 2017 richiama proprio le disposizioni della legge 401/1989, che per la prima volta nell’art. 6 vedevano introdotta la misura di prevenzione del divieto di accesso alle manifestazioni sportive (Daspo).

### 3.3. Il divieto di accesso a locali pubblici

Con un piccolo salto si può chiudere la rassegna delle misure di prevenzione di più recente conio, accennando innanzitutto a quanto viene enunciato nell’art. 13, del d.l. 20/02/2017, n. 14, intitolato: «*Ulteriori misure di contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti all’interno o in prossimità di locali pubblici o aperti al pubblico e di pubblici esercizi*»; per concludere con l’art. 13-bis, introdotto dal d.l. 4/10/2018 n. 113, rubricato: «*Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento*».

La rassegna di queste due disposizioni avviene all’esito delle modifiche apportate dai decreti Salvini e da ultimo dal decreto n.130/2020. Per quanto riguarda l’art. 13, i destinatari sono persone che hanno ricevuto una denuncia o una condanna anche se non ancora passata in giudicato, nel corso degli ultimi tre anni, per il reato di vendita o cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui all’art. 73 del T.U. stupefacenti. Se tali fatti sono stati commessi all’interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, il Questore può disporre, per ragioni di sicurezza, il divieto di accesso agli stessi locali o esercizi, oppure

---

<sup>42</sup> «Per non parlare, poi, dei rarissimi casi in cui il pubblico ministero ritenesse di non poter effettuare la conversione e di dover procedere alla citazione diretta, ove sembra del tutto inverosimile che il procedimento possa concludersi prima dell’avverarsi della prescrizione»: A. AMI, *Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in RIDPP, 1/2019, 176.

può vietare lo stazionamento nelle immediate vicinanze. Il provvedimento non può avere durata inferiore ad un anno, né superiore a cinque. Il divieto è disposto individuando modalità applicative compatibili con le esigenze di mobilità, salute, lavoro e studio del destinatario dell'atto.

Solo nei confronti di chi sia già stato condannato con sentenza definitiva negli ultimi tre anni possono essere applicate dal Questore ulteriori misure, per la durata massima di due anni. Si tratta: a) dell'obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; dell'obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; b) del divieto di allontanarsi dal comune di residenza; infine, c) dell'obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici. Questa formula, sicuramente aggravata e più restrittiva della libertà personale, esige la convalida da parte dell'organo giurisdizionale.

Nel caso in cui il prevenuto violi il divieto e le prescrizioni in esso contenute, scatta la reclusione da sei mesi a due anni e una multa da 8.000 a 20.000 euro.

Il successivo art. 13-*bis* descrive i destinatari come persone condannate, anche con sentenza non definitiva, o solamente denunciate, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze, o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, oppure aggravati dalla finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso. Se da queste condotte può derivare un pericolo per la sicurezza, il Questore può disporre il divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento specificamente individuati, in ragione dei luoghi in cui sono stati commessi i già menzionati reati ovvero delle persone con le quali l'interessato si associa, specificamente indicati.

Per prevenire i disordini negli esercizi pubblici il Questore ha la facoltà di prescrivere alle persone sopra descritte, siano esse condannate o semplicemente denunciate, di comparire personalmente una o più volte, negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato. Si nota una certa discrepanza tra l'abbinamento dell'obbligo di firma con il divieto di accesso, nel caso di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento, che opera anche nei confronti di chi sia stato soltanto denunciato; e il caso di chi spacci sostanze stupefacenti, per il quale scatta l'obbligo di firma solo se è stato condannato, addirittura con sentenza definitiva. L'esigenza di prevenire ulteriori comportamenti socialmente pericolosi si avverte con molta maggiore nitidezza in rapporto alla seconda tipologia di autori, piuttosto che alla prima.

Si sovrappone invece perfettamente alla precedente disposizione la previsione delle conseguenze nel caso in cui siano violati i divieti e le prescrizio-

ni. Si applica, infatti, la reclusione da sei mesi a due anni e la multa da 8.000 a 20.000 euro.

Altro aspetto comune ad entrambe le discipline, di cui agli articoli 13 e 13-*bis*, è l’inciso rivolto alla sicurezza, rimasta orfana di qualsivoglia aggettivazione, non comparando alcun riferimento né all’ordine pubblico, né al contesto urbano. Al Questore l’arduo compito di discernere se la mancanza sia solo un involontario refuso del legislatore, che ritiene sufficientemente inequivoca la contestualizzazione in un ambito normativo, che nel preambolo fa riferimento alla “sicurezza nelle città” e che all’art.4 si occupa proprio di definire cosa si debba intendere per sicurezza urbana. Oppure se – viste le gravi e specifiche tipologie criminose richiamate dagli artt. 13 e 13-*bis*, quali presupposti per l’applicazione della misura – sia necessaria la verifica di una pericolosità su scala più ampia e più rigorosa, di quella riferibile alla più angusta angolazione del decoro urbano<sup>43</sup>. L’esigua casistica, fino ad ora rinvenibile nell’uso di questi strumenti, non deve esonerare dall’esprimere valutazioni critiche che possano suscitare modifiche correttive più o meno penetranti. La storia ormai pluridecennale del Daspo, ideato per il contesto delle manifestazioni sportive, deve rappresentare un monito emblematico: partito come esperimento circoscritto, si è ormai stabilmente radicato e diffuso, ben oltre l’angusto recinto iniziale<sup>44</sup>.

#### 4. Nietzsche e la prevenzione dell’antisocialità.

In conclusione, non può restare inevasa la richiesta – poco rileva se del tutto o in parte artificialmente indotta – di un recupero del controllo sul territorio e del ristabilimento di una legalità diffusa<sup>45</sup>, ma è essenziale capire quali siano le strategie più efficaci e autenticamente meno costose per giungere a questo risultato. Non è percorribile la strada di un eterno ritorno dell’uguale, attraverso il riadattamento di vecchi utensili, forgiati addirittura in epoca fascista (a titolo puramente esemplificativo: il confino, il foglio di via, ecc.), che dopo un superficiale restyling ricevono un’etichetta posticcia. Proprio il Nietzsche del ritratto offre nuove configurazioni della comunità e della complessa relazione tra essa e l’individuo e tra gli individui medesimi, muovendosi tra un cosmopolitismo europeo, oltrenazionale, finanche oltreuropo<sup>46</sup>. Dalle pagine nietzschiane affiora una proposta di rinnovamento eti-

---

<sup>43</sup> Esprime convinte riserve G. TODARO nella relazione esposta in occasione del Ciclo di seminari su Sicurezza e ordine pubblico, a cura di T.F. GIUPPONI, Bologna 19 novembre 2020, <https://dsg.unibo.it/it/eventi/ciclo-di-seminari-curriculum-sicurezza-e-ordine-pubblico>.

<sup>44</sup> Sia consentito il rinvio a: F. CURI, *Un nemico per tutte le stagioni: il tifoso violento. Ie - troppo - versatili misure di prevenzione personali*, in RIDPP, 2/2020, 1020 ss.

<sup>45</sup> M. MANCINI PROIETTI, *Le misure preventive e i divieti introdotti dalla l. 18 aprile 2017, n.48, come modificata dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132*, in AA.VV., *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, a cura di G. G. NOBILI - T.F. GIUPPONI - E. RICIFARI - N. GALLO, Milano. 2019, 43.

<sup>46</sup> È a Nietzsche che si riconosce la promozione di un aristocrazia elitaria in cui i pochi, gli uomini singolari, quegli uomini nobili, cui fa riferimento spesso nei suoi scritti, saranno capaci di

co politico, che dovremmo essere capaci di cogliere, a maggior ragione nella congiuntura storica che stiamo vivendo, flagellata da una pandemia, che ha acuito la disuguaglianza tra ricchi e poveri, consentendo ad una élite di miliardari di accumulare ancora maggior ricchezza a scapito di una popolazione in crescita esponenziale, ridotta in stato di povertà<sup>47</sup>.

Il superamento del sistema di produzione fordista, per un verso, e la crisi del sistema di *welfare state*, per l'altro, rappresentano il tramonto di un intero ciclo politico-economico, che deve preludere ad una fase nuova, nella quale sia possibile ridisegnare un modello di società civile e quindi anche di penalità. «L'informatizzazione del processo produttivo, la delocalizzazione, il decentramento, tutto ciò che viene indicato con il concetto di esternalizzazione della manodopera ha ormai trasformato i grandi poli industriali, con i relativi quartieri operai, in un deserto, modificando significativamente gli scenari urbani contemporanei»<sup>48</sup>.

Alessandro De Giorgi definisce all'inizio del nuovo millennio come «eccedenza negativa post-fordista» l'universo fatto di disoccupazione, sottoccupazione e precariato, che le recenti dinamiche produttive hanno determinato<sup>49</sup>. Scompare l'*impiego*, nel senso che le garanzie di reddito e sicurezza sociale sono adesso negate a diversi settori di manodopera che, pur impegnati in attività produttive di vario tipo (anche se precarie o atipiche) si vedono erodere il diritto alla cittadinanza sociale. Tutto questo costringe a pensare ad un modello di regolazione postfordista della penalità. Abbiamo già visto attuare strategie penali che si caratterizzano come dispositivi di gestione del rischio e di repressione preventiva di quei soggetti considerati "eccedenti", attraverso una loro collocazione fuori da qualsiasi finalità rieducativa, in uno "stoccaggio" ai margini della società.

Il sistema di assistenza per le persone in stato di bisogno, che le democrazie occidentali avevano faticosamente conquistato, è stato fortemente ridimensionato a causa di drastici tagli sul budget e quindi sulla capacità di intervento, così: «alla guerra contro la povertà si è sostituita una guerra contro i poveri, che sono diventati il capro espiatorio di tutti i mali maggiori

---

superare la stasi che la *mediocritas* del gregge predilige come condizione d'esistenza: S. GRANATA, *Nietzsche e la sfida comunitaria, Politica, amicizia, Übermensch*, Noëma, (2015), 30, [www.noema.filosofia.unimi.it](http://www.noema.filosofia.unimi.it).

<sup>47</sup> *Il virus della disuguaglianza: a farne le spese sono sempre i più poveri*, [www.oxfamitalia.org](http://www.oxfamitalia.org), 25 Gennaio 2021.

<sup>48</sup> «Gli effetti della deriva politico-economica neo-liberista, sono infatti particolarmente evidenti sulle classi sociali più svantaggiate ed in particolare il peso della svolta politico-economica si riversa soprattutto sugli abitanti dei ghetti urbani: vere e proprie zone di confino sociale in cui è relegata la base della piramide sociale, che, negli Stati Uniti ed in Inghilterra, è anche fortemente marchiata sul piano etnico e razziale.» (G. CAMPESI, *Il controllo delle «nuove classi pericolose». Sotto-sistema penale di polizia ed immigrati*, 2009, <http://www.adir.unifi.it>).

<sup>49</sup> A. DE GIORGI, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Verona 2002, 72 ss.

del paese»<sup>50</sup>. Il ritirarsi dall’intervento nel sociale da parte delle agenzie statali produce il riespandersi dell’intervento penal-poliziesco, come surrogato delle politiche sociali.

Nel 2017 si è presentata l’occasione per un’inversione di rotta, ma il legislatore non ha saputo essere conseguente rispetto alle premesse, enunciate proprio nella definizione di sicurezza urbana, di cui all’art. 4 del d.l. n. 14, lasciando un progetto di welfare particolarmente ambizioso privo delle necessarie ed adeguate risorse operative. Accanto ad una vacua enunciazione di principio è stata invece allestita una serie di strumenti di controllo (ordinanze amministrative, divieti di accesso e ordini di allontanamento) che non hanno nulla a che fare con la “coesione sociale”, ma che al contrario sono in grado di aumentare i fattori di marginalità e di esclusione sociale<sup>51</sup>.

È giunto il momento di pensare ad una nuova gestione di quell’insieme complesso di elementi “*costituito dagli uomini e dalle cose*”<sup>52</sup>. È tramontata l’epoca nella quale primeggiava il puro interesse del principe, ma anche quella del bene di tutti, a cui i pensatori liberali finalizzano l’autorità istituita dal contratto sociale. È il tempo di una nuova ragione politica, che stabilisca un diverso ordine. Con le parole di Foucault: “*non si tratta di imporre agli uomini una legge, ma di disporre le cose*”.

---

<sup>50</sup> G. CAMPESI, *Il controllo delle «nuove classi pericolose»*, cit. M. PAVARINI, *Processi di ricarcerizzazione nel mondo. Ovvero del dominio di un certo «punto di vista»*, in *QG*, n. 2-3, 2004, 13: «è il governo politico oggi dominante di questa trasformazione che impone come “ideologicamente” preferibile “escludere” che “includere”, non certo perché si confidi di potere socialmente controllare tutti gli “eccedenti” attraverso la repressione penale e carceraria, quanto piuttosto perché la risposta offerta dalla criminalizzazione della povertà è simbolicamente e quindi pedagogicamente coerente alla avvertite necessità di affermazione delle “nuove” virtù neo-liberiste».

<sup>51</sup> G.G. NOBILI, *Le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata e la sicurezza urbana nel coordinamento tra Stato e Regioni*, in *Aa.Vv., La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, a cura di G.G. NOBILI - T.F. GIUPPONI - E. RICIFARI - N. GALLO, Milano, 2019, 73.

<sup>52</sup> M. FOUCAULT, *La “governmentalità”*, in *Aut Aut*, n. 167/168, 1978, 18.

## LE SEZIONI UNITE MARIOTTI: TRA PROSPETTIVE E CRITICITÀ APERTE\*

Daniele Cenci\*\*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Peculiarità. – 3. Progressivo mutamento di “approccio culturale” al tema della responsabilità sanitaria e sintetico richiamo di passaggi temporali e logici essenziali. – 4. Le Sezioni Unite Mariotti: alcuni punti fermi. – 5. Permanenti criticità dopo le Sezioni Unite Mariotti. – 6. Introduzione ed impiego del sapere scientifico nel processo.

### ABSTRACT

*L'Autore, premesse alcune peculiarità proprie dei processi penali per colpa sanitaria:*

- *riassume le modifiche normative che si sono di recente succedute (legge n. 189 del 2012, c.d. legge Balduzzi; legge n. 24 del 2017, c.d. legge Gelli-Bianco);*

- *espone i principi di diritto fissati dalla Corte di cassazione con la nota sentenza delle Sezioni Unite n. 8870 del 21/12/2017, ricorrente Mariotti, con particolare riferimento: alla rilevanza del tipo di colpa e del grado della stessa; alla individuazione delle linee-guida, delle buone pratiche clinico-assistenziali e dei protocolli ed alla natura ed alla rilevanza e vincolatività o meno degli stessi; al diritto intertemporale;*

- *evidenzia i dubbi interpretativi che permangono, pur dopo l'autorevole intervento;*

- *propone uno schema per valutare la tenuta logica delle sentenze di merito in tema di colpa sanitaria;*

- *sottolinea, infine, la particolare importanza, nei processi penali per colpa sanitaria, di una completa ed approfondita ricostruzione in punto di fatto, dovendosi il giudice avvalere dei propri poteri officiosi, e della introduzione nel contraddittorio delle parti del sapere scientifico e del corretto impiego dello stesso.*

*The Author, having put beforehand some peculiarities of criminal trials regarding medical malpractice:*

- *sums up the recent changes on this matter (2012 n. 189 “Balduzzi” law and 2017 n. 24 “Gelli-Bianco” law);*

- *shows the principles of right set by the Supreme Court of Cassation with the well-known n. 8870 21/12/2017 “Mariotti” judgement, particularly referring to: the relevance of the kind of guilt and its degree, the individuation of guidelines, good healthcare assistance practices and protocols, their nature, relevance and binding, and inter temporal right;*

- *highlights interpretation doubts which still remain, even after the influential judgement;*

- *brings forward a scheme to evaluate whether judgements regarding medical malpractice are logically consistent;*

- *underlines at last the great importance, in criminal trials regarding medical malpractice, of a complete and thorough analysis by the judge, with his/her own specific powers, in order to factually put all the pieces together, and of the introduction of scientific knowledge and its correct use to the cross-examination process.*

\* Rielaborazione ad uso stampa, senza pretesa di esaustività, della traccia utilizzata dal dr. Daniele Cenci per la relazione svolta nel corso dell'evento formativo del 30 novembre 2020, tramite piattaforma webinar, organizzato dalla rivista “Penale - Diritto e Procedura” sul tema “La responsabilità penale in ambito sanitario. Questioni tradizionali e nuovi scenari”.

\*\* Consigliere presso la IV sezione penale della Suprema Corte di Cassazione.

## 1. Premessa.

Se estremamente bassa è, da un punto di vista puramente numerico, l'incidenza statistica dei processi per colpa sanitaria nel lavoro della Corte di cassazione penale (meno di cento all'anno a fronte di più di 50.000 ricorsi che pervengono nello stesso arco di tempo alla S.C.<sup>1</sup>), è tuttavia innegabile che la materia rivesta estrema importanza in ragione della tutela, di rango costituzionale (art. 32), da accordarsi al valore essenziale della salute.

## 2. Peculiarità.

L'interesse per la tematica si giustifica non solo in ragione della cura della salute ma anche per una serie di peculiarità dei processi penali per colpa, specialmente anche se non esclusivamente per colpa sanitaria, peculiarità che, seppure non sono tali da costituire un vero e proprio "sotto-sistema", tuttavia vanno tenute presenti dal dall'operatore del diritto (magistrato, avvocato) che si accinga a misurarsi con un'ipotesi di colpa sanitaria.

**2.1.** Ciò a partire dalla **ratio** stessa dell'incriminazione: è ben noto, infatti, che vi sono ordinamenti che non prevedono la possibilità di sottoporre a processo penale il medico per fatti di tipo colposo, affidando la risoluzione delle controversie per "*medical malpractice*" alla giurisdizione civile; l'ordinamento italiano, invece, non prevede esenzioni dalla giurisdizione penale – o "scudi" pur talvolta invocati, anche di recente – per le attività sanitarie, applicandosi gli artt. 40, 589 e 590 cod. pen. a qualunque attività svolta dai consociati. E, tuttavia, non può trascurarsi, come è stato efficacemente detto, che «*Lo strumento chirurgico nella mano di chi l'impugna è un mezzo per realizzare un progetto di cura che impegna la mente e la mano con un pizzico di coraggio e passione. Il gesto del chirurgo [...] è realizzato da un manufatto inerte che trasmette la volontà di guarire il corpo con una serie di atti che indicano il percorso della tecnica chirurgica [...] Il bisturi non è altro che un coltello poco diverso da quello per uccidere ... è l'intenzione di guarire che lo rende speciale. Molti dei nostri strumenti sono mutuati da sarti, materassai, guantai ma è il modo di impugnarli che li rende diversi*»<sup>2</sup>.

**2.2.** Né può trascurarsi che si tratta di casi in cui si è chiamati a rispondere non già per condotte intenzionali ma **per colpa**, nelle sue varie declinazioni (c. generica, c. specifica, c. commissiva, c. omissiva), per la violazione

---

<sup>1</sup> Cfr. C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Giuffrè, 2017, 187 ss.

<sup>2</sup> Così il Prof. Giovanni Persico, "*I ferri del mestiere: il chirurgo ed i suoi strumenti*", nella pagina della Facoltà di Medicina e chirurgia del sito Ufficiale dell'Università di Napoli "Federico II" (<http://www.unina.it/-/1335446-i-ferri-del-mestiere-il-chirurgo-ed-i-suoi-strumenti#:~:text=Il%20bisturi%20non%20C3%A8%20altro,impugnarli%20che%20li%20rende%20diversi>).



di precetti cautelari che mirano a governare un'attività delicata e rischiosa, ma ineliminabile, poiché necessaria ed essenziale, in un ambito nel quale le regole – sia di tipo rigido che elastico – non sono né matematiche né certe, dipendendo l'esito di un intervento terapeutico da molteplici fattori, alcuni soltanto dei quali, in realtà, governabili dal soggetto agente. Senza trascurare che anche nell'ipotesi di realizzazione di delitti dolosi può ravvisarsi una violazione di regole cautelari penalmente rilevante: infatti il medico che, in ipotesi, procuri aborti clandestini (art. 19 della legge 22 maggio 1978, n. 194) deve, comunque, attenersi alle *leges artis*.

**2.3.** Ulteriore peculiarità dei processi per colpa sanitaria sta nella sostanziale **irrelevanza dei riti alternativi**: nessun caso di giudizio direttissimo o immediato, per intuitive ragioni; bassissimo è il ricorso all'applicazione di pena su richiesta, attesa la opinabilità delle valutazioni in tema di colpa, e persino all'abbreviato, con ogni probabilità disincentivato in dipendenza dell'effetto sanante delle nullità non assolute e delle inutilizzabilità non patologiche in ragione della richiesta – *recte*: dell'ammissione – del rito a seguito della novella apportata dall'art. 1, comma 43, della legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. legge- Orlando all'art. 438 cod. proc. pen. con introduzione di un comma 6-*bis*, così recependo un già diffuso orientamento giurisprudenziale di legittimità<sup>3</sup>.

**2.4.** Si tratta, ancora, di un ambito nel quale, in netta “contro-tendenza” rispetto all'ambito dei reati dolosi, **la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa**, sia pure specifica, **al profilo di colpa originariamente contestato non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto** ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva di cui all'art. 516 cod. proc. pen. e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza ai sensi dell'art. 521 stesso codice, sicché si ritiene possibile, quantomeno quando nel capo d'imputazione siano stati contestati elementi generici e specifici di colpa, la sostituzione o l'aggiunta di un profilo di colpa, sia pure specifico, rispetto ai profili originariamente contestati senza che ciò valga a realizzare una diversità o mutazione del fatto, con sostanziale ampliamento o modifica della contestazione; la giustificazione di tale orientamento sta nell'osservazione che il riferimento alla colpa generica evidenzia che la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata in riferimento all'evento verificatosi, sicché questi è posto in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione di tale evento, di cui è chiamato a rispondere<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> V., tra le numerose, Sez. 2, n. 19483 del 16/04/2013, Avallone ed altri, Rv. 256038; Sez. 5, n. 46406 del 06/06/2012, Paludi e altro, Rv. 254081; Sez. 3, n. 29240 del 09/06/2005, Fiero, Rv. 232374; Sez. 2, n. 42559 del 08/10/2004, Calabrese, Rv. 230219; Sez. 1, n. 4501 del 08/01/2002, Marchegiani, Rv. 220622.

<sup>4</sup> Si tratta di consolidato orientamento di cui sono espressione, tra le altre, Sez. 4, n. 18390 del 15/02/2018, p.c. in proc. Di Landa, Rv. 273265; Sez. 4, n. 31968 del 19/05/2009, Raso, Rv. 245313;

**2.5.** A ciò deve aggiungersi la singolarità che la **prova documentale** (referti, cartelle cliniche, certificati) sta – in significativa parte – proprio nelle mani dei soggetti “controllati”, quantomeno sino all’eventuale sequestro, sicché non è infrequente il caso dell’assoluzione dagli addebiti di lesioni od omicidio colposi con contestuale condanna per falso, spiegabile – anche se non giustificabile – con l’alterazione da parte dell’innocente, che sia spaventato dall’avvio dell’indagine o che si ritenga a corto di persuasivi elementi difensivi, di documenti fidefacenti.

**2.6.** Altre peculiarità dei processi per colpa, non solo di tipo sanitario, sono la necessità di una **penetrante indagine sul fatto**, per lo più da svolgersi mediante l’indispensabile apporto di conoscenze qualificate, veicolate nel processo tramite consulenze e perizie e la **centralità** a tal fine (della corretta individuazione e della adeguata valutazione) **del sapere scientifico**.

### **3. Progressivo mutamento di “approccio culturale” al tema della responsabilità sanitaria e sintetico richiamo di passaggi temporali e logici essenziali.**

Si ritiene, dati i limiti di tempo e le finalità del presente intervento, di dovere svolgere solo cenni minimi agli aspetti – peraltro notissimi – del progressivo passaggio culturale:

- da un atteggiamento di “benevola supremazia” del medico (con la correlata tendenziale comprensione del giudice nel caso di eventuali errori) imperante sino alla fine degli anni ’70 del secolo scorso, in un approccio che è stato efficacemente definito di “paternalismo indulgenziale”;
- alla valutazione dell’operato del medico quale “professionista” (quasi) alla stessa stregua degli altri negli anni ’80, in cui si registra un controllo giudiziale più stringente sul medico, parallelamente ad una maggiore considerazione, anche nell’ambito della giurisdizione civile, degli interessi del paziente ipoteticamente danneggiato;
- sino ad una concezione del medico come “erogatore di servizi” nell’ambito di un sistema sanitario più complesso, che non si riduce al rapporto bilaterale tra paziente e medico, e che dovrebbe tendenzialmente realizzare un rafforzamento della responsabilità civile degli enti, pubblici e privati, in cui sono incardinati o nel cui interesse agiscono i soggetti agenti.

I passaggi legislativi essenziali – con la consapevolezza che si tratta di un ambito che, per sua stessa natura – è difficile “normativizzare”, volendo

Sez. 4, n. 2393 del 17/11/2005, dep. 2006, Tucci ed altro, Rv. 232973; Sez. 4, ord. n. 38818 del 04/05/2005, De Bona, Rv. 232427; Sez. 4, n. 27851 del 04/03/2004, Del Bono, Rv. 229071; Sez. 1, n. 11538 del 23/10/1997, Geremia, Rv. 209136; Sez. 4, n. 9812 del 06/05/1994, P.G., p.c. in proc. Cortese, Rv. 199692.

schematizzare al massimo, pur correndo il rischio di banalizzazione, sono i seguenti.

**3.1.** L'approccio al tema della responsabilità del sanitario anteriore all'adozione della legge c.d. "Balduzzi" (decreto legge n. 158 del 13 settembre 2012, convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 2012, n. 189), era caratterizzato essenzialmente dal richiamo alla tradizionale nozione che si trae dall'art. 2236 cod. civ., secondo cui «*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*».

L'individuazione della condotta doverosa del sanitario avveniva tradizionalmente attraverso le opinioni di periti e di consulenti; nel tempo, si avvertì la necessità di individuare in modo, per quanto sia possibile, più oggettivo il parametro comportamentale del sanitario, e ciò avvenne facendo richiamo a linee guida, a protocolli e a *best practices*, intese a standardizzare, sul piano delle regole di comportamento, le procedure da adottare in determinate situazioni diagnostico-terapeutiche (ferma, tuttavia, la libertà di scelta professionale - e la correlativa responsabilità - del sanitario nel rapportarsi al caso concreto). Per lungo tempo la giurisprudenza, di merito e di legittimità, applicò il richiamato principio civilistico di cui all'art. 2236 cod. civ., secondo il quale il prestatore d'opera risponde solo in caso di dolo o di colpa grave (ed in specie, sotto quest'ultimo profilo, in caso di errore grossolano secondo il parametro dell'imperizia) quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Tale orientamento trovò l'autorevole avallo della Corte costituzionale nella nota sentenza n. 166 del 22-28 novembre 1973, in cui la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 del codice penale, nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare (questione che era stata sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione dal Tribunale di Varese). Nella parte motiva la Consulta ha precisato, tra l'altro, che «*La particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile, per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) "di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista" stesso. Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa [...] rilevare ai fini della responsabilità penale. Siffatta esenzione o limitazione di responsabilità, d'altra parte, secondo la*

*giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa [ossia l'imprudenza e la negligenza, che secondo la Consulta sono integrate da "non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista"] ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità».*

**3.2.** Nondimeno, a partire dagli anni '90 si era fatto spazio la riflessione circa la mancanza di riferimento nell'art. 43 cod. pen., che disciplina l'elemento psicologico del reato, al grado della colpa, sicché si era formato e poi consolidato un ulteriore orientamento, il quale respingeva la possibilità di applicare, in sede penale, l'art. 2236 cod. civ. e valutava la colpa del medico sulla base delle regole generali in tema di colpa, contenute, appunto, nell'art. 43 cod. pen. Alle esigenze di unità e coerenza dell'intero ordinamento giuridico, invocate dai sostenitori del primo orientamento, veniva contrapposta l'esigenza di unità e coerenza del sistema penale, che non può tollerare metri diversi nella valutazione della colpa. Quale espressione di siffatto orientamento, si veda, a mero titolo di esempio, la seguente, emblematica, puntualizzazione: *«In tema di colpa professionale medica l'accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici»*<sup>5</sup>.

In definitiva, si riteneva che la gravità della colpa potesse avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.: il che è come a dire che "la colpa - penale - è uguale per tutti".

**3.3.** Accanto ai due orientamenti richiamati se ne è registrato, più avanti nel tempo, un altro, per così dire, intermedio, secondo il quale, ferma l'autonomia del diritto penale rispetto al civile, *«In tema di colpa professionale medica, la norma prevista dall'art. 2236 cod. civ. trova applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia del sanitario qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà di carattere tecnico-scientifico»*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sez. 4, n. 1693 del 29/09/1997, dep. 1998, Azzini ed altro, Rv. 210351. In senso conforme, tra le altre, Sez. 4, n. 28617 del 16/06/2005, De Stefano ed altri, Rv. 232447; Sez. 4, n. 21473 del 21/04/2006, Maccarone e altri, Rv. 234414; Sez. 4, n. 46412 del 28/10/2008, Calò, Rv. 242251.

<sup>6</sup> Sez. 4, n. 16328 del 05/04/2011, p.c. in proc. Montalto ed altro, Rv. 251960; nello stesso senso Sez. 4, n. 4391 del 22/11/2011, dep. 2012, P.C. in proc. Di Lella, Rv. 251941.

**3.4.** L'art. 3, comma 1, della legge c.d. Balduzzi (legge n. 189 del 2012)<sup>7</sup> viene a stabilire che «*L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*».

Tale previsione, dopo alcune oscillazioni iniziali, è stata intesa dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che la responsabilità del medico, in caso di colpa lieve e di condotta professionale conforme alle linee guida ed alle buone pratiche, è esclusa anche nell'ipotesi di errori connotati da profili di colpa generica diversi dall'imperizia<sup>8</sup>. In particolare, si è affermato che la disciplina di cui all'art. 3 della legge Balduzzi, introduttiva della limitazione della responsabilità penale del sanitario rispettoso delle linee guida, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza<sup>9</sup>.

In sostanza, si è ritenuta essere stata oggetto di *abolitio criminis* parziale ad opera della novella la colpa lieve del sanitario che si sia attenuto nell'agire a linee guida e buone pratiche; e, poiché rispetto alla disciplina anteriore, la previsione di cui all'art. 3 della legge 189 del 2012 aveva determinato, secondo la Corte di legittimità, la parziale abrogazione delle fattispecie colpose in relazione alle ipotesi di omicidio e lesioni colpose connotate da colpa lieve in ambito sanitario, si è conseguentemente affermato che, «*nei procedimenti relativi a tali reati, pendenti in sede di merito alla data di entrata in vigore della novella [i.e. il 13 settembre 2012, data di entrata in vigore del d.l. n. 158 del 2012], il giudice, in applicazione dell'art. 2, comma secondo, cod. pen., deve procedere d'ufficio all'accertamento del grado della colpa, in particolare verificando se la condotta del sanitario poteva dirsi aderente ad accreditate linee guida*»<sup>10</sup>.

La questione è, con ogni evidenza, strettamente correlata sia alla concreta selezione delle linee guide e delle buone pratiche la cui osservanza è idonea a scriminare l'agente sia alla individuazione della natura e del grado di vin-

<sup>7</sup> Cfr., per un primo orientamento, tra i numerosissimi contributi: C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, cit., 193 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 1, 1; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, osservazioni a Cass., Sez. 4, n. 16237 del 23/01/2013, imp. Cantore, in *www.penalecontemporaneo.it* (inserito il 10 giugno 2013); F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, ivi (ins. il 23 febbraio 2017).

<sup>8</sup> V., tra le altre, Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, Denegri, Rv. 266903 [edita in *www.penalecontemporaneo.it*. con osservazioni di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*]; Sez. 4, n. 53453 del 15/11/2018, Di Marco, Rv. 274499.

<sup>9</sup> V. Sez. 4, n. 2168 del 08/07/2014, dep. 2015, Anelli, Rv. 261764; Sez. 4, n. 45527 del 01/07/2015, Cerracchio, Rv. 264897.

<sup>10</sup> Così la già richiamata sentenza di Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, ric. Denegri.

colatività delle stesse: ebbene, secondo il consolidato insegnamento della S.C., le linee guida «non sono in grado di offrire standard legali precostituiti; non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato, [per] la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro, soprattutto, [per] la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica»<sup>11</sup>. Si tratta, allora, di «“raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche” [...] raccomandazioni di comportamento clinico, con diverso grado di coerenza, presuppongono l'esistenza e la plausibilità di molteplici comportamenti degli esercenti le professioni sanitarie, a fronte della medesima situazione data e sono volte a ridurre la variabilità e la soggettivizzazione dei comportamenti clinici. [...] le direttive di cui si discute non sono in grado di offrire standard legali precostituiti [...] non divengono, cioè, regole cautelari, secondo il classico modello della colpa specifica [...] si tratta di un prodotto multiforme, originato da una pluralità di fonti, con diverso grado di affidabilità [...] vengono in rilievo, nel momento in cui si procede alla valutazione ex ante della condotta dell'esercente la professione sanitaria, tipica del giudizio sulla colpa, valutazione che deve essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista»<sup>12</sup>.

**3.5.** Il comma 1 dell'art. 3 della “legge-Balduzzi” viene espressamente abrogato dall'art. 6, comma 2, della legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (in vigore dal 1° aprile 2017), c.d. legge Gelli-Bianco<sup>13</sup>; l'art. 6, comma 1, della stessa introduce l'art. 590-sexies cod. pen., che recita:

<sup>11</sup> Così al par. n. 8 del “considerato in diritto”, p. 14, di Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105 (edita in *Cass. pen.*, 2013, f. 9, p. 2984, con osservazioni di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*; e in *Giur. It.*, 2013, f. 12, 2628, con osservazioni di G. DEBERNARDI, *La colpa lieve del sanitario*; e in *La Giust. Pen.*, 3013, f. 12, 686, con osservazioni di C. VALBONESI, *La cassazione apre alle linee guida quale criterio di accertamento della colpa medica*), al par. n. 8 del “considerato in diritto”, p. 14.

<sup>12</sup> Così Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, Denegri, cit., sub n. 3.4. del “considerato in diritto”, p. 11.

<sup>13</sup> Cfr., tra i numerosissimi contributi disponibili: C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, cit., 233 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *www.penalecontemporaneo.it* (ins. il 3 aprile 2017); G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, *ivi* (ins. il 13 giugno 2017); P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo articolo 590 sexies c.p.*, *ivi* (ins. il 1° marzo 2017); G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge Gelli-Bianco nella prospettiva del diritto penale*, *ivi* (ins. il 9 marzo 2017); R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'art. 590-sexies c.p.*, in *www.giurisprudenzapenale.com* (ins. il 1° settembre 2017); F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, f. 5, 573 ss.

«1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Ai sensi dell'art. 5 della legge n. 24 del 2017 l'obbligo di attenersi alle linee guida riguarda gli esercenti che agiscono «nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale».

Gli artt. 3 e 5 della legge n. 24 del 2017 disciplinano la raccolta e la pubblicazione in determinate forme delle linee guida raccolte.

**3.6.** Già una prima lettura delle richiamate disposizioni ha consentito di affermare:

- 1) che l'ambito di applicazione della novella involge tutte le professioni sanitarie (es., infermieristiche, ostetriche, fisioterapiche etc.), non solo quella medica in senso stretto;
- 2) che manca nel testo di legge ogni riferimento esplicito al grado della colpa;
- 3) che l'ambito di applicazione è limitato ai soli reati codicistici di omicidio colposo e di lesioni colpose, non già ad illeciti previsti da leggi speciali (es., interruzione di gravidanza colposa ex art. 17, comma 1, della legge n. 194 del 1978);
- 4) che le "linee guida" nell'accezione di cui alla novella sono quelle di cui all'art. 5, ossia il frutto della elaborazione di enti ed istituzioni, pubblici e privati, di società scientifiche ed associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco, che sarà istituito e regolamentato con apposito decreto del Ministro della salute; devono essere raccolte e quindi pubblicate (ai sensi del comma 3 dell'art. 5 della legge n. 24 del 2017) sempre a cura del Ministero della salute - Istituto superiore di sanità;
- 5) che, in mancanza di linee guida raccolte e pubblicate nelle forme indicate, gli esercenti le professioni sanitarie si avvalgono delle buone pratiche clinico-assistenziali;
- 6) che indice della aspirazione del legislatore a selezionare fonti qualificate sta nella previsione di criteri per regolamentare l'iscrizione nell'apposito elenco delle predette società e associazioni, sotto il profilo della rappresentatività, della costituzione mediante atto pubblico, delle garanzie di accesso libero di professionisti aventi titolo alla loro partecipazione alle decisioni, all'assenza di scopo di lucro *aut similia* (art. 5, comma 2, della legge n. 24 del 2017).



Si è, dunque, posto il problema del tendenziale spostamento - o meno - verso il piano delle vere e proprie regole cautelari secondo il modello classico della colpa specifica, essendosi sottolineato da parte della dottrina più attenta che si è introdotta con il comma 2 dell'art. 590-sexies cod. pen. una sorta di "presunzione relativa di non punibilità", essendosi tentato da parte del legislatore - ma senza riuscirvi - di «*traghetta la responsabilità medica verso un modello di c.d. colpa specifica*»<sup>14</sup>.

**3.7.** Sono balzate subito evidenti, però, attesa la scarsa chiarezza del testo normativo, le criticità della novella, schematicamente individuate nelle seguenti:

- la limitazione della punibilità solo in caso di imperizia, a condizione, però, che siano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida (o, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali) e che tali raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto;
- la individuazione della esatta natura di tale limitazione, se cioè si tratti di una causa di non punibilità ovvero di una scriminante (con le connesse, importanti, conseguenze, anche sotto il profilo risarcitorio);
- la specificazione se, nel silenzio normativo, di cui si è detto, il grado della colpa abbia un qualche rilievo oppure no;
- *quid iuris*, poi, ci si è domandati, sotto il profilo intertemporale, in tema di legge penale più favorevole?
- ultimo, importante, aspetto da comprendere appieno è quello della individuazione della linee-guida e del grado di vincolatività delle stesse.

**3.8.** Alle difficoltà interpretative della legge Gelli-Bianco ha offerto una prima risposta la Corte di cassazione, Sez. 4, con la sentenza n. 28187 del 20/04/2017, p.c. Tarabori in proc. De Luca, Rv. 270213 e Rv. 2701214, secondo cui:

*«In tema di colpa medica, la nuova disciplina dettata dall'art. 590-sexies, cod. pen. (introdotta dall'art. 6, comma secondo, della legge 8 marzo 2017, n. 24) - che, nel caso di evento lesivo o mortale verificatosi a causa di imperizia dell'esercente la professione sanitaria, esclude la punibilità dell'agente il quale abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida ufficiali ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche assistenziali, e sempre che tali raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto - non trova applicazione: a) negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; b) nelle situazioni concrete in cui le suddette raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiari condizioni del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate; c) in relazione alle condotte che, sebbene collocate nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti*

<sup>14</sup> Così C. Cupelli, *Lo statuto penale della colpa*, cit., 8 e 14.



e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo, come nel caso di errore nell'esecuzione materiale di atto chirurgico pur correttamente impostato secondo le raccomandazioni ufficiali»;

e «In tema di colpa medica, l'art. 6, comma secondo, l. 8 marzo 2017, n. 24 ha abrogato l'art. 3, comma primo, D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189), il quale aveva escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; ne consegue la reviviscenza della previgente più severa normativa che non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa, mentre per i fatti anteriori all'entrata in vigore del nuovo regime trova ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., la citata normativa del 2012, in quanto più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave».

In estrema sintesi, la sentenza, che ha suscitato immediatamente grande interesse in dottrina<sup>15</sup>, ha ritenuto doversi escludere, nonostante il dato testuale, di trovarsi in presenza di una causa di non punibilità, individuando nel comma 2 dell'art. 590-sexies cod. pen. una «regola di parametrizzazione della colpa» (così in motivazione, p. 20), ha affermato essere la disciplina posta dalla legge-Balduzzi sempre più favorevole ed ha richiamato l'art. 2236 cod. civ. come «regola di esperienza» valida anche in campo penale siccome «espressione di un principio di razionalità» (così alla p. 22 della motivazione) del sistema.

**3.9.** È solo di pochi mesi più tardi un intervento difforme della stessa Sezione della Corte di cassazione.

Secondo Sez. 4, n. 50078 del 19/10/32017, Cavazza, Rv. 270985, «Il secondo comma dell'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dalla legge 8 marzo

---

<sup>15</sup> Cfr., in vari sensi, M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, in Riv. it. med. legale, 2017, f. 2, 713; M. COLACURCI, La legge Gelli-Bianco tra interpretazione 'correttiva' della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte, ivi, 2017, f. 3, 1155; C. CUPELLI, La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione. Linee guida sì, ma con giudizio, in www.penalecontemporaneo.it (ins. il 13 giugno 2017); Id., La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo, in Cass. pen., 2017, f. 9, 3164; M. FORMICA, La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice, ivi (ins. il 13 novembre 2017); L. RISICATO, Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione (concorso colposo in omicidio doloso), in Giur. It., 2017, f. 19, 2199; G.M. CALETTI E M.L. MATTHEUDAKIS, La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco" (colpa medica), in Dir. pen. e proc., 2017, f. 10, 1369; G. AMATO, Psichiatra condannato per condotta 'leggera' con paziente psicotico, in Guida al diritto. Il sole 24ore settimanale, 2017, f. 28, 72.

Le critiche principali mosse alla decisione in questione si sono incentrate sulla segnalata interpretazione riduttiva, se non addirittura ritenuta abrogatrice, della novella, in contrasto con il tenore letterale della norma.

2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), è norma più favorevole rispetto all'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, in quanto prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria collocata al di fuori dell'area di operatività della colpevolezza, operante – ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) – nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta (anche gravemente) imperita nell'applicazione delle stesse. (Fattispecie di colpa grave per imperizia nell'esecuzione di un intervento di lifting)».

Si tratta di decisione, a sua volta ampiamente commentata<sup>16</sup>, che, interpretando letteralmente l'art. 6, comma 2, della legge n. 24 del 2017, vi ravvisa una vera propria causa di non punibilità (pp. 7-8 della motivazione) e puntualizza che, ferma la responsabilità civile di cui all'art. 7 della legge Gelli-Bianco, tale causa di non punibilità opera limitatamente al caso di imperizia quando siano rispettate le linee guida adeguate validamente selezionate in rapporto al caso di specie, ma l'errore determinato da colpa, anche grave, interviene in fase esecutiva e ciò al fine di restituire serenità al medico, almeno rispetto alle incriminazioni penali, e di limitare il ricorso alla c.d. "medicina difensiva" (pp. 7-8 della motivazione).

**3.10.** Ineluttabile appariva, a questo punto, il ricorso alle Sezioni Unite della S.C.

#### 4. Le Sezioni Unite Mariotti: alcuni punti fermi.

Chiamate, dunque, a pronunziarsi sul ravvisato contrasto le Sezioni Unite della S.C. con la sentenza n. 8770 del 21/12/2017, dep. 2018, Mariotti, Rv. 272174, Rv. 272175 e Rv. 272176, con ampia motivazione hanno fissato i seguenti principi di diritto:

*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede*

---

<sup>16</sup> Cfr., anche qui in vari sensi, C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto; si avvicinando le Sezioni Unite*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ins. il 7 novembre 2017); P. PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis, ivi* (ins. il 5 dicembre 2017); F.P. BISCEGLIA, *Il discutibile secondo 'lifting' giurisprudenziale su di un tessuto normativo difettoso*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) (ins. il 18 gennaio 2018); G. AMATO, *Sussiste la colpa quando è ravvisato un errore inescusabile*, in *Guida al diritto. Il sole 24ore settimanale*, 2018, f. 1, 74.

Tra le ritenute aporie si è evidenziata la eccessiva latitudine della portata della causa di non punibilità, anche in caso di colpa grave (con conseguente ipotetico *vulnus* del principio di pari responsabilità rispetto ad altre professioni intellettuali) ed il contrasto della non punibilità anche in caso di colpa grave con il principio costituzionale del diritto alla salute e le esigenze di ristoro della vittima.

*una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse;*

*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'abrogato art. 3 comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto;*

*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 – pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia – non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene.*

Accolto con alterne valutazioni<sup>17</sup>, può dirsi assodato che l'intervento nomofilattico sia valso a fissare i seguenti punti fermi:

---

<sup>17</sup> Cfr., in vari sensi: C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ins. il 1° marzo 2018); Id., *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si rifa l'art. 2236 c.c.*, *ivi*, (ins. 22 dicembre 2017); R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, *ivi*, (ins. il 28 maggio 2018); G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra 'nuovi' spazi di graduazione dell'imperizia e 'antiche' incertezze*, *ivi*, (ins. il 9 aprile 2018); P. PIRAS, *"Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico"*, *ivi*, (ins. il 20 aprile 2018); R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, *ivi*, (ins. il 24 maggio 2018); L. RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia 'lieve' del medico*, in *Giur. It.*, 2018, f. 4, 948 ss.; G. NUARA, *Riflessioni in tema di responsabilità medica*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) (ins. 28 febbraio 2019); G. AMATO, *Conclusione giusta in linea con la norma e contro le negligenze*, in *Guida al diritto. Il sole 24ore settimanale*, 2018, f. 12, 13; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, f. 5, 646; R. ALAGNA, *La colpa*

- 1) la legge Gelli-Bianco prevede all'art. 6, comma 2 (che introduce l'art. 590-sexies cod. pen.), una vera e propria causa di non punibilità (pp. 18-19 della motivazione della richiamata sentenza delle Sezioni Unite, Mariotti);
- 2) la legge-Balduzzi, prevedendo una vera e proprio *abrogatio criminis* dei profili di colpa lieve, è più favorevole e si applica a tutti i fatti commessi sino all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, cioè sino al 1° aprile 2017 (p. 29 della motivazione delle Sez. Unite), anche retroattivamente (art. 2, comma 2, cod. pen.);
- 3) si valorizza in modo particolare l'art. 2236 cod. civ. quale cardine del sistema (p. 23 della motivazione), così spostando l'attenzione dal rispetto di regole scritte da parte del sanitario al grado della colpa;
- 4) le linee-guida non sono vincolanti (pp. 9-10) e, anzi, è doveroso discostarsi da esse ove non siano adeguate (p. 10; del resto, gli artt. 5, comma 1, e 6, comma 1, della legge Gelli-Bianco fanno espressamente "salve le specificità del caso concreto"<sup>18</sup>);
- 5) la decisione delle Sezioni Unite "recupera" e ri-attualizza la tradizionale distinzione tra colpa grave e colpa lieve (pp. 23-28).

E proprio con riferimento al tema della colpa lieve è di estremo rilievo identificarne esattamente la relativa nozione, in quanto essa ha tre importanti ambiti di applicazione:

- a) è causa di non punibilità, limitatamente alla sola imperizia, per i fatti successivi all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco (1° aprile 2017);
- b) determina la irrilevanza penale (per mancanza di un elemento costitutivo dell'illecito) indifferentemente per i tre profili di colpa sino al 1° aprile 2017;
- c) in ogni caso, può rilevare per la quantificazione della pena e del risarcimento danni.

"Colpa lieve", infatti, può essere intesa sia in senso oggettivo sia in senso soggettivo (cfr. p. 26 della motivazione della decisione delle Sezioni Unite, Mariotti): in senso oggettivo, misura la distanza tra il comportamento diligente, prudente e perito che ci si doveva attendere dal soggetto agente in base alla norma cautelare e quello effettivamente posto in essere<sup>19</sup>; in sen-

*penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, in *Resp. civ. e previd.*, 2018, f. 3, sez. 2, 888; L. BETTIOL, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla causa di non punibilità dell'art. 590 sexies c.p. in tema di responsabilità medica*, in *Foro It.*, 2018, f. 6, parte II, 366; G. CANZIO, P. PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *www.discrimen.it* (ins. il 15 ottobre 2019).

<sup>18</sup> Come sottolineato da C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 8.

<sup>19</sup> Quali esempi di valutazione giudiziale di colpa in senso oggettivo si può fare utilmente riferimento alle vicende sottostanti le decisioni rese da Sez. 4, n. 3869 del 14/12/2017, dep. 2018, *Boccia*, non mass. (edita in *Dir. pen.*, 2018, 1695 ss., con osservazioni di A. MASSARO, *Colpa e causalità nella responsabilità penale del medico di base*) e di Sez. 4, n. 23283 dell'11/05/2016, Ric. Denegri, Rv. 266903 (edita in *www.penalecontemporaneo.it*, ins. il 27 giugno 2016, con osservazioni di C. Cupelli, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*: nel primo caso la vicenda di un medico di base che omette, pur chiamato, di visitare un paziente non autosufficiente ricoverato in un centro di

so soggettivo, descrive la situazione concreta dal punto di vista del medico (grado di esperienza, specializzazione, livello di urgenza, novità della situazione, oscurità della vicenda, disponibilità di mezzi, impegno profuso etc.) e, conseguentemente, il rimprovero personale che si può ragionevolmente muovere all'agente<sup>20</sup>.

## 5. Permanenti criticità dopo le Sezioni Unite Mariotti.

Pur con le precisazioni che si sono effettuate, permangono, dopo l'autorevole intervento delle S.C. nel massimo consesso, non poche e non lievi criticità in tema di colpa sanitaria.

**5.1.** Anzitutto, quanto alla **individuazione** delle **linee guida** rilevanti ai sensi della legge Gelli-Bianco e al **valore** da attribuirsi alle stesse.

Posto, infatti, che è onere del medico la individuazione, in una prospettiva non speculativa ma concreta, delle linee guida o delle buone prassi adeguate al caso concreto ed applicabili (e, conseguentemente, applicate ovvero scientemente disapplicate) – infatti il medico deve essere sempre professionalmente aggiornato, come si sottolinea alla p. 21 della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite Mariotti – si pone il tema del perché della eventuale consapevole disapplicazione, ad esempio in presenza di patologie multifattoriali (che possono imporre il ricorso a più linee-guida, da coordinarsi tra loro, ovvero la non applicazione di linee-guida non “tarate” sulla peculiare situazione).

Il sistema prefigurato dalla novella tende, una volta “a regime”, ad istituzionalizzare le linee-guida mediante un meccanismo di “formalizzazione-positivizzazione” di regole (con ogni probabilità pensate dal legislatore, con scarsa aderenza alla realtà sanitaria, come qualcosa di simile a fonti di grado inferiore e a regole cautelari, ed esempio, circolari rispetto a regolamenti e regolamenti rispetto a leggi), per quanto di tipo elastico: con il vantaggio indubbio di una maggiore facilità nel reperimento sia per l'operatore sanitario che per quello giudiziario, ma anche con l'indubbio rischio di un approccio meramente “legalista” e de-responsabilizzante del sanitario e di un aumento del ricorso alla “medicina difensiva”.

Dopo una partenza in vistoso ritardo del meccanismo di raccolta e pubblicazione delle linee-guida “accreditate” (ed infatti, sino al febbraio dell'anno

riabilitazione che ha una frattura ad una gamba, limitandosi a suggerire verbalmente di contattare uno specialista, con successivo decesso del paziente per tromboembolia polmonare (ricorso dell'imputato giudicato inammissibile dalla S.C.); nel secondo caso omessa diagnosi di fessurazione dell'aneurisma dell'aorta addominale (esito: annullamento con rinvio per approfondire la situazione di fatto e valutare il grado, se lieve o grave, della colpa).

<sup>20</sup> Si vedano, ad esempio, le valutazioni svolte nel “considerato in diritto” di Sez. 4, n. 10396 del 30/01/2018, Capuano, non mass., sempre in tema di ipotizzato ritardo da parte dell'imputato nel diagnosticare un'aneurisma dell'aorta addominale in fase di rottura.

in corso se ne rinvenivano soltanto tre, relative ai controlli sanitari alle frontiere, alla prevenzione degli incidenti domestici in età infantile ed all'emorragia *post partum*), il meccanismo si è velocizzato a partire da febbraio 2020, risultandone pubblicate a fine novembre 2020, nella parte relativa all'Istituto superiore di sanità del sito ufficiale del Ministero della salute, complessive ventiquattro.

Nel frattempo, come è ovvio, nei giudici in corso di celebrazione presso i Tribunali e le Corti «*In tema di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, nelle more pubblicazione delle linee guida di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017, la rilevanza penale della condotta ai sensi dell'art. 590-sexies cod. pen. può essere valutata con esclusivo riferimento alle buone pratiche clinico assistenziali adeguate al caso concreto*»<sup>21</sup>.

Le linee-guida non raccolte e non pubblicate ufficialmente nelle forme prescritte dagli artt. 3 e 5 della legge n. 24 del 2017 (ovvero – è lo stesso – non ancora raccolte e pubblicate) equivalgono, in sostanza ai “protocolli”, essendo termini impiegati nella pratica quasi come sinonimi, con una sottile sfumatura – non sempre percepibile – nel senso di una tendenziale maggiore puntualità contenutistica e vincolatività dei protocolli e di una tendenziale maggiore genericità e valore di suggerimento qualificato le linee-guida; ad essi sono sostanzialmente equiparabili le cd. *checklist* (vere e proprie liste da cui “spuntare” gli adempimenti).

È assai dubbio che le linee-guida e i protocolli possano rappresentare regole cautelari integranti, ove disattese, profili di colpa specifica, tanto che si è opportunamente proposta la prudente definizione di “fonti di cognizione delle regole cautelari”<sup>22</sup>; e, ove mai lo fossero, sarebbero comunque regole cautelari improprie<sup>23</sup> ed elastiche.

Al momento debbono ritenersi regole non vincolanti o, al più, tali solo tendenzialmente tali, essendo derogabili – deve sottolinearsi: consapevolmente – in ragione delle peculiarità del caso concreto che si presenta all'attenzione del sanitario.

Appare opportuno al riguardo richiamare la definizione dello scomparso Ordinario di Medicina legale dell'Università degli studi di Torino, Prof. Mario Portigliatti Barbos, secondo cui le linee-guida in realtà «*sono contingenti [...] un work in progress*»<sup>24</sup>. Del resto, dottrina e giurisprudenza convengono nel ritenere che le linee guida, per loro stessa natura, non possono essere cri-

<sup>21</sup> Così Sez. 4, n. 37794 del 22/06/2018, De Renzo, Rv. 273464.

<sup>22</sup> G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in [www.pena-lecontemporaneo.it](http://www.pena-lecontemporaneo.it) (ins. il 10 dicembre 2014).

<sup>23</sup> Sulla nozione di regole cautelari improprie (tali da poter solo diminuire, ma non evitare, la probabilità di verificazione di un determinato evento), si fa rinvio alla monografia di P. VENEZIANI, *Regole cautelari 'proprie' ed 'improprie' nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

<sup>24</sup> V. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, n. 7, 891-893.

stallizzate «una volta per tutte»<sup>25</sup>: il giurista potrebbe, dunque, dire che si tratta di regole cautelari ma solo in senso improprio ed in linea di tendenza e, comunque “allo stato degli atti”, essendo mantenuta la libertà di cura ed il riferimento del medico ai tradizionali parametri della “scienza e coscienza” di cui al codice di deontologia.

“Buone prassi” per lo più è espressione adoperata come semplice sinonimo di protocolli o di linee-guida (in quanto prassi recepite in studi pubblicati etc.); talora indica “usi virtuosi” del settore ovvero procedure non previste da linee-guida ma comunemente applicate e di cui sia riconosciuta scientificamente o l’efficacia terapeutica o, quantomeno, la non dannosità per il paziente, essendone riconosciuta la possibilità di una somministrazione purché consapevole e prudente<sup>26</sup>.

Nell’innovativo sistema pubblicistico di accreditamento delineato dagli artt. 3 e 5 della legge Gelli-Bianco è assai delicato il momento della selezione delle linee-guida, specialmente in riferimento alla valutazione circa la qualificazione ed il disinteresse della fonte: vi è a monte, infatti, un fenomeno di “attività regolativa privata” che ben potrebbe essere, in ipotesi, maliziosamente sponsorizzata da assicurazioni e / o da case farmaceutiche in qualche misura patrimonialmente “interessate” ad una certa soluzione piuttosto che ad un’altra; in ogni caso, balza evidente la necessità di un continuo aggiornamento delle linee-guida.

Tematica affine è quella delle scelte “aziendalistiche”, quali potrebbero essere, ad esempio, la incentivazione – in determinati protocolli – di dimissioni ospedaliere per mere questioni di contenimento di spesa o, peggio ancora, in relazione a calcoli circa statistiche di mortalità in regime di ricovero. In questi e consimili casi si leva netto il monito della Corte di cassazione:

*«In tema di responsabilità medica, le linee guida rilevanti ai fini dell’accertamento della colpa ex art. 3 legge n. 189 del 2012, non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento della spesa, poiché l’efficienza del bilancio può e deve essere perseguita sempre garantendo il miglior livello di cura, con la conseguenza*

---

<sup>25</sup> Così C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica*, cit., 14. Suona chiaro il riferimento nello stesso senso che si trae dal passaggio «senza pretesa di immobilismo» che si rinviene alla p. 9 della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, Mariotti.

<sup>26</sup> Esempi – in negativo – di impiego di farmaci che non può essere ricondotto a “buone prassi” si ricava dalle vicende esaminate da Sez. 4, n. 37077 del 24/06/2008, ric. Ruocco e altro, Rv. 240962 (edita in *Cass. pen.*, 2009, f. 5, 1953, con osservazioni di P. PIRAS, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*; ed in *Guida al diritto. Il sole24ore settimanale*, 2008, f. 45, 65, con osservazioni di G. LADECOLA, *La libertà terapeutica del sanitario va esercitata secondo ‘scienza e coscienza’*): somministrazione di un farmaco antiepilettico per combattere l’obesità, così causando lesioni al paziente; e da Sez. 4, n. 17499 del 13/03/2008, ric. Remorgida, v. 240055: somministrazione di farmaco antitumorale per tumore della prostata ad una ragazza affetta da ovaio policistico, acne, caduta di capelli ed irsutismo, in seguito deceduta a causa delle elevate tossicità del farmaco.



*del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente»<sup>27</sup>.*

## **5.2. Altro profilo critico sta nella frequente difficoltà di distinguere nettamente tra negligenza, imprudenza ed imperizia.**

Tradizionalmente nella manualistica si descrivono: la negligenza come trascuratezza, mancanza di attenzione e di accortezza, pigrizia, disinteresse, mancata considerazione dei segnali di pericolo – riguardante per lo più condotte omissive (in altre parole, non avere fatto ciò che era doveroso fare); l'imprudenza come avventatezza, scarsa ponderazione, mancato uso delle cautele necessarie, sottovalutazione dei, pur colti, segnali di pericolo – attenendo per lo più a colpa commissiva (avere fatto ciò che era doveroso non fare); e l'imperizia l'agire senza la conoscenza (inesperienza) o senza l'applicazione delle *leges artis* che disciplinano le attività (si tratta di categoria che riguarda regole cautelari a contenuto tecnico, specialmente ma non solo professionali, a fronte di condotte che possono avere carattere sia commissivo sia omissivo)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Così Sez. 4, n. 7951 del 08/10/2013, ric. Fiorito e altro, Rv. 259334 (edita in *Cass. pen.*, 2015, f. 2, 642, con osservazioni di S. SERGIO, *Le condizioni per l'applicabilità dell'esonero da responsabilità per colpa professionale medica previsto dalla legge n. 189/2012*); in conformità, Sez. 4, n. 35922 del 11/07/2012, ric. P.C. in proc. Ingrassia, Rv. 254618 (edita in *Riv. it. med. legale*, 2013, f. 1, p. 258, con osservazioni di G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*, oltre che in *Dir. pen. e proc.*, 2013, f. 2, 191, con osservazioni di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, ed in *Cass. pen.*, 2013, f. 5, 1887, con osservazioni di M.G. FERRARO, *Valore delle "linee guida" di sicura scientificità per l'apprezzamento della diligenza e capacità del sanitario*).

Si tratta di affermazioni rese nella vigenza della legge-Balduzzi ma integralmente riproponibili nel vigore della legge Gelli-Bianco.

<sup>28</sup> Per una efficace distinzione tra negligenza, imprudenza ed imperizia v. Sez. 4, n. 24384 del 2018, ric. Masoni, Rv. 273536, *sub* n. 5 del "considerato in diritto", pp. 11-14 (si tratta di un caso in cui si è ritenuto costituire condotta sia negligente sia imperita l'aver sottovalutato i segni, pur presenti nella paziente, di un'occlusione intestinale degenerata in perforazione, seguita da morte della stessa).

Può anche essere utile richiamare una distinzione che si rinviene nella motivazione di una interessante sentenza della Cassazione civile, Sez. 3 civile, n. 9471 del 19/05/2004, B.A. vs. Assitalia spa, Rv. 572945 [edita in *Giur. It.*, 2005, f. 3, 472, con nota di E. GIOVARDI, ed in *Riv. It. med. legale*, 2005, f. 6, 1141, con osservazioni di S. PECORA, *Entra in scena la responsabilità 'paraoggettiva' del medico. L'incidenza del dovere d'informativa e la natura di '(quasi) risultato' dell'obbligazione professionale nel recente pronunciamento della Corte di cassazione*] in un caso di rettifica chirurgica dei caratteri sessuali esteriori mal riuscita. Vi si legge che oggi può intendersi la negligenza come violazione di regole sociali e non solo come mera disattenzione, l'imprudenza quale violazione delle modalità imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività e l'imperizia come violazione delle regole tecniche di settori determinati della vita di relazione e non più soltanto come insufficiente attitudine all'esercizio di arti e professioni.



Il punto è, che nella pratica, la distinzione concettuale, netta e chiara nella descrizione astratta, diviene più di qualche volta incerta (come si constata alla p. 15 della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, Mariotti, facendosi opportuno riferimento alla indubbia “fluidità dei confini” tra le categorie). Si pensi, infatti, ai seguenti casi:

il medico che somministri le terapie corrette ma con ritardo è da considerarsi negligente ovvero imperito?

il medico che non conosca un farmaco di recente sperimentato con esito positivo e quindi immesso in commercio è imperito ovvero è stato negligente, “a monte”, nell’aggiornamento professionale (che deve essere costante, p. 21 della motivazione della sentenza Mariotti)?

il medico che ritardi ovvero ometta un approfondimento diagnostico è imperito ovvero negligente<sup>29</sup>?

il medico che dimetta frettolosamente un paziente è imperito ovvero è imprudente?

il medico che somministri, provocando conseguenze negative, in modalità *off-label*<sup>30</sup> un farmaco, che è frequentemente così impiegato senza causare effetti negativi, è da ritenersi imprudente?

Si tratta, con ogni evidenza, di questioni non astratte e di grande importanza pratica, poiché l’eventuale riconduzione di una condotta ad imperizia, anziché alle altre categorie, ove riconosciuta di grado lieve, potrebbe condurre all’applicazione della causa di non punibilità introdotta dalla legge Gelli-Bianco.

### **5.3. Una questione ulteriore discende dalla delimitazione della possibile rilevanza della imperizia di grado lieve alla sola fase esecutiva.**

Posto, infatti, che si suole convenzionalmente distinguere nella complessa attività di cura quattro passaggi (1. anamnesi; 2. diagnosi; 3. individuazione della terapia o “alleanza terapeutica col paziente”; 4. esecuzione della te-

<sup>29</sup> È il caso sottostante la richiamata (alla nota precedente) decisione di Sez. 4, n. 24384 del 2018, ric. Masoni, Rv. 273536, che afferma sussistere nella fattispecie sia imperizia che negligenza (p. 14 della motivazione).

<sup>30</sup> Si intende per impiego *off-label* (letteralmente: al di fuori dell’etichetta o del foglietto) quello consapevolmente operato, con il consenso del paziente, per indicazioni diverse da quelle per le quali il medicinale è stato autorizzato. Precedente di legittimità interessante sul punto è quello già richiamato (alla nota n. 25) di Sez. 4, n. 37077 del 24/06/2008, Ruocco e altro, Rv. 240962, che ha precisato che «*Il medico che prescriva medicinali “off label” (cioè per finalità terapeutiche diverse da quelle che gli sono riconosciute) e che non agisca in via del tutto sperimentale, risponde a titolo di colpa e non di dolo delle lesioni riportate dal paziente a causa della loro somministrazione, qualora non abbia compiuto un’attenta valutazione comparativa tra i benefici perseguiti ed i rischi connessi alla particolare utilizzazione del farmaco che era possibile prevedere sulla base della situazione clinica del paziente medesimo. (Fattispecie relativa alla prescrizione di un medicinale antiepilettico nell’ambito di una terapia relativa alla cura dell’obesità, in cui il medico, nell’aumentare il dosaggio del farmaco, aveva ommesso di procedere ad adeguata attività di monitoraggio del paziente e di valutare le ragioni della mancanza di una reazione positiva ai dosaggi inferiori)*».

rapia), ritenere rilevante solo la imperizia attinente alla fase esecutiva, cioè per così dire “attuativo- dinamica”, porterebbe ad escludere radicalmente dalla possibilità di beneficiare della causa di non punibilità per imperizia lieve intere categorie di professionisti della sanità che, “per statuto”, effettuano diagnosi (si pensi al radiologo, all’ecografista, al tecnico sanitario di laboratorio): ciò con il rischio di una disparità di trattamento non costituzionalmente giustificabile.

**5.4.** È agevole rilevare, poi, che l’art. 590-*sexies* cod. pen. opera **esclusivo riferimento ai reati di lesioni e di omicidio colposi**: rimangono così fuori dalla possibilità di ritenere sussistente la causa di non punibilità per “imperizia lieve in fase esecutiva” altre – non poco importanti – fattispecie quali l’epidemia colposa (artt. 438-452 cod. pen.) e l’interruzione di gravidanza colposa (art. 17, comma 1, della legge n. 194 del 1978).

**5.5.** Infine, non può non rilevarsi che sinora non è stato possibile per i giudici di merito avvalersi del qualificato apporto della Corte di legittimità nella interpretazione della novella<sup>31</sup>, e ciò per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, perché il sistema delineato dalla legge Gelli-Bianco si applica, in quanto ritenuto, come si è visto, meno favorevole della previgente disciplina, soltanto ai fatti posti in essere dal 1° aprile 2017 (data di entrata in vigore della legge n. 24 del 2017) in avanti, fatti che, in ragione dei tempi di celebrazione dei processi, non possono essere sinora giunti all’attenzione della S.C.; ed anche a causa del ridotto numero (quantomeno sino ai primi mesi dell’anno in corso) di linee guida selezionate e pubblicate nelle innovative forme di cui all’art. 5 della legge Gelli-Bianco.

Sussistono, dunque, plurimi aspetti critici che le Sezioni Unite nell’occasione che offre da spunto alla presenti riflessioni non avrebbero potuto affrontare ma che dovranno essere presi in considerazione – e risolti – dalla Corte di legittimità in una prospettiva che auspicabilmente valga a fare chiarezza, per quanto sia possibile in un tessuto normativo che risulta essere estremamente disagevole, circa i doveri dei sanitari e, per l’evenienza di inosservanza degli stessi, circa le eventuali responsabilità penali.

Al riguardo, potrebbe costituire utile punto di riferimento ancora una volta il risalente insegnamento della Consulta che, nella già richiamata sentenza n. 166 del 1973, assai opportunamente aveva sottolineato la necessità di tenere conto, nel peculiare ambito in esame, di «*due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie*

---

<sup>31</sup> Cfr. i contributi di L.A. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici ‘interferenti’: la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli Bianco* (nota a Cass., Sez. 4, n. 15178 del 12 gennaio 2018, ric. Tessitore, Rv. 273012), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ins. il 12 luglio 2018), e di P. PIRAS, *L’accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, *ivi* (ins. il 18 gennaio 2019).

da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista».

La previsione dell'art. 590-*sexies* cod. pen., come interpretata dalle Sezioni Unite della S.C., suggerisce peraltro che la verifica sulla tenuta logica delle motivazioni delle decisioni di merito possa seguire il seguente schema (sulla falsariga, per rimanere in tema, di una *checklist*):

- 1) vi è o meno un nesso di causa? (se la risposta è negativa, la verifica giudiziale, sia penale che civile, evidentemente, termina; se è positiva, si può procedere nel seguente ordine);
- 2) esistono linee-guida o buone prassi che disciplinano il caso? (se la risposta è negativa, si è nell'ambito della colpa generica e occorre valutare la vicenda secondo i consueti canoni; se la risposta è positiva, si può ulteriormente procedere);
- 3) ove esistano linee-guida o buone prassi pertinenti, esse sono o meno adeguate alla concreta situazione?
  - 3-A) se esse, pur esistenti, non siano adeguate, è dovere del medico disattenderle e, in conseguenza, si torna alla valutazione di colpa generica;
  - 3-B) ove, invece, le linee-guida esistano e risultino adeguate (con valutazione da effettuarsi, naturalmente, *ex ante*), occorre domandarsi se il medico abbia scelto o meno di attenersi ad esse;
    - 3-B-1) se il medico non vi si è attenuto, occorre passare ad esaminare l'elemento soggettivo, con particolare riferimento al perché abbia scelto di non attenersi alle stesse;
    - 3-B-2) se la risposta è positiva sotto i vari profili (cioè: le linee-guida esistono; esse sono adeguate al caso; ed il medico vi si è attenuto), è necessario passare ad esaminare il *quomodo* dell'attività, le modalità cioè di svolgimento della stessa;
- 4) ove, infatti, si accerti una imperizia di grado lieve in fase esecutiva, il fatto (inteso come contestazione di lesioni colpose ovvero di omicidio colposo), ai sensi dell'art. 590-*sexies*, comma 2, cod. pen., non è penalmente punibile, potendo però permanere la illiceità civile;
- 5) al contrario, la eventuale imperizia grave, esecutiva o meno, così come la imprudenza e la imperizia (queste ultime in ogni grado, indifferentemente lieve o grave) e, in ogni caso, i reati diversi da omicidio e lesioni colpose (aborto colposo, epidemia colposa) restano fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies*, comma 2, cod. pen. e sono governati dalle regole generali;
- 6) è in ogni caso opportuno che l'istruttoria si soffermi e la decisione accerti il grado della colpa, anche ove irrilevante sotto il profilo della punibilità, onde valutare il *quantum* di pena.

## 6. Introduzione ed impiego del sapere scientifico nel processo.

Aspettando che la Corte di legittimità si pronunzia su ricorsi in vicende che postulino l'applicazione della novella introdotta dalla legge Gelli-Bianco

in tema di responsabilità penale dei sanitari, un ulteriore punto fermo (oltre a quelli di cui si è detto in precedenza, *sub n. 4*) può intanto fissarsi a proposito della introduzione nel processo e dell'impiego del sapere scientifico da parte del giudice, tema che qualifica non solo i processi per colpa sanitaria ma tutti quelli basati essenzialmente su prova scientifica (si pensi, ad esempio, ai processi per lesioni o per omicidio colposi derivanti da esposizione a sostanze pericolose o in conseguenza di infortuni sul lavoro o di incidenti stradali ovvero per disastro colposo).

Non vi è ragione alcuna, ad oggi, che faccia ritenere che la Corte di cassazione non ribadisca i propri capisaldi in materia, che appare opportuno richiamare: mai il decidente potrà acquisire le conoscenze scientifiche necessarie per decidere dalla lettura solitaria, svolta nel proprio ufficio o a casa, di un dizionario medico (o di un testo di medicina o dalla navigazione in *internet*, quale che si il grado di qualificazione della fonte di conoscenza o di approfondimento consultata): infatti, *«Il giudice, indubbiamente, è libero di valutare tutti gli atti processuali e, quindi, anche gli esiti di una perizia. Il fatto, però, che il giudice sia, come si suol dire, peritus peritorum, non significa che può impunemente disattendere una serie di concordi conclusioni provenienti da plurime fonti qualificate, sulla base della propria scienza personale derivante dalla lettura della voce [...] tratta da un semplice Dizionario di medicina [...] È certamente encomiabile il giudice che non si adagi sulle conclusioni peritali che non lo convincono, ma, quello che non può fare, salvo casi eclatanti di perizie incongrue ed errate, è quello di disattendere le conclusioni peritali [...] sulla base della propria scienza personale derivante da incerte e generiche letture di testi destinati ad un indifferenziato pubblico [...] In altri termini, nei casi in cui il giudice dubiti delle conclusioni del perito, ha due strade: A) convocarlo e, nel contraddittorio delle parti, porre tutte le domande finalizzate a dissipare i dubbi derivanti dalla perizia; B) ove tale strada non lo soddisfi, nominare un altro perito al quale -dopo avere evidenziato i punti critici e le parti non convincenti della prima perizia - sottoporre tutti i dubbi»*<sup>32</sup>; dunque, *tertium non datur*.

Più recentemente, con non minore chiarezza: *«In tema di istruzione dibattimentale, quando per la ricostruzione della eziologia dell'evento sia necessario svolgere indagini od acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, il giudice non può prescindere dall'apporto della perizia per avvalersi direttamente di proprie, personali, specifiche competenze scientifiche e tecniche, perché l'impiego della scienza privata costituisce una viola-*

---

<sup>32</sup> Così, con particolare efficacia, la motivazione, alla p. 7, di Sez. 2, n. 9358 del 12/02/2015, P.C. in proc. Renna, Rv. 262840, la cui massima ufficiale recita: *«Il giudice non può disattendere i risultati di una perizia sulla sola base della propria scienza personale derivante da incerti e generici elementi non specialistici, essendo tenuto a risolvere i dubbi e i punti critici mediante l'esame dell'ausiliario o la nomina di un altro perito. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto illegittima la confutazione dei dati medici relativi alle condizioni della vittima del reato di circonvenzione di incapace sulla base del contenuto della voce "demenza" tratta da un dizionario medico)»*.

zione del principio del contraddittorio nell'“iter” di acquisizione della prova e del diritto delle parti di vedere applicato un metodo scientifico e di interloquire sulla validità dello stesso»<sup>33</sup>; nella motivazione di tale sentenza si è spiegato che «È vero [...] che l'ammissione della perizia è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice (Cass., Sez. 6, n. 34089 del 7-7-2003; Sez. 5, n. 22770 del 15-4-2004). Tuttavia non si può prescindere dal rilievo che la perizia rappresenta un indispensabile strumento probatorio, allorché si accerti il ricorrere del presupposto inerente alla specificità delle competenze occorrenti per l'acquisizione e la valutazione di dati, perfino laddove il giudice possieda le specifiche conoscenze dell'esperto, perché l'eventuale impiego, ad opera del giudicante, della sua scienza privata costituirebbe una violazione del principio del contraddittorio e del diritto delle parti sia di vedere applicato un metodo scientifico sia di interloquire sulla validità dello stesso (Cass., Sez. 5, n. 9047 del 15-6-1999, Rv. 214295). L'ontologica terzietà del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e delle parti per conferire oggettività e concretezza al precetto e al giudizio di rimprovero personale. È ben vero infatti che al giudice è attribuito il ruolo di peritus peritorum. Ma ciò non lo autorizza affatto ad intraprendere un percorso avulso dal sapere scientifico, avventurandosi in opinabili valutazioni personali, sostituendosi agli esperti e ignorando ogni contributo conoscitivo di matrice tecnico-scientifica. Il ruolo di peritus peritorum abilita invece il giudice a individuare, con l'aiuto dell'esperto, il sapere accreditato che può orientare la decisione e a farne un uso oculato, pervenendo a una spiegazione razionale dell'evento. Il perito non è l'arbitro che decide il processo ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito fenomenologico al quale attiene il giudizio, spiegando quale sia lo stato del dibattito, nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati a cui è possibile addivenire, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecnologiche disponibili in un dato momento storico. Toccherà poi al giudice tirare le fila [...]»<sup>34</sup>.

Simili pronunzie connotano il passaggio dalla tradizionale - ormai insostenibile - *fictio* del giudice “peritus peritorum” al giudice quale garante del corretto metodo di acquisizione di una prova, anche di tipo tecnico-scienti-

<sup>33</sup> Massima ufficiale tratta da Sez. 4, n. 54795 del 13/07/2017, Grossi, Rv. 271668.

<sup>34</sup> Così alla p. della motivazione della già richiamata sentenza di Sez. 4, n. 54795 del 13/07/2017, Grossi, pp. 4-5.

fico<sup>35</sup>, ossia «custode e garante della scientificità delle conoscenze fattuali espresse dal processo»<sup>36</sup>.

In definitiva, dunque:

- non spetta – e non può spettare – alla Corte di legittimità stabilire se una determinata tesi scientifica sia esatta o meno, non possedendo la S.C., nemmeno nella particolare composizione a Sezioni Unite, né idonea qualificazione né proprie conoscenze privilegiate<sup>37</sup>;
- alla Corte di cassazione spetta soltanto – e non è poco – di valutare la correttezza metodologica dell’approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, cioè se la spiegazione della sentenza sia razionale e logica<sup>38</sup>;
- «la Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all’affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l’utilizzabilità nell’inferenza probatoria sia o meno fondata. Tale valutazione, giova ripeterlo, attiene al fatto. Al contrario, il controllo che la Corte Suprema è chiamata ad esercitare attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime»<sup>39</sup>;
- ne consegue – ulteriormente – che non sono più tollerabili e che meritano severo annullamento le non infrequenti prassi di sostituire il momento giustificativo della sentenza con il “copia ed incolla” della perizia o della

<sup>35</sup> Si vedano al riguardo le efficaci considerazioni svolte al n. 2 del “considerato in diritto” (spec. pp. 6-7) di Sez. 4, n. 49884 del 16/10/2018, Pinto, Rv. 274045, la cui massima ufficiale recita: «In tema di prova scientifica, la perizia rappresenta un indispensabile strumento euristico nei casi in cui l’accertamento dei termini di fatto della vicenda oggetto del giudizio imponga l’utilizzo di saperi extragiuridici e, in particolare, qualora si registrino difformi opinioni, espresse dai diversi consulenti tecnici di parte intervenuti nel processo, di talché al giudice è chiesto di effettuare una valutazione ponderata che involge la stessa validità dei diversi metodi scientifici in campo, della quale è chiamato a dar conto in motivazione, fornendo una razionale giustificazione dell’ apprezzamento compiuto e delle ragioni per le quali ha opinato per la maggiore affidabilità di una determinata scuola di pensiero rispetto ad un’altra. (Fattispecie in tema di responsabilità sanitaria)».

<sup>36</sup> Così nella motivazione (par. n. 14, p. 37, del “considerato in diritto”) di Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini e altri, Rv. 248943 (edita in *Cass. pen.*, 2011, f. 5, 1713, con osservazioni di R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, oltre che in *Dir. pen. e proc.*, 2011, f. 11, 1341, con osservazioni di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, ed in *Riv. it. med. legale*, 2011, f. 2, 489, con osservazioni di M. BARNI, *Il medico legale e il giudizio di causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*).

<sup>37</sup> Affermazione risalente alla già richiamata sentenza di Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini e altri (par. n. 14 del “considerato in diritto”, p. 37); nello stesso senso, *ex plurimis*, di recente, Sez. 4, n. 25532 del 16/01/2019, P.G. in proc. Abbona, Tupini e altri, Rv. 276339-01-02, in motivazione, *sub* n. 6.5.2 del “considerato in diritto”, p. 110.

<sup>38</sup> Al riguardo appaiono illuminanti le considerazioni svolte, tra l’altro, ai paragrafi nn. 14, 15 e 16 del “considerato in diritto” della già richiamata decisione di Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini e altri, riprese, di recente, dalla sentenza di Sez. 4, n. 55055 del 10/11/2017, P.G. ed altri in proc. Pesenti, Rv. 271718 e Rv. 271719 (v. spec. punto n. 4 del “considerato in diritto”, pp. 33-34).

<sup>39</sup> Così Sez. 4, n. 27521 del 07/03/2018, Rollo, non mass., *sub* n. 4.4. del “considerato in diritto”.

consulenza, al più arricchito dalla espressione di apodittica condivisione del relativo ragionamento, risolvendosi in tal modo l'obbligo - costituzionale (art. 111) - di motivazione in un'inaccettabile "delega in bianco" ai testimoni esperti, il cui sapere, però, deve essere non già fotocopiato ma metabolizzato dal decidente, il quale è tenuto a dare conto delle difformi opinioni emerse e, più in generale, a risolvere le aporie del processo.





# ANARCHICI, SOVVERSIVI, TERRORISTI: L'ETERNO RITORNO DEL RISCHIO DI REPRIMERE IL DISSENSO

Carlo Petitto\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Terrorismo: storia di una definizione mancata. – **3.** Terrorismo e violenza politica tra il “secolo breve” e il terzo millennio. – **4.** Condotta, offesa di beni giuridici costituzionalmente protetti, dolo: così Alice passò attraverso lo specchio. – **5.** Riflessioni su un’ordinanza. Verso il diritto penale estremo. – **6.** Considerazioni (provvisoriamente) conclusive.

## ABSTRACT

*Il lavoro tratta, partendo da un recente caso giudiziario, del problema della definizione di terrorismo e della punizione di atti preparatori in materia, nonché dei suoi riflessi in tema di dolo.*

*This paper starts from a recent case and analyses the issues of the definition of terrorism, the punishment of inchoate offences in this field and its consequences for the object of the intent.*

---

\* Avvocato del Foro di Catanzaro.

## 1. Premessa.

Le note che seguono prendono spunto da una recente ordinanza che ha disposto la custodia cautelare in carcere di sette persone, nonché l'obbligo di dimora e di presentazione alla P.G. di altri quattro. Gli indagati sono accusati di aver promosso e organizzato un'associazione finalizzata al compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico italiano. In particolare, secondo il Gip, essi «ponevano in essere atti terroristici ed eversivi al fine di costringere i pubblici poteri a compiere, ovvero astenersi dal compiere atti propri, destabilizzare le strutture politiche ed economiche dello Stato, con l'obiettivo di affermare e diffondere coattivamente l'ideologia anarchico-insurrezionalista»<sup>1</sup>.

Gli indagati erano altresì accusati dei reati fine dell'associazione, tra i quali l'aver cagionato l'incendio di alcuni ponti ripetitori del segnale delle comunicazioni di alcune forze di polizia e delle reti televisive nazionali e locali site a Bologna, l'aver organizzato manifestazioni pubbliche e cortei al fine di impedire l'apertura dei Centri permanenti di rimpatrio, provocando scontri violenti con le forze dell'ordine, avvalendosi di mezzi informatici per produrre opuscoli, articoli, volantini dal contenuto istigatorio, l'aver imbrattato con scritte minatorie ed offensive i muri di edifici pubblici e privati e danneggiato sportelli bancomat di istituti di credito quali la Banca popolare dell'Emilia Romagna di Bologna, al fine di combattere contro le strutture economiche dello Stato.

L'articolata ordinanza propone all'interprete temi di diritto – e di politica del diritto – che sollecitano un'analisi. Il Gip contesta agli indagati di far parte di un'organizzazione volta al compimento di atti di violenza con finalità terroristica e di eversione dell'ordine democratico. Il Gip, pertanto, ripete pedissequamente la lettera dell'art. 270-*bis* c.p. – nell'attuale formulazione – con il *détournement* di non poco momento di sostituire la disgiunzione “o” con la congiunzione “e”. In altre parole, alla luce dello sviamento lessicale segnalato, l'associazione ha questa duplice ragione sociale tanto per gli inquirenti quanto, di tutta evidenza, per il Gip: diffondere il terrore ed sovvertire l'ordine democratico italiano.

In realtà proprio il finalismo degli agenti, la ‘ragione sociale’ dell'associazione criminosa, nonché le affinità e le divergenze tra la fattispecie originaria di cui all'art. 270 del c.p. fascista e quella introdotta quasi sul finire del secolo ventesimo dal legislatore democratico, rappresentano l'oggetto della nostra riflessione. Negli ultimi venti anni la giurisprudenza *in subiecta materia* si è trovata per lo più a confrontarsi con il tema del c.d. terrorismo religioso fondamentalista. Molto più rari gli interventi su vicende giudiziarie di terrorismo

---

<sup>1</sup> Gip Trib. Bologna, 6 marzo 2020, inedita.

e/o eversione interna<sup>2</sup>. Eppure, in almeno due casi, non sono mancati spunti di interesse che vanno sinteticamente ripercorsi.

Si fa riferimento, nello specifico, alla giurisprudenza della Corte di cassazione chiamata a valutare, tra l'altro, l'identità terroristica dell'organizzazione denominata Partito Comunista politico-militare<sup>3</sup>. Per quel che è di interesse in questa sede, la Corte si è interrogata sull'autonomia degli artt. 270 e 270-bis c.p., giungendo a discernere il variegato spessore ontologico della violenza. Quella terroristica, che innerva la previsione di cui all'art. 270-bis, si caratterizza per essere un mezzo, non un fine, una violenza polidirezionale, indiscriminata, rivolta verso una molteplicità di vittime. Vuole intimidire la popolazione senza operare distinzione alcuna. La violenza, al contrario, nella prospettiva di cui all'art. 270 ha valore comune/generico, cioè non indifferenziato, ma di elezione e selezione dell'obiettivo prefissato, legato al fine sovversivo. Si persegue, attraverso l'uso della violenza, il progetto di colpire obiettivi individuati, dotati di capacità caratterizzante e simbolica.

I due reati, entrambi di pericolo presunto, assumono caratteristiche distoniche anche per quanto riguarda la valenza della condotta, caratterizzata, nella fattispecie più recente, dal mero proposito del compimento di atti di violenza (sempre che ciò non si mantenga *in mente retentum*, al fine di evitare cedimenti verso un diritto penale del tipo di autore), laddove per l'art. 270 l'obiettivo sovversivo dell'ordinamento deve attuarsi mediante una espressione criminosa diretta ed idonea, avvicinandosi così alla categoria concettuale del tentativo<sup>4</sup>.

Il percorso sin qui descritto si completa, per quanto qui interessa, con un altro arresto del Supremo collegio carico di elementi di novità. La Corte era chiamata ad occuparsi dell'ordinanza che aveva confermato la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di quattro attivisti del movimento 'No Tav', accusati tra l'altro dei reati di cui agli artt. 280 c.p. e 280-bis c.p.<sup>5</sup>. Diversi e tutti interessanti gli spunti di indagine offerti, ma la selezione deve necessariamente fermarsi sul tema del rapporto tra finalità di terrorismo e offesa al bene giuridico. Se la sentenza più risalente si era soffermata sul ruolo della violenza, la successiva si interroga invece sulla nozione di 'finalità di terrorismo', arrivando ad affermare che essa non debba essere intesa quale fenomeno esclusivamente psicologico, ma debba essere capace di materializzarsi in una condotta 'seriamente capace di realizzare i fini tipici descritti

<sup>2</sup> Per un'efficace e sintetica ricostruzione delle principali questioni in tema, si rinvia a M. PELISSERO, *Delitti di terrorismo*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, 159 ss.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 12252, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 10, 3329 ss.

<sup>4</sup> R. BARBERINI, 'Sovversivi non terroristi', *La Corte di Cassazione offre una rivoluzionaria interpretazione dell'art. 270 bis*, in *Cass. pen.*, 2012, 3347.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 6, 2265, con nota di M. BENDONI, *Assalto al cantiere t.a.v. di Chiomonte: non fu terrorismo*, 2266B ss.; nonché di A. ZACCHIA, *Osservazioni a Cass. Pen.*, sez. VI, n. 28009, 15 maggio 2014, 1115 ss.

dalla norma'. Secondo il giudice di legittimità, proprio l'art. 270-sexies, dotato di una struttura complessa e tesa alla descrizione di una finalità, ricomprende tuttavia elementi di carattere obiettivo che rappresentano indici della offensività dei fatti, veri e propri elementi di garanzia volti ad evitare pericolosi slittamenti verso il diritto penale dell'intenzione o del tipo di autore.

Sempre in tema di obiettività della condotta, questa deve presentarsi come concretamente idonea a provocare il grave danno per il Paese. Nel caso della manifestazione No Tav, in altre parole, ci si deve interrogare se il lancio di materiale esplosivo abbia potuto dar luogo alla possibilità di una rinuncia dello Stato alla prosecuzione dell'opera e quale conseguente profilo di grave danno tale rinuncia abbia realizzato<sup>6</sup>. Ma l'orizzonte giuridico del terrorismo e della sovversione/eversione risulterebbe parziale – e per molti versi arcano – se si tacesse della genesi delle parole. Che poi spesso coincide con la storia degli eventi umani.

## 2. Terrorismo: storia di una definizione mancata.

In via preliminare è opportuno provare a fornire una ricostruzione del concetto di terrorismo, dedicandosi poi alle affinità e divergenze del medesimo rispetto al finalismo eversivo contenuto nell'art. 270 bis c.p. Un *evergreen* della nostra legislazione, capace di sopportare la prova di resistenza di compatibilità costituzionale.

Ma cosa è il terrorismo? Il concetto ha subito più di un mutamento di significato, o meglio un adeguamento alla mutevolezza dell'ambiente nel quale vive. Nel vissuto della collettività e del tessuto sociale oggi il terrorismo richiama gli attacchi riconducibili a forme di fanatismo islamista a far data dall'attacco dell'11 settembre 2001. È quasi scomparso il rapporto – di senso comune, spesso quindi improprio – con fatti commessi da organizzazioni armate per finalità *lato sensu* politiche, dall'autodeterminazione dei popoli, all'indipendentismo, ai movimenti rivoluzionari in senso stretto. Ci si soffermerà ora sulla verifica della vigenza di quella che è stata la prospettiva "novecentesca", ovvero del ritenuto rapporto tra reati di terrorismo e reati politici secondo l'endiadi lotta armata, da un lato, e illegalità sociale diffusa, dall'altro.

Non si incorre in errore se sotto il profilo semantico si individua il significato del lemma terrorismo nella classica ricostruzione offerta dai più importanti vocabolari, ovvero, in estrema sintesi, l'uso di una violenza indiscriminata ed illegittima finalizzata ad incutere terrore in una collettività organizzata<sup>7</sup>. Il dato può apparire banale, ma in realtà non lo è, a partire proprio dalla costruzione etimologica basilare che necessariamente si diparte dal concetto di

<sup>6</sup> S. ZIRULIA, *No Tav. La Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alle finalità di terrorismo*, disponibile in: [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3186](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3186).

<sup>7</sup> Voce *Terrorismo* in *Enciclopedia italiana*, <http://www.treccani.it/vocabolario/terrorismo/>.

comunità, popolazione, collettività. Ed è necessario partire da tale concetto politico e storico, anche transitando dal più celebre tra i momenti ai quali l'appellativo è stato accostato. Ci si riferisce all'epoca del terrore in Francia, caratterizzato dall'uso di un potere brutale, con l'apoteosi della violenza cristallizzata e adottata dal Comitato di salute pubblica contro i nemici, da parte di Robespierre, Saint Just e gli altri giacobini. Insomma il dato baricentrico nella definizione classica, invero difficilmente superabile, è quello che vede le popolazioni 'soggetto passivo' di condotte violente diffuse e senza distinzione di sorta.

Il terrorismo ha caratterizzato anche la storia del secolo breve<sup>8</sup>. Può forse essere revocato in dubbio che, ad esempio, la seconda guerra mondiale si sia caratterizzata per un uso terroristico della violenza militare, non più contrapposizione – per quanto belluina – tra eserciti, ma diffusiva di panico e di angoscia tra le popolazioni inermi, per esempio attraverso i bombardamenti aerei? O che gli italiani si siano distinti per aver usato durante la guerra di Etiopia l'iprite anche contro civili? Non è forse collocabile nell'ambito del terrorismo il massacro di Sabra e Chatila del 1982, compiuto su una popolazione indifesa? E, per venire al millennio in corso, basti ricordare la denominazione data all'attacco operato dalla amministrazione statunitense di George Bush Jr. all'Iraq nel 2003: *Shock and Awe*, ovvero colpisci e terrorizza<sup>9</sup>.

Ritornando alla storia del secolo appena trascorso – di immediato interesse ai nostri fini – il termine terrorismo in ambito giuridico fa la sua comparsa nella terza conferenza per l'unificazione del diritto penale svoltasi nel 1931 a Bruxelles, ricomparendo nel 1935 in occasione della sesta conferenza per l'unificazione del diritto penale svoltasi a Copenaghen<sup>10</sup>. Rilevante poi la comparsa sullo scenario internazionale degli Stati a partire dal 1937, allorquando la Società delle nazioni promosse a Ginevra la convenzione per la prevenzione e la repressione del terrorismo.

È interessante valutare il principiario del mutamento semantico-contenutistico del concetto di terrorismo, passato dal definire azioni violente (una situazione di pericolo diffuso, comune) e prevaricanti nei confronti della vita delle persone o dei beni pubblici o privati, sino al giungere alla tutela delle personalità statuali da questo stesso pericolo comune – come previsto già nella sesta conferenza – per chiudere con la convenzione del 1937 in cui

---

<sup>8</sup> Secondo l'accezione fornita da E. HOBSEBORN, *Il secolo breve 1914-1991*, Milano, 1995.

<sup>9</sup> Che è anche il titolo originale di un film proprio sulla guerra all'Iraq e sul ruolo dei media, *Attacco alla verità (Shock and Awe)* di Rob Reiner, *Castle Rock Entertainment*, 2017.

<sup>10</sup> Si tratta di otto conferenze svoltesi tra il 1927 ed il 1947 su iniziativa dell'*Association internationale de droit penal* e del *Bureau international pour l'unification du droit penal*. Cfr. *Actes de la conference de Varsavie*, Paris, 1929; *Actes de la conference de Rome*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1931; *Actes de la conference de Bruxelles*, Office de publicité, Bruxelles, 1931; *Actes de la conference de Paris*, Paris, 1933; *Actes de la conference de Madrid*, Paris, 1935; *Actes de la conference de Copenaghen*, Paris, 1938; *Actes de la conference de Cairo*, Paris, 1939; *Actes de la conference de Bruxelles*, Paris, 1949.

l'art. 1 definisce terrorismo quei fatti criminosi diretti contro uno Stato al fine di diffondere il terrore in persone, gruppi di persone o nel pubblico in genere, imponendo inoltre agli Stati, all'art. 2, di qualificare come fatti criminosi quelli diretti ad attentare alla vita ed alla integrità di Capi di stato e di loro familiari e, più complessivamente, di quanti hanno rappresentanza e compiti di governo<sup>11</sup>.

In ogni caso, per la Convenzione sono terroristici i crimini diretti anzitutto contro uno Stato, non quindi contro gli individui; essi devono essere idonei a creare uno stato di terrore<sup>12</sup>. Nel corso della storia, che pure aveva indicato le popolazioni come vittime del terrore degli Stati, si affaccia la tutela degli Stati e dei loro rappresentanti dall'azione di attentatori regicidi o magari rivoluzionari. Prendeva corpo, peraltro, seppure ancora in forma di archetipo, la relazione tra terrorismo e reato politico, atteso che oggetto di protezione non era il bene della vita o incolumità di più persone, o per meglio dire non solo esso, ma la vita, *rectius* la conservazione dei governanti da azioni realizzate per lo più da oppositori politici. Tuttavia né la convenzione del 1937 né le conferenze per l'unificazione del diritto penale troveranno mai applicazione.

Dopo la carneficina mondiale, l'interesse delle organizzazioni sovranazionali diventerà ben presto il terrorismo come attentato all'ordine costituito ovvero come condotta 'politicamente orientata'. Sempre visto con gli occhi di chi il potere, e il cosiddetto uso legittimo della forza, lo detiene 'legittimamente'. Ne sono testimonianza le convenzioni tecniche e di settore dedicate al dirottamento di aeromobili (Tokio 1963, L'Aia 1970, Montreal 1971)<sup>13</sup> o di navi (Roma 1988)<sup>14</sup> e quelle miranti alla salvaguardia degli agenti diplomatici e consolari dai sequestri di persona (New York 1973)<sup>15</sup>.

Il periodo storico nel quale si realizzano tali accordi sovranazionali corrisponde a quello della decolonizzazione e delle lotte per l'indipendenza e l'autodeterminazione dei popoli. Ed è anche il periodo della contrapposizione Usa-Urss, con la conseguente polarizzazione di interessi e conflitti interimperialistici dei blocchi, che trovavano, anzi che spesso non trovavano, composizione ed equilibrio all'interno dell'Onu. Ed è per questo, forse, che vigendo la contrapposizione e la guerra fredda, non si potrà giungere ad un accordo sul concetto, e sul valore politico e giuridico, del terrorismo.

---

<sup>11</sup> A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, LXXXVII, 5 e ss.

<sup>12</sup> C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, 32 e ss.

<sup>13</sup> *Convention on offences and certain others acts committed on board aircraft*, 14 settembre 1963; *Convention for the suppression of unlawful seizure of aircraft*, 16 dicembre 1970; *Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of civil aviation*, 23 settembre 1971.

<sup>14</sup> *Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation*, 10 marzo 1988.

<sup>15</sup> *Convention on the prevention and punishment of crimes against internationally protected persons, including diplomatic agents*, 14 dicembre 1973.

Deve rammentarsi, e di certo varrà per il prosieguo, che controverso era anche il concetto di terrorismo di Stato ovvero l'uso della forza di Stati contro altri Stati, o parte di essi, o all'interno degli stessi, soprattutto in riferimento ai regimi coloniali, razzisti, stranieri. E la questione palestinese era uno dei temi rilevanti a livello internazionale, soprattutto per le azioni militari che i vari gruppi, riuniti sotto la comune sigla dell'Olp<sup>16</sup>, realizzavano.

E così, a seguito del sanguinoso sequestro degli atleti israeliani in occasione delle olimpiadi di Monaco del 1972 ad opera dell'organizzazione palestinese "Settembre Nero", l'Assemblea generale dell'Onu costituì un comitato sul terrorismo, muovendo dalla risoluzione 3034, la quale riconosceva come il terrorismo internazionale e gli atti di violenza allignassero «nella miseria, frustrazione, lamentele e disperazione, inducendo persone e/o gruppi a sacrificare vite umane, inclusa la propria, nel tentativo di determinare cambiamenti radicali»<sup>17</sup>. La risoluzione denunciava anche il c.d. terrorismo di Stato, ovvero l'uso della forza di Stati contro altri Stati, o parte di essi, o all'interno degli stessi, soprattutto in riferimento ai regimi coloniali, razzisti, stranieri, trovando pertanto la naturale opposizione degli Stati occidentali<sup>18</sup>.

A fronte di una così evidente dicotomia determinata dalla divisione del mondo post-Yalta a livello mondiale, divenne impossibile la individuazione di una definizione condivisa del concetto di terrorismo. Non è così nelle macro-aree del pianeta. In Europa nel 1977 si realizzò la prima delle svolte che avrebbero caratterizzato lo sviluppo giuridico e giudiziario del vecchio continente, e che avrebbe subito una accelerazione di non poco momento nel nuovo millennio. A Strasburgo, infatti, il 27 gennaio 1977 si approvò la Convenzione europea per la repressione del terrorismo<sup>19</sup>. Il preambolo della stessa val più di ogni commento: «Gli Stati membri del Consiglio d'Europa, firmatari della presente Convenzione, tenendo conto che l'obiettivo del Consiglio d'Europa è quello di raggiungere una maggiore unità tra i suoi membri; consapevoli della crescente inquietudine causata dall'aumento di atti terroristici; desiderando adottare misure efficaci per assicurare che gli esecutori di tali atti non possano sottrarsi ai procedimenti penali e alla relativa pena; convinti che l'estradizione è una misura particolarmente efficace al fine di raggiungere tali risultati; hanno convenuto quanto segue...».

Il concetto di terrorismo, dunque, non viene definito, ma si rimanda a quello di atti terroristici, che causano crescente inquietudine accompagnata

<sup>16</sup> Organizzazione per la liberazione della Palestina, a lungo guidata da Yasser Arafat (1929-2004), leader della fazione di Al Fatah.

<sup>17</sup> Risoluzione n. A/RES/27/3034 del 18 dicembre 1972, reperibile all'indirizzo [https://undocs.org/en/A/RES/3034\(XVII\)](https://undocs.org/en/A/RES/3034(XVII)).

<sup>18</sup> Sul problematico tema definitorio del terrorismo internazionale, sulla questione dei movimenti di liberazione nazionale e sul terrorismo degli Stati si interroga V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013, 77 e ss.

<sup>19</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 4 agosto 1978, per l'Italia l'1 giugno 1986 che vi ha dato esecuzione con la legge n. 719/85.

spesso dalla inefficacia del meccanismo processuale nazionale e sanzionatorio. L'art. 1 fornisce la nomenclatura degli atti terroristici e l'ambito di applicazione convenzionale, statuendo che nessun dirottamento aereo, attentato alla vita ed alla incolumità ed all'integrità fisica di soggetti che godono del rango diplomatico o comunque di protezione internazionale ed ancora che nessun reato che comporti il ricorso a bombe, granate, razzi, armi automatiche, o plichi o pacchi contenenti esplosivi, ove il loro uso rappresenti un pericolo per le persone nonché un tentativo di commettere uno qualsiasi dei reati menzionati, potranno essere considerati politici, o commessi per cause politiche o ispirati da ragioni politiche<sup>20</sup>. All'art. 2 si prevede, inoltre, che gli Stati membri possano inserire ulteriori fattispecie di reato, non considerando quindi come reato politico o reato connesso a un reato politico o reato ispirato da ragioni politiche un reato grave che comporti un atto di violenza, diverso da quelli contemplati all'art. 1, contro la vita, integrità fisica o libertà di una persona.

Sembra a questo punto evidente l'affacciarsi sul proscenio della storia di un concetto ancora non formalmente compiuto e cristallizzato, ma che di certo sgancia l'atto c.d. terroristico da valutazioni di carattere politico. Si creerà un solco destinato mai più a richiudersi tra il concetto storico di terrorismo e quello frutto dei momenti politici nei quali la comunità internazionale si confrontava con il fenomeno. Se la storia aveva definito terrorismo le attività che vedevano le popolazioni quali soggetti inermi e vulnerati da atti violenti, ad ampio spettro ed indiscriminati, per il diritto internazionale divenivano terroristici determinati atti violenti compiuti da singoli o da organizzazioni politico-militari, nonché le condotte di aggressione a uomini di stato o diplomatici. Con un concetto di atto politico o politicamente motivato che, per l'uso della violenza e la lesività, anche potenziale, all'integrità personale, non potrà che rientrare nella valutazione di atto terroristico, perdendo le 'guarentigie' dell'atto politico o politicamente motivato.

Nel valutare tali canoni ovviamente si rende necessario rammentare il periodo storico di riferimento, che in Europa era caratterizzato da conflitti significativi almeno in Irlanda del Nord, Paesi Baschi (Nord della Spagna e Francia), condotti da organizzazioni militari dotate di un rilevante consenso popolare. Per tacere, almeno per ora, della peculiare situazione italiana.

### 3. Terrorismo e violenza politica tra il “secolo breve” e il terzo millennio.

Occorrerà un ventennio, uno scenario storico oltreché politico radicalmente e irreversibilmente mutato perché la cultura giuridica, e le contingenze politiche, forniscano una nozione di terrorismo, seppur traslata da quella di atto o attività terroristica.

---

<sup>20</sup> Parla di depoliticizzazione dei reati, A. GIOIA, *Terrorismo internazionale*, cit., p. 5 ss.



La Risoluzione del Parlamento europeo del 30 gennaio 1997, infatti, ha individuato al terzo considerando *sub c)* l'atto terroristico come «qualsiasi azione compiuta da singoli o gruppi con il ricorso alla violenza o la minaccia di violenza nei confronti di uno Stato, delle sue istituzioni o della sua popolazione in generale ovvero di singoli individui, nell'intento di creare una situazione di paura presso le autorità pubbliche, determinate persone o gruppi sociali ovvero nell'opinione pubblica in generale, per motivi di tipo separatistico, estremistico-ideologico, fanatico-religioso o soggettivo-irrazionale»<sup>21</sup>.

Si noterà come anche in questa definizione convergano elementi definitivi storici del terrorismo – il rivolgersi contro le popolazioni – e l'elemento più squisitamente politico finalizzato alla conservazione dello *status quo*, cioè alla tutela delle autorità pubbliche, dotato di forza espansiva. Di non poco momento appare il dato per cui l'idea di comunità, popolazione, popolo sia ridotta ad 'opinione pubblica in generale', concetto di natura contemporanea di certo meno cogente, diremmo oggi *smart*, e storicamente rilevante, di quello di popolazione o comunità.

Sarà la decisione quadro 2002/475/GAI a chiudere, per quanto di interesse ai fini delle presenti riflessioni, la produzione normativa volta a definire il concetto di terrorismo, anzi di atti di terrorismo<sup>22</sup>. Se ne parlerà tra breve per l'immediata ricaduta ordinamentale interna, attesa la quasi pedissequa riproposizione del testo della decisione all'interno del nuovo art. 270-*sexies* c.p., inserito dal d.l. n.144/2005 convertito con modificazioni dalla l. n. 155/2005<sup>23</sup>.

È un d.l., il celebre decreto Cossiga, ad aver mutato l'identità del codice penale fascista, di certo non tenero con gli oppositori di ogni specie. Il d.l. n. 625/1979, convertito dalla l. n. 15/1980, oltre ad innovare radicalmente l'assetto della penalità della Repubblica nata dalla Resistenza, si è incaricato di programmare e in parte realizzare per via repressiva e giudiziaria il contrasto del terrorismo interno degli anni '70. Gli esiti dell'operazione sinergica di difesa della democrazia italiana che, tranne alcune isolate eccezioni, vide l'intero arco costituzionale approvare la metamorfosi emergenziale già inaugurata peraltro con la legge Reale del 1975, conta, secondo le stime più equilibrate, quarantamila persone sottoposte a procedimento penale, quindicimila a vario titolo transitate per le carceri e quasi quattromila persone condannate in via definitiva<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> In Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, n. 55 del 24 febbraio 1997, p. 27 e ss.

<sup>22</sup> Per completezza si segnala che il 15 marzo 2017 è stata approvata la direttiva 2017/541/UE destinata a sostituire la decisione quadro 2002/475/GAI.

<sup>23</sup> Si è deciso, infatti, di occuparsi esclusivamente del tema del c.d. terrorismo politico interno, oggi apparentemente meno rilevante di quello internazionale fondamentalmente a contenuto religioso.

<sup>24</sup> Dati ricavati da N. BALESTRINI, P. MORONI, *L'orda d'oro, 1968-1977. La grande ondata rivoluzionaria e creativa, politica ed esistenziale*, di N. BALESTRINI, P. MORONI, Milano 1988, Introduzione.

La c.d. legge Cossiga<sup>25</sup> introduceva tre dispositivi giuridici inediti nell'ordinamento: all'art. 270 del codice fascista affiancava l'art. 270-*bis*, «associazione con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico»; inseriva l'aggravante speciale – contenuta all'art. 1 della medesima legge – della finalità di terrorismo o dell'eversione dell'ordine democratico, da applicarsi a qualsivoglia reato; restituiva nuova vita all'art. 280 c.p., che il ventennio aveva rubricato come «attentato al Capo del Governo», articolo abrogato dal d.lgs. lt. n. 288/1944, ridefinendolo attentato per finalità di terrorismo o di eversione.

La finalità della legge, perseguita attraverso il potenziamento delle fattispecie associative e cospirative già presenti nel codice fascista – che, com'è noto, erano state create espressamente per l'annientamento del partito comunista, del partito socialista e delle organizzazioni anarchiche<sup>26</sup> – era quella di reprimere non solo le organizzazioni dedite alla lotta armata, ma anche le forme di radicalità militante, non necessariamente clandestina e armata, diffuse nel Paese.

La rubrica, nella sua laconicità, non rispecchia correttamente il titolo dell'articolo ed infatti è evidente la sfasatura tra il titolo che prevede l'apprestarsi del meccanismo sanzionatorio alle associazioni che abbiano finalità di terrorismo o di eversione e il testo che dimentica la finalità di terrorismo<sup>27</sup>.

In realtà le concezioni di terrorismo ed eversione (o sovversione) sono concettualmente diverse. O almeno lo sono state sino al 2005, quando si è avuto un ulteriore inasprimento delle fattispecie associative attraverso la descrizione delle condotte con finalità di terrorismo, giungendo ad includere nell'elenco di tali condotte anche quelle di natura eversiva.

Nell'attività di distinzione tra le finalità terroristica ed eversiva la Cassazione è stata, in realtà, uniforme e costante, definendo il terrorismo quale attività diretta a creare in modo indiscriminato terrore nella collettività nonché a colpire le persone sotto il profilo simbolico, determinando come effetto, anche non direttamente previsto dell'agente, uno scadimento della fiducia, nel comune sentire, rispetto all'ordinamento costituzionale<sup>28</sup>. L'attività eversiva o sovversiva ha, invece, come precipuo fine quello di scardinare l'ordinamento costituzionale democratico vigente. A ben vedere il differenziale ermeneutico dei due lemmi, troppo spesso ritenuti sinonimi perché mutuati impropriamente dal linguaggio storico-politico, era ricavabile già dall'art. 289-*bis* c.p., introdotto specificamente per il sequestro Moro, che distingueva, in relazio-

---

<sup>25</sup> Francesco Cossiga (1928-2010) all'epoca era Ministro dell'Interno. Il suo nome è legato alla storia della Repubblica Italiana. Da Presidente della Repubblica rivendicò la paternità e la doverosità dell'operazione *Stay Behind*, meglio nota come 'Gladio'.

<sup>26</sup> Era stato lo stesso Giuliano Vassalli ad ascrivere espressamente ad Arturo Rocco tale volontà legislativa, cfr. G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale* in *Giur. cost.*, 1966, I, 1018 ss.

<sup>27</sup> G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, VI, Milano, 2015, ss.

<sup>28</sup> Cass. pen., sez. I, 11 luglio 1987, n. 11382, in *De Jure* on line.

ne al sequestro, le due finalità sia nella rubrica che nel tenore letterale della norma. E così pure l'aggravante speciale relativa a tutti i reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale contenuta all'art. 1 del citato d.l. n. 625/1979.

Ma se il concetto di eversione-sovversione era chiaro a partire dal suo significato ancestrale, da ricondursi a schemi ideologici e politici che prevedevano la presa di potere da parte delle classi subalterne, si era tuttavia resa necessaria l'interpretazione autentica della relativa definizione. Era stato l'art. 1, l. n. 304/1982 a precisare che l'espressione 'eversione dell'ordine democratico' era da intendersi quale eversione dell'ordinamento costituzionale, sì da elidere, almeno in apparenza, ogni problema di determinatezza/tassatività della fattispecie<sup>29</sup>.

Perduravano, tuttavia, problemi definitori circa il concetto di terrorismo. Saranno due prodotti normativi di natura internazionale a condurre alla vigente definizione di terrorismo, *rectius* di condotte con finalità di terrorismo come previste dall'art. 270-*sexies* c.p., complici, peraltro, i mutamenti degli assetti strategici nel terzo millennio, a partire dall'attentato alle Torri gemelle del 2001.

Il primo di tali innovativi contributi è da connettersi alla Convenzione Onu di New York del 1999, ratificata dall'Italia nel 2003, e pertanto costituzionalmente integrata e immediatamente precettiva nell'ordinamento italiano<sup>30</sup>. L'art. 2 di tale Convenzione contro il finanziamento del terrorismo definisce terroristica ogni condotta qualificata tale dalle diverse convenzioni settoriali in tema, ad esempio, di dirottamento aeronavale o di sequestro di agenti consolari e diplomatici, specificando che è, appunto, terroristico un atto che sia violento e diretto a cagionare morte o lesioni gravi e finalizzato, altresì, a costringere un governo o una organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un preciso atto. Elemento ulteriormente caratterizzante è dato dalla identità del soggetto passivo del reato, che deve essere un civile o, nel caso di un conflitto armato, una qualsiasi altra persona (anche un militare quindi), purché non direttamente impegnata sul fronte bellico<sup>31</sup>.

Anche l'Europa, che già aveva affrontato la questione nei termini dei quali si è sin qui detto, ha provveduto a dotarsi di una definizione più organica con la Decisione quadro 2002/475/GAI. Questa, ribadendo che l'Unione europea si fonda su valori universali di libertà, dignità umana, uguaglianza e

<sup>29</sup> Si dava così avvio alla temporanea compressione delle ordinarie garanzie democratiche, diventata elisione permanente. Sulla patologia delle norme dell'emergenza e sui riflessi in tema di processo neoinquisitorio, ineludibile è la lettura di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 29 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. A. GIOIA, *Terrorismo internazionale*, cit., 5 e ss. L'autore sottolinea come in tale convenzione sia rinvenibile una prima definizione organica di terrorismo all'art. 2 par. 1.

<sup>31</sup> Su tale strumento di diritto internazionale vedi anche V. TODESCHINI, *Ripensare il terrorismo nel diritto internazionale. Una ricerca sul concetto giuridico di terrorismo internazionale di Stato*, in *Jura Gentium*, X, n. 1, 2013, 7 e ss.

solidarietà, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e che basa il suo operato sul principio della democrazia e dello Stato di diritto, definisce come terroristici gli atti di cui all'art. 1, ricompresi tra le lettere a) e i), e comunque finalizzati a intimidire gravemente la popolazione o costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o un'organizzazione internazionale<sup>32</sup>.

Ed è proprio la Decisione Quadro testé menovata a costituire il terreno di coltura che darà vita al cosiddetto, ennesimo, pacchetto sicurezza, noto come d.l. Pisanu. Ancora una volta un decreto legge, ancora una volta quindi un meccanismo attraverso il quale l'esecutivo si sostituisce di fatto alla necessaria ponderazione ad opera del Parlamento, richiesta dalla *ratio* sostanziale della riserva di legge in materia penale.

#### **4. Condotta, offesa di beni giuridici costituzionalmente protetti, dolo: così Alice passò attraverso lo specchio.**

La norma così inserita risulta ancor più pervasiva della invero già ampia definizione di terrorismo contenuta nella Decisione quadro del Consiglio d'Europa. Ed infatti, relativamente alle condotte punibili, - l'Italia preferisce non adottare il pur cospicuo *numerus clausus* risultante dall'art. 1, lettere da a) ad i) della citata Decisione. A fronte dei molti provvedimenti legislativi realizzati in questi anni, caratterizzati da una sostanziale conformità al dettato europeo ("lo chiede l'Europa!"), in questo caso il legislatore nostrano è apparso più realista del re e ha usato una tecnica redazionale sintetica, e non analitica, «senza indicare i singoli comportamenti in cui può estrinsecarsi tale reato». E ciò perché, al contrario, l'elencazione delle fattispecie avrebbe corso il rischio «di lasciare fuori alcuni fenomeni»<sup>33</sup>.

La ricaduta è stata di non poco momento. La norma internazionale presentava una casistica articolata che si sforzava, almeno, di fornire definizioni dell'agire conformi a determinatezza, con la descrizione di condotte tutte volte a ledere beni giuridici definiti e apprezzabili, come la vita e l'incolumità personale. Certo, rimane il 'sapiente' uso di aggettivazioni dal sapore indefinito (come si misura la "gravità" di una condotta?) o l'anticipazione - variabile in base alla valutazione dell'interprete - della soglia di punibilità ("possono mettere a repentaglio"). O ancora l'equivalenza, in termini di offensività, instaurata tra la potenziale perdita di vite umane e le perdite eco-

<sup>32</sup> Sulle definizioni di terrorismo, anche alla luce delle disposizioni internazionali, c. fra gli altri A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 1127 ss., nonché F. VIGANÒ *Terrorismo di matrice islamico-fundamentalistica ed art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 3953B.

<sup>33</sup> Queste le testuali dichiarazioni del relatore Boschetto, in *Atti del senato*, XIV Legislatura, 858° seduta pubblica, venerdì 29 luglio 2005, *Resoconto sommario e stenografico*, p. VII.

nomiche considerevoli. Ma tutto ciò appare ben poca cosa se ci si accosta al testo dell'art. 270 *sexies* c.p. e lo si confronta sinotticamente con il testo europeo. Per il decisore europeo sono atti terroristici quelli – ricompresi tra le lettere a) ed i) dell'art. 1 – che possono arrecare un grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale, quando sono commessi al fine di intimidire gravemente la popolazione o costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o un'organizzazione internazionale. E gli atti da a) ad i) sono atti sussumibili in fattispecie criminose poste a tutela di beni giuridici primari (vita, incolumità personale, libertà personale) incontestabili in ogni ordinamento giuridico moderno.

Alle fattispecie europee, come già detto, l'Italia ha sostituito l'espressione condotte con finalità di terrorismo considerabili alla luce della natura o del contesto. Risulta palese il *deficit* di determinatezza, atteso che non si comprende quale contributo definitorio possano fornire i termini “natura” e “contesto”<sup>34</sup>.

In particolare, preoccupa che una condotta possa essere considerata terroristica per contesto. È evidente, infatti, il rischio di spostare il giudizio dalla condotta al suo autore e al contesto antropologico in cui lo stesso opera. Del resto, dai lavori preparatori, come si evince dal ricordato resoconto stenografico del Senato, non sembra che ciò sia stato fonte di preoccupazione. Ma è evidente che far discendere la punibilità di un contegno umano dal mero contesto vuol dire scoperchiare il vaso di Pandora della repressione anche di movimenti di opposizione politica, sociale e sindacale diffusa. E allora l'inquietudine dell'interprete diviene doverosa preoccupazione democratica, se si rifletta sul dato per cui tali condotte, così eteree e ben poco definite, possano ritenersi offensive di beni giuridici asseritamente rilevanti, come indica l'enunciato «possono arrecare grave danno al Paese o ad una organizzazione internazionale».

Si è parlato di gigantismo ed inafferabilità dell'offesa<sup>35</sup>. Non si può non condividere tale assunto. Che cosa costituisce un grave danno per un Paese? La vaga offesa all'ordine pubblico o la caduta di qualche indice di borsa? E come valutare, in punto di determinatezza e offensività, l'aggettivo “grave”?

Non ci si può come astener dal denunciare la pericolosa vaghezza del concetto di “possibilità che si arrechi grave danno”, sganciato dal dato della

<sup>34</sup> Analizza gli interrogativi definitori ed ermeneutici delle condotte con finalità di terrorismo consustanziali alla rubrica dell'art. 270-*sexies* c.p., V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., 209 e ss.

<sup>35</sup> A. CAVALIERE, *Il contrasto al terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 8, 1089.

oggettiva idoneità della condotta e del suo orientarsi sotto il profilo teleologico<sup>36</sup>?

Sono queste le domande che nascondono, in realtà, vuoti torricelliani pericolosamente colmabili secondo necessità, eventualmente anche per via giudiziaria. Ma siccome non era sufficiente la creazione di tale fumisteria, si aggiungono le brume ipostatizzate nella triplice espressione del dolo specifico<sup>37</sup>.

Al grande classico della intimidazione della popolazione si associa la – ormai dobbiamo definirla ex – eversione dell'ordine costituzionale costruita attraverso la destabilizzazione o la distruzione delle strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali. Si dà da far ritenere ormai l'eversione come sottoinsieme incluso nell'insieme del terrorismo<sup>38</sup>. Ma particolarmente preoccupante è l'espressione «costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o all'astenersi dal compiere un qualsiasi atto». Tale locuzione sembra cristallizzare l'inviolabilità quasi preilluministica del rapporto tra apparato statale e corpo sociale della comunità politica di un Paese, tranciando ogni conquista degli Stati che pur si definiscono democrazie liberali. Si stabilisce l'intangibilità e l'impermeabilità, tanto da ricevere tutela penale, dei governanti rispetto ai governati, ancor più perniciosa se si riflette per un attimo che, nel testo europeo, tale dolo specifico è riferito alle condotte determinate e racchiuse nel già ampiamente citato elenco. Tale evidenza impone qualche ulteriore riflessione, soprattutto in presenza di fattispecie incriminatrici – a partire dal plinto di sistema rappresentato dall'art. 270-bis c.p. – che per garantire l'anticipazione della soglia criminosa violano i principi costituzionali di materialità e offensività. Il tema non è di poco momento, soprattutto se si pensa che l'anticipazione della soglia di punibilità apre la strada alla 'flessibilizzazione alla bisogna' del precetto.

Un possibile antidoto parrebbe individuabile nella valorizzazione del dolo specifico e nella sua forza espansiva. E così sotto un primo aspetto le carenze dell'elemento oggettivo verrebbero compensate per mezzo del dolo specifico che, accedendo al fatto base, ne consentirebbe una caratterizzazione in punto di idoneità ed adeguatezza. Conseguentemente, la previsione della punibilità discenderebbe, ad esempio nell'art. 270-bis c.p., non già dalla adesione ad un programma criminoso ed eversivo, ma allo specifico programma violento, concreto ed attuale<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> E da tale possibilità potrebbe scaturire un danno patrimoniale, o addirittura di immagine, come evidenziato da A. CAVALIERE, *Il contrasto al terrorismo*, cit.

<sup>37</sup> Sul tema del dolo specifico in *subiecta materia* G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 539-540.

<sup>38</sup> Definisce l'eversione come 'sottoipotesi' del terrorismo nell'art. 270-sexies c.p. F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista ed art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, fasc. 10, 2007, 3953B.

<sup>39</sup> L. BRIZI, *L'illecito penale costruito ex latere subiecti: la "finalità di terrorismo" alla prova del diritto penale del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2017, numero monografico, *Terrorismo e sistema*

Se dunque si accede all'opzione secondo cui il dolo abbia 'idoneità contaminante' nei confronti del fatto tipico e offensivo, si potrà riscontrare come il fine, componente caratterizzante l'elemento psicologico, qualificherà la condotta, sicché quest'ultima si identificherà come mezzo attuativo rivolto al fine. Il recupero della funzione tipizzante del dolo rispetto alla condotta e all'agire potrà, forse, superare il *vacuum* caratterizzato dalla infelice definizione quali terroristiche di condotte individuate 'per natura o per contesto', proponendo un modello di agire seriamente, concretamente, autenticamente aggressivo e lesivo del bene giuridico<sup>40</sup>.

L'opera dell'interprete, tuttavia, si presenta ardua, atteso che la sintetica tecnica redazionale impiegata dal legislatore nazionale consentirà - l'ordinanza bolognese ne è plastico esempio - di perseguire l'attività politica, sociale, sindacale di dissenso e di protesta, rispetto a scelte non condivise. Non si è ancora forse colto pienamente, data l'attenzione della riflessione collettiva sul susseguirsi di eventi di natura internazionale, il peso che tale previsione avrà sul piano nazionale. Come non pensare che possano assumere rilievo penale manifestazioni popolari di protesta, iniziative di disoccupati o di quanti hanno perso il posto di lavoro? La ragion di Stato rischia dunque di prevalere a discapito della dialettica democratica che, per quanto aspra, è pietra angolare del nostro ordinamento costituzionale.

## 5. Riflessioni su un'ordinanza. Verso il diritto penale estremo.

Il ragionamento fin qui proposto consente di avanzare qualche sintetica riflessione sull'ordinanza da cui ha preso spunto il presente lavoro, ordinanza che, come si è accennato, in sostanziale accoglimento della mozione cautelare del P.M., ha disposto la custodia infortunaria per sette persone e le cumulative misure dell'obbligo di dimora e di presentazione alla P.G. per altre quattro.

Si rende necessario, a tal fine, partire da un dato solo in apparenza pre o metagiuridico, vale a dire la tecnica redazionale dell'ordinanza medesima. Infatti, scontata la descrizione degli addebiti penali nelle prime due pagine, si apprezza, di poi, in apertura della sezione dedicata ai gravi indizi di colpevolezza, una premessa finalizzata a sintetizzare il prosieguo dell'ordinanza. Tale *incipit* si apre con un capitolo dal titolo «cenni sul movimento anarchico».

Il Gip si preoccupa, invero, di evidenziare come non rilevi, in tale ricostruzione, la volontà del giudicante di tracciare una mappa dell'intera galassia del movimento anarchico, e neppure fornire indicazioni di carattere politico-ideologico. Ma tale procedere costituisce una sorta di *excusatio non petita*. E dunque non si comprende bene perché uno spazio dell'ordinanza

penale: realtà, prospettive, limiti, p. 15 e ss.

<sup>40</sup> Ancora la disamina di L. BRIZI, *L'illecito penale costruito ex latere subiecti*, cit., 24 e ss, che rammenta peraltro la celebre sentenza "No Tav", Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009.



sia dedicato a descrivere il c.d. movimento anarchico-insurrezionalista e l'individuazione di soggetti asseritamente gravitanti in quest'area, quando tutto ciò dovrebbe essere inconfidente con i fatti di causa. E ciò per diversi motivi.

Il primo è che i provvedimenti giurisdizionali devono avere ad oggetto attività criminose concrete e specifiche e non movimenti o galassie di movimenti: l'oggetto della prova nel processo penale, in base all'art. 187 c.p.p., è costituito dai "fatti" che si riferiscono all'imputazione, etc. Nel nostro ordinamento, il diritto penale, sostanziale e processuale, può essere solo diritto penale del fatto.

Il secondo è che le articolazioni nelle quali sarebbe suddiviso il movimento anarchico-insurrezionalista sono presentate apoditticamente. Se si tratta di un tema di afferenza giudiziaria, non rilevano le idee e gli apparati ideologici dei soggetti, salvo rappresentare esse stesse fattispecie di reato. Se, viceversa, il dato ha valore storico e ricostruttivo, è evidentemente irrelato rispetto all'oggetto di causa.

Orbene, nel primo caso, se proprio si debbono processare le idee, bisognerebbe accompagnare l'ordinanza con atti e documenti tanto riconducibili ai soggetti quanto valutabili dal lettore. Nel secondo caso, bisognerebbe rammentare la genesi del movimento anarchico, a partire dalla scissione in seno alla Prima Internazionale, passando dai rappresentanti anche italiani, autori di importanti interventi speculativi, politici ed ideologici (Gori, Malatesta, Berneri, solo per citarne alcuni), tenendo ben in conto il contributo alla storia del pensiero umano, oltre che alla storia del movimento operaio e degli sfruttati, che gli anarchici hanno fornito<sup>41</sup>. Ed ancora, se proprio si volesse somministrare un dato di conoscenza organicamente realizzato, anche passando attraverso la storia giudiziaria del Paese, si dovrebbe ricordare la vicenda Pinelli o quella Valpreda e, perché no, Sacco e Vanzetti. O, ancora in tempi più recenti, e questo sì correlabile con le vicende di causa anche se in modo evidentemente distonico con le ricostruzioni giudiziarie, il processo per 'ecoterrorismo' che nel 1998 vide accusati tre ragazzi, due dei quali – noti come Sole e Baleno – si suicidarono nel corso della vicenda giudiziaria<sup>42</sup>. Vicenda giudiziaria che, si precisa solo incidentalmente, nel 2002 si concluse con l'assoluzione dai reati associativi e 'terroristici'.

In definitiva, la laconica descrizione fornita dal Gip felsineo non rende giustizia, è il caso di dire, né alla storia né, ancor più, alle storie giudiziarie, mescolando temi disomogenei ed alle volte persino contrastanti.

L'analisi svolta finora trova qui una prima conferma. L'anticipazione della soglia di punibilità per i delitti associativi politici e di terrorismo, come

---

<sup>41</sup> Vasta la letteratura in merito. Si segnala da ultimo, senza pretesa alcuna di esaustività, G.N. BERTI, *Un'idea esagerata di libertà. Introduzione al pensiero anarchico*, Milano, 2015; A. SENTA, *Utopia ed azione, per una storia dell'anarchismo in Italia (1848-1984)*, Milano, 2015.

<sup>42</sup> Edoardo Massari (Baleno) e Maria Soledad Rosas (Sole) furono arrestati il 5 marzo 1998 insieme a Silvano Pellissero. All'alba del 28 marzo, dopo ventitré giorni di prigionia, Baleno si suicidò nel carcere di Torino. Analoga scelta ebbe a compiere Sole l'11 luglio.



per quelli di attentato, determina la traslazione dalla verifica oggettiva di un fatto, descritto nel rispetto dei principi di tassatività e determinatezza, alla identificazione di quelle condotte che «per natura o contesto» danno luogo ad elementi di penale responsabilità. Ma ciò può accadere a condizione che siano ascrivibili ad un peculiare modello d'agente. In altre parole, il riconoscimento della identità politica dell'indagato/imputato costituisce ragione sufficiente, causa efficiente per l'ascrizione di penale responsabilità. Il diritto penale dell'autore ricavato dall'appartenenza politica, dal foro interno, dalla idea. Pensare è (per lo meno) cospirare!

Forse più di quanto i portatori di un pensiero democratico e adesso alla fenomenologia costituzionale abbiano compreso, nel nostro Paese è già presente una forma di diritto penale che potremmo definire estremo, che per molti versi coincide - o almeno confina - col diritto penale del nemico<sup>43</sup>. O forse con la sua variante solo apparentemente meno autoritaria del diritto penale di lotta<sup>44</sup>. E questo perché se il diritto penale dell'emergenza, pur operando spesso in violazione delle regole di ingaggio costituzionale, aveva da occuparsi di eventi esistenti, diffusi, invasivi o pervasivi, come ad esempio la mafia o la sovversione sociale degli anni Settanta, la normazione alla quale stiamo assistendo si pone quale obiettivo quello di pianificare la risposta ordinamentale non solo a fatti specifici di reato, ma a comportamenti diffusi, anche solo soggettivamente diretti a contrastare con l'ordinamento vigente e che pongono il soggetto non acquiescente fuori dal consorzio civile nazionale (o sovranazionale).

Il legislatore europeo e ancor di più quello italiano vagheggiano di beni giuridici da tutelare quali la sicurezza, l'integrità dello Stato e così via. Potrà apparire cinico, ma è probabilmente, invece, meramente realistico: chi si lancia con un camion sulla folla o uccide i giornalisti di Charlie Hebdo non ha la finalità di sovvertire le istituzioni o minare la sicurezza dello Stato, ma quella di seminare più morti e dolore possibile, volendo ricambiare il male «dai crociati inferto all'Islam nella storia» con il medesimo male. Si tratta di atti terroristici in tale senso, ovvero nella capacità di seminare timore diffuso e insicurezza, ma l'apparato normativo volto al contrasto di tali fatti era già saldamente strutturato, sia a livello europeo che nazionale. La necessità di questa frettolosa quanto ulteriore attività normativa è valutabile, al contrario, in base ad ulteriori considerazioni.

<sup>43</sup> Ci si riferisce al noto pensiero di G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Diritto penale e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 109 e ss., espresso anche in altri lavori dello stesso Autore; v. pure G. JAKOBS - M. CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 21 e ss.

<sup>44</sup> Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico?* in *Cass. pen.*, 2006, 734 e ss., nonché *Id.* *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI, (a cura di), *Diritto penale e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 131 e ss.

E qui, come si vedrà, si infrangono gli auspici degli alfieri della tutela di un diritto penale scevro da aspetti di lotta contro il nemico, quasi la sua essenza fosse connaturata esclusivamente al diritto umano e alla Costituzione, senza altre contaminazioni<sup>45</sup>.

Si impone di procedere al disvelamento del dispositivo ideologico che ha dato origine alla nuova forma di diritto penale estremo, che è già oltre il diritto penale dell'emergenza. Si afferma una considerazione pregiuridica e tutta storico-politica. A partire dall'ultima decade dello scorso millennio, siamo stati destinatari del messaggio – a ben vedere anch'esso 'ideologico' – che proclamava la caduta delle ideologie e il manifestarsi di una nuova società. In realtà si era frantumato esclusivamente il blocco sovietico e, al contrario, il turbocapitalismo, il neoliberismo nella forma più aggressiva e sanguinaria si era proclamato vincitore della storia. Storia che, come abbiamo visto, ha continuato ad essere polarizzatrice di ricchezze, per cui poche decine di ricchi al mondo detengono oltre il 70% della ricchezza planetaria; storia che, al fine di mantenere lo *status quo*, ha 'esportato' i diritti umani, bombardando anche popolazioni inermi. Ma quello che è qui di interesse è che al mutamento epocale e al consolidamento inequivoco del sistema mercantile ha fatto da contrappasso un mutamento – ci si riferisce al contesto occidentale – dei rapporti politici di forza all'interno delle democrazie classiche. Possiamo dare per assodato il tramonto delle democrazie fondate sul fine, almeno teorico, della salvaguardia della dignità e del benessere diffuso dei consociati. È il tramonto delle istituzioni fondate sul *welfare state*. Se sino al secolo scorso democrazia e liberismo hanno convissuto, oggi l'espansione del mercato nella sua forma più feroce ha fatto arretrare più di una conquista democratica. Lo Stato che si ritrae dal suo ruolo sociale si limita a ergersi custode degli interessi e delle compatibilità economiche. Per far questo si rende necessario, a mo' di vasi comunicanti, rafforzare l'esecutivo a scapito del rappresentante del popolo, il Parlamento, svuotato del suo ruolo attraverso l'artificio di leggi elettorali finalizzate esclusivamente alla governabilità a tutti i costi, a scapito della rappresentanza. Un Parlamento che si limita a ratificare decisioni già prese, anche in materia penale, ove la decretazione di urgenza è ormai lo standard della produzione legislativa.

In Italia non esiste attualmente alcun fenomeno di antagonismo diffuso e condiviso in ampi strati della popolazione, come pure era accaduto negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, ma, per alcuni, non è da escludere che ciò possa in futuro rappresentarsi. Il diritto penale estremo, non cura ma previene, non reinserisce il condannato nel consorzio civile, ma lo deporta, inabilitandolo permanentemente, fuori dallo stesso. E ciò differenziandosi

---

<sup>45</sup> Una scienza molto morale e molto estetica, dunque, ma forse poco verace, o se si preferisce una scienza sul dover essere del diritto penale, più che riferita al suo essere normativo vigente. Così M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico?*, cit., 736 e ss.

dal diritto penale dell'emergenza. All'uopo, si rende necessario esaminare il contesto politico e sociale sinotticamente per comprendere le differenze.

Le leggi dell'emergenza in chiave politica, cioè contro le organizzazioni armate e la sovversione diffusa, sono frutto della prima Repubblica, decise, come furono, in ambito parlamentare, fino a realizzarsi una saldatura tra il principale partito di opposizione, il Pci, e settori della magistratura<sup>46</sup>. In materia di delitti politici, inoltre, il diritto penale dell'emergenza deve riconoscere, malgrado tutto, una identità all'antagonista, tanto da teorizzare, prevedere e proporre strumenti giuridici quali la delazione (collaborazione di giustizia) o l'abiura (norme sulla dissociazione) come previsto dalla l. n. 304/1982 (misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale)<sup>47</sup>.

Oggi, di tutta evidenza, il Parlamento, come accennato, ratifica le volontà dell'Esecutivo. Sul quale, e non occasionalmente, grava l'opinione cogente della magistratura. Questo ci porta ad un secondo momento di riflessione. A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, attraverso un sapiente uso dell'informazione - e a fronte di un oggettivo scadimento del rapporto di fiducia tra cittadini e politica - la magistratura ha operato una sorta di espansione istituzionale, assumendo un ruolo assolutamente innovativo, mai smentito. Questo è stato possibile attraverso l'uso della informazione *embedded*, che ha operato quale cassa di risonanza dell'operato dei giudici.

Ma i mezzi di comunicazione di massa hanno un ulteriore demerito nella definizione del diritto penale estremo. Essi sono stati, per larga parte, l'agenzia educativa che si è incaricata di individuare di volta in volta il nemico necessario da somministrare in pasto alla cosiddetta opinione pubblica, operando altresì come creatori del senso, spesso immotivato, di insicurezza e latori della corrispondente esigenza di sicurezza<sup>48</sup>. E se prima era il nemico era il mafioso o il tangentista si è poi passati, in base alle necessità del momento, alla indicazione dei migranti e dei marginali quali nemici diffusi. In questo caso, l'evidenza dell'impossibilità di definire concettualmente e praticamente la pericolosità di tali soggetti ha imposto la predefinizione di un ambito nel quale collocarli per renderli artificialmente riconoscibili e quindi stigmatizzarli.

È noto che le 'campagne sicurezza' partite sul finire degli anni Novanta del secolo scorso poggiavano i loro postulati su dati relativi alla criminalità i cui

<sup>46</sup> È il caso del c.d. processo alla Autonomia Operaia a carico, tra gli altri, di Toni Negri, Emilio Vesce, Oreste Scalzone, nel quale l'operato del p.m. Calogero fu fortemente sostenuto proprio dal Pci. Sul tema si segnala, tra gli altri, L. FERRAIOLI, *Lineamenti di un processo inquisitorio*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1983, 202 e ss; G. PALOMBARINI, *Il processo 7 aprile nei ricordi del giudice istruttore*, Venezia 2014; D. FIORENTINO - X. CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile, Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Milano-Udine 2019.

<sup>47</sup> Sulle scelte interamente politiche e sul riconoscimento del conflitto sociale e politico e dei suoi protagonisti sarà lo stesso Francesco Cossiga a riflettere criticamente. Si veda G. BIANCONI, *Cossiga e gli ex BR, le lettere inedite: Mi sento in colpa per la sua prigionia* in *Corriere della Sera*, 7 agosto 2020, disponibile in [www.corriere.it](http://www.corriere.it).

<sup>48</sup> M. CATERINI, *Criminalità, politica e mass media*, in *Pol. dir.*, 2013, 601 e ss.

numeri erano 'anabolizzati'. Ma ciò è risultato funzionale all'ascesa di alcuni partiti politici, nel silenzio pressoché assoluto delle menti più progressiste che, avendo perso da tempo la bussola del garantismo, hanno finito negli anni per proporre la propria emergenza sicurezza 'dal volto umano'<sup>49</sup>!

Eventi internazionali poi hanno fornito la classica occasione per ben oliare tale meccanismo. È innegabile che nulla sia come prima dopo le Torri gemelle. Da quel momento il pericolo si è ipostatizzato nel nemico dalla carnagione scura, barbuto, col turbante che vive in anfratti oscuri e lontani. E i nuovi dispositivi del panpenalismo hanno impiegato poco tempo per transitare anche in un ambito nazionale<sup>50</sup>.

Questa nuova forma di diritto penale estremo utilizza l'identità per proporla come *folk devil*<sup>51</sup>, come elemento terrorizzante, per legittimare una dichiarazione di guerra preventiva, prima che altri, i nemici appunto, possano dichiarare guerra all'ordinamento. E il *folk devil* viene somministrato dopo aver elargito sapientemente il *moral panic*<sup>52</sup>: una situazione di insicurezza, fragilità, di necessità di difesa sociale. Per la quale tutto è consentito, anche passare dalla sospensione delle garanzie costituzionali alla loro patente violazione, mediante esorbitanti aumenti di pena, ulteriori torsioni autoritarie del processo, meccanismi detentivi differenziali. E questo costituisce la sublimazione e il transito dal diritto penale dell'emergenza al diritto penale estremo.

## 6. Considerazioni (provvisoriamente) conclusive.

La conformità dell'ordinanza citata al *trend* descritto si può verificare osservando le condotte materiali ascritte e poste a fondamento della contestazione di finalità terroristiche ed eversive. È tutto da provare, ed è anzi di difficile compatibilità con il sistema nel suo insieme, se aver appiccato il fuoco ad un ripetitore delle telecomunicazioni, cagionando disturbi all'emissione del segnale televisivo e a quello delle trasmissioni della Guardia di finanza<sup>53</sup>, sia condotta idonea a costringere i pubblici poteri a tenere un determinato contegno e se possa aver addirittura destabilizzato le strutture politiche. Possiamo davvero ritenere che uno Stato democratico, saldo il suo Esecutivo, possa mutare la propria linea politica anche qualora tale gesto sia davvero, come in imputazione, rivolto al contrasto delle tecnologie di controllo? Non è

<sup>49</sup> In tema di sicurezza si invita a leggere sinotticamente il d.l. n. 13/2017, convertito con l. n. 46/2017, nonché il d.l. n. 14/2017, convertito con l. n. 48/2017 (decreti c.d. Minniti) con il d.l. n. 113/2018, convertito con l. n. 132/2018, unitamente al d.l. n. 53/2019, convertito con l. n. 77/2019 (decreti c.d. Salvini), per apprezzarne le molteplici analogie e le, invero rare, differenze.

<sup>50</sup> Di criminalizzazione identitaria, di variabilità dello *status* di nemico scrive M. CATERINI, *Il diritto penale del nemico "presunto"*, in *Pol. dir.*, 2015, 635 e ss.

<sup>51</sup> La genesi di questa espressione si deve a S. COHEN, *Folk Devils and moral panic*, Londra, 2002, trad. it., *Demoni popolari e panico morale*, Milano-Udine, 2019.

<sup>52</sup> Sempre S. COHEN, *Demoni popolari e panico morale*, cit., 50 e ss.

<sup>53</sup> In realtà, stante la contestazione, il fatto appare un danneggiamento più che un incendio.

l'atto in sé, punibile peraltro aspramente in base ad altre fattispecie di parte speciale, ad essere oggetto di valutazione. Al fine di esercitare l'attività di repressione è condizione sufficiente, causa efficiente – lo si ribadisce – dotarsi della lente distorsiva che tende a fare emergere e a dare risalto all'atteggiamento interiore dell'agente quale nuovo, unico, elemento costitutivo della fattispecie di reato<sup>54</sup>.

Che dire, poi, della contestazione di istigazione alla violenza per mezzo di articoli, volantini, manifesti e scritte murali, aggravata dalla finalità di eversione dell'ordine democratico. Ci si chiede quale reale affidamento nutra nello Stato chi ritenga in qualche misura verificabile un reato di istigazione eversiva nei confronti delle istituzioni, di fronte a simili forme di velleitarismo linguistico o politico o, forse, di un donchisciottesco reato impossibile<sup>55</sup>.

Provoca oggettivo stupore ritenere violento un manifesto in cui viene rappresentata una mano che, impugnando una tenaglia, sia intenta a recidere un filo spinato. Non abbiamo forse, pensando ai campi di concentramento o ai reticolati, ringraziato quelle cesoie, fin dalla Costituzione nata dalla Resistenza, quando hanno definitivamente reciso quei reticolati di orrore? Ma ricordando la differenza ontologica tra materialità e offensività, possiamo consentirci di offrire rilevanza penale ad una scritta murale, in questa società liquida e ai tempi dei social<sup>56</sup>?

Ma l'iperbole logica e giuridica, figlia evidentemente dello stesso spirito che ritiene ancora conservabili nell'ordinamento democratico fattispecie di reato figlie di un'epoca e di assetti istituzionali ben diversi, fa postulare come eversivo dell'ordine democratico e volto a destabilizzare le strutture economiche dello Stato, financo il danneggiamento di uno sportello bancomat della Banca Popolare dell'Emilia Romagna. Anche qualora ci si fosse trovati di fronte alla distruzione totale dello sportello bancomat (fatto peraltro non contestato, trattandosi del mero danneggiamento dello schermo dello sportello), ci si interroga sgomenti su quale correlazione con l'offesa ad un bene giuridico di primaria rilevanza sovraindividuale si sia, ancora una volta, realizzata. Possiamo davvero equiparare le sorti di uno sportello bancomat, ma addirittura anche di un intero istituto di credito, con le sorti delle istituzioni democratiche? Se così fosse scopriremmo che, in realtà, le sorti economiche di tutti noi dipendono dal sistema creditizio privato.

Ma ciò che meglio di ogni analisi suggerisce il ricorso ad una esasperata prevenzione è l'affermazione secondo cui «Le evidenze raccolte in questo ultimo periodo, caratterizzato dalle misure di contrasto all'emergenza epidemiologica del Covid-19, hanno evidenziato l'impegno degli appartenenti

<sup>54</sup> Il che conferma le intuizioni contenute in J. VERGES, *Strategia del processo politico*, Milano, 1968, e G. SPAZZALI, *La zecca e il garbuglio, Dai processi allo Stato alla Stato dei processi*, Milano, 1981.

<sup>55</sup> Su reato impossibile, materialità e offensività, v., nell'ambito di una vasta letteratura, spec. M. CATERINI, *Reato impossibile ed offensività. Una indagine critica*, Napoli, 2004, *passim*.

<sup>56</sup> Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

al sodalizio *de quo* alla organizzazione di riservati incontri tesi ad offrire il proprio diretto sostegno alla campagna “anti-carceraria”, accertando la loro partecipazione ai momenti di protesta concretizzatisi in questo centro. In tale quadro, l'intervento, oltre alla sua natura repressiva per i reati contestati, assume una strategica valenza preventiva volta ad evitare che in eventuali ulteriori momenti di tensione sociale, scaturibili dalla particolare descritta situazione emergenziale, possano insediarsi altri momenti di più generale “campagna di lotta antistato” oggetto del citato programma criminoso di matrice anarchica»<sup>57</sup>.

Qui il rimprovero penale, il processo penale, vengono chiamati ad assolvere ad una funzione che costituisce una vera e propria violazione delle norme costitutive il patto sociale democratico. Le norme fondamentali sono immolate sull'altare di una diffusiva narrazione ‘tossica’ volta a criminalizzare, preventivamente, prima che condotte, persone identificate per tipi di autore, ma ancor di più idee, speranze, forse anche sogni.

La ricostruzione fin qui proposta, letta attraverso il prisma del comunicato stampa della procura bolognese da ultimo citato, conferma l'attuale presenza nel nostro ordinamento di un'area di sospensione delle garanzie costituzionali, formalmente applicata per classi di reato, sostanzialmente utilizzata nei confronti di peculiari tipi di autore. Come fu detto nella stagione del conflitto diffuso degli anni '70 e '80 in Italia, «siamo in presenza di uno stato di eccezione e di una forma legale di ciò che non può avere forma legale»<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Dal comunicato stampa della Procura della Repubblica di Bologna, 13 maggio 2020.

<sup>58</sup> G. AGAMBEN, *Lo Stato d'eccezione. Homo sacer*, II, Torino, 2003, 9 e ss.

## IL “NUOVO” ABUSO DI UFFICIO E L’ABOLITIO CRIMINIS PARZIALE

**Bartolomeo Romano\***

Cass. Sez. VI, n. 442 ud. 09/12/2020 - deposito del 08/01/2021, G. Fidelbo  
Presidente - M.S. Giorgi Relatore

**Sommario:** **1.** Considerazioni introduttive. - **2.** Il “nuovo” abuso di ufficio. - **3.** Il tema della discrezionalità amministrativa. - **4.** Il tentativo di ridurre gli effetti innovativi della riforma del 2020.

### ABSTRACT

*La modifica del delitto di abuso d'ufficio, intervenuta con l'art. 23 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito le parole «di norme di legge o di regolamento» con quelle «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», ha ristretto l'ambito di operatività dell'art. 323 cod. pen. determinando una parziale “abolitio criminis” in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.*

*The modification of the crime of abuse of office, intervened with art. 23 of the decree law 16 July 2020, n. 76, converted by the law 11 September 2020, n. 120, which replaced the words «of laws or regulations» with those «of specific rules of conduct expressly provided for by law or by acts having the force of law and from which there is no margin of discretion», restricted the scope of effectiveness of article 323 penal code resulting in a partial “abolitio criminis” in relation to the conduct committed before the reform came into force through the violation of regulations or general and abstract laws from which no specific and express rules of conduct can be derived or which in any case leave margins of discretion.*

---

\* Ordinario di Diritto Penale nell'Università di Palermo – Avvocato Cassazionista.

## 1. Considerazioni introduttive.

La sentenza in commento si interroga sugli effetti dell'ultima riforma del delitto di abuso di ufficio, di cui all'art. 323 c.p., dovuta al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito (sul punto) senza modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Si tratta, in realtà, di una delle disposizioni che più ha sofferto l'interventismo del legislatore italiano, peraltro non coronato dal conseguimento degli obiettivi prefissati<sup>1</sup>.

Nell'impianto del codice del 1930, il delitto di cui all'art. 323, rubricato «abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge», rappresentava una sorta di norma di chiusura del sistema e rifletteva la convinzione che i delitti contro la pubblica amministrazione tutelassero l'interesse pubblico concernente il normale funzionamento ed il prestigio della pubblica amministrazione per ciò che concerne la probità, la fedeltà e il rispetto dovuto soprattutto dai pubblici funzionari, che appunto la “incarnavano”<sup>2</sup>.

Invece, con l'entrata in vigore della Costituzione, e del suo art. 97, comma 2, parte della dottrina identificò i “veri” beni giuridici tutelati nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione: il primo garantirebbe l'efficienza dell'azione amministrativa in aderenza al pubblico interesse; la seconda sarebbe posta a presidio della parità di trattamento tra tutti i cittadini, che non dovrebbe essere alterata dalla condotta (illecita) dei pubblici agenti.

Ma per comprendere le ragioni del lungo e tormentato cammino dell'abuso di ufficio, non basta richiamare il mutamento di scenario complessivo, pur fondamentale; occorre, invece, aggiungere ulteriori elementi di valutazione. Innanzitutto, molti delitti contro la pubblica amministrazione – e tra questi proprio l'abuso in atti di ufficio – scontavano significativi difetti di tecnica normativa, alla luce delle accresciute esigenze di determinatezza nel quadro di una moderna lettura del principio di legalità. A ciò si aggiunga che, anche per tali problemi, l'inefficienza della nostra pubblica amministrazione aveva dato luogo ad un ampio intervento della magistratura penale, con ruoli di vera e propria supplenza, tramite il c.d. controllo di legalità. Intervento amplificato e reso evidente da fenomeni diffusi di malcostume e di corruzione sistemica, sino alla emersione di “tangentopoli” all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, con conseguente affermazione della c.d. questione morale.

Pur “a fin di bene”, tutto ciò ha però fatto nascere e progredire la “burocrazia del non fare” (o “burocrazia difensiva”), alimentata soprattutto dall'abuso di ufficio, avvertito come un rischio reale, effettivo, che terrorizza chi deve firmare e gli blocca la mano.

Dunque, nel tentativo di conferire maggiore determinatezza alla norma sull'abuso di ufficio, ed al contempo limitare le paure dei pubblici funzionari nei confronti

---

<sup>1</sup> Per una valutazione complessiva delle riforme intervenute in materia, e soprattutto di quella del 2020, sia consentito il rinvio a B. ROMANO (a cura di), *Il “nuovo” abuso di ufficio*, Pacini Giuridica, 2021.

<sup>2</sup> Sul punto, da ultimo, anche per i riferimenti a quanto esposto nel testo, cfr. il volume *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. ROMANO e A. MARANDOLA, Utet giuridica, 2020.



di azioni penali nei loro confronti, si giunse alla riforma dovuta alla legge 26 aprile 1990, n. 86, la quale, tra l'altro, sostituì integralmente l'art. 323 c.p. Peraltro, la complessità dell'intervento normativo dovuto a tale legge (con abrogazioni, sostituzioni ed aggiunzioni), la consueta mancanza di norme transitorie, unita alla importanza ed alla delicatezza della materia e alla presenza di numerosissimi procedimenti penali pendenti su tutto il territorio nazionale per delitti contro la pubblica amministrazione, segnò l'inizio di un dibattito, poi mai più interrotto, sulla tematica, di carattere generale, della successione di norme penali nel tempo.

Tuttavia, i risultati sperati dall'intervenuta riforma dell'abuso di ufficio non furono raggiunti e, pochi anni dopo, il legislatore ritornò a modificare la materia: nuovamente, con legge 16 luglio 1997, n. 234, l'art. 323 c.p. fu integralmente sostituito. E, più recentemente, la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino), nel consueto rilancio in termini di gravità della cornice edittale, ha addirittura aggravato la pena prevista dal primo comma dell'art. 323 c.p. Ma anche tali modifiche (tanto meno quella del 2012) non hanno consentito di superare i noti problemi, sopra richiamati.

Con tali premesse, non può stupire che anche il legislatore del 2020 sia intervenuto sul delitto in esame. In particolare, l'art. 23 del citato decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, ha sostituito, all'art. 323, primo comma, del codice penale, le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»<sup>3</sup>.

## 2. Il “nuovo” abuso di ufficio.

Per comprendere gli effetti dell'ultima modifica normativa in materia, credo di poter sintetizzare con la considerazione per la quale sembrerebbe che, dopo la feroce “caccia all'uomo”, ed al funzionario infedele, dovuta alla legge Severino e, soprattutto, alla c.d. spazza-corrotti (legge 9 gennaio 2019, n. 3), nel 2020 il legislatore italiano

---

<sup>3</sup> Sulle ragioni e sugli effetti della riforma rinvio, per la mia opinione, a quanto avevo esposto qualche mese addietro: B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, ne *Il Penalista*, Focus del 28 luglio 2020. Ma la letteratura in materia è già molto ricca: M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 29 luglio 2020; 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 *Sistema penale*, 17 luglio 2020; *Id.*, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema penale*, 2 dicembre 2020; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in questa *Rivista*, 10 agosto 2020; A. NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione "fantasma"*, in *Guida dir.*, 2020, 42, 76 s.; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema penale*, 20 novembre 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 7-8, 1 ss.; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Legisl. pen.*, 23 agosto 2020; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9 ss.; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020; *Id.*, *La difesa dall'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020*, in *DisCrimen*, 2 gennaio 2021.

abbia tentato una sorta di rivoluzione copernicana, frutto di un approccio diverso. L'impressione, che avevo già avuto a prima lettura, è che la nuova versione della norma sull'abuso di ufficio restringa la sfera di intervento della legge penale sull'azione amministrativa.

In tal senso, del resto, si era espressa la Cassazione in una prima decisione<sup>4</sup>.

In particolare, come chiarito da detta sentenza, per effetto dell'ultima modifica normativa dell'art. 323 c.p., la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio viola le norme di legge che ne disciplinano l'esercizio può essere ora integrata solo dalla violazione di “regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge”, cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa. Pertanto, si è notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. Si sarebbe, cioè, determinata una parziale *abolitio criminis* in relazione alle condotte commesse prima dell'entrata in vigore della riforma mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità.

Invece, come pure aveva confermato la prima giurisprudenza in materia, la riforma non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al *genus* della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extra-penali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione.

### 3. Il tema della discrezionalità amministrativa.

Ora, la sentenza in commento, ponendosi sulla scia della precedente decisione della Cassazione sopra ricordata, affronta più dettagliatamente il profilo del controllo penale sulla discrezionalità amministrativa.

Più precisamente, la Sesta sezione della Corte rileva come sia lineare, nell'intento legislativo, la «limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica». Ma purché ciò avvenga quale scelta di merito dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto. Invece – e qui la precisazione della Cassazione appare rilevante – residuerebbe la configurabilità del delitto di abuso di ufficio, pur dopo la riforma del 2020, nel caso in cui l'esercizio del potere discreziona-

---

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. feriale, 25 agosto 2020 (dep. 17 novembre 2020), n. 32174, ne *Il Penalista*, 11 dicembre 2020, con osservazioni di B. ROMANO, *La prima pronuncia della Cassazione sul “nuovo” abuso di ufficio e l’abolitio criminis parziale*.

le «non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito».

Questo sembra essere il punto centrale e più rilevante della decisione della Cassazione. Se la magistratura – ci si perdoni il gioco di parole, peraltro intenzionale – riterrà di fare largo uso del proprio criterio discrezionale per valutare ampiamente e negativamente l'uso discrezionale del potere da parte della pubblica amministrazione, la portata innovativa della nuova normativa sarà fortemente limitata.

#### 4. Il tentativo di ridurre gli effetti innovativi della riforma del 2020.

Del resto, in dottrina, si è già palesato un tentativo di ridurre gli effetti della modifica normativa del 2020. In particolare, si è affermato che occorrerebbe essere particolarmente cauti nell'accertare che sia intervenuta, nel caso di specie, una effettiva *abolitio criminis*, effettuando tre diverse verifiche<sup>5</sup>.

In particolare, si è notato come occorrerebbe innanzitutto accertare la riconducibilità del fatto concreto, oggetto del giudizio, alla nuova e più circoscritta ipotesi di abuso d'ufficio penalmente rilevante. E qui, in effetti, se così risultasse, non si sarebbe verificata una *abolitio criminis*, poiché il fatto, prima punibile, continuerebbe ad esserlo alla luce della più ristretta formulazione della disposizione, con “persistenza dell'illecito”<sup>6</sup>.

La seconda verifica sarebbe legata alla eventuale possibilità di far rientrare il fatto nella omessa astensione, condotta come sopra chiarito non “toccata” dalla riforma del 2020. Ovviamente, il problema non si pone se in origine era stata contestata la omessa astensione, ma solo ove fosse stata contestata la violazione di norme di regolamento, ovvero di norme di legge prive dei caratteri della specificità e dell'assenza di discrezionalità. Ebbene, in tal caso, ad avviso di chi scrive, una “riconversione” della originaria contestazione sembrerebbe violare il principio di irretroattività *in malam partem*, facendo sostanzialmente finire nel nulla la riforma (con una nozione di omessa astensione capace di “inghiottire” ogni condotta).

Infine, la terza verifica sarebbe connessa alla eventuale rilevanza penale del fatto, prima contestato quale abuso di ufficio, alla luce di una diversa, ma coesistente, norma incriminatrice. Naturalmente, il problema non si pone riguardo a fattispecie più gravi di quella desumibile dall'art. 323 c.p., essendo in questo articolo presente la clausola di consunzione (e non di sussidiarietà) “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”: dunque, sarebbero già state applicabili le fattispecie più gravi, quali ad esempio peculato o corruzione, con esclusione del problema qui affrontato. La questione si presenta, invece, nel caso rilevi un reato meno grave, come l'omissione di atti d'ufficio, disciplinato dall'art. 328 c.p. Ovviamente, a mio avviso, solo nei limiti nei quali fosse rilevante la condotta del soggetto attivo ex art. 328 c.p. nel momento

<sup>5</sup> Per tali rilievi, G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit.

<sup>6</sup> In generale, B. ROMANO, *Diritto penale*, pt. g., 4<sup>a</sup> ed., Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 143 ss.

nel quale venne commessa; senza modificare, cioè, il fatto storico per poterlo fare rientrare “a forza” nella diversa fattispecie incriminatrice che si vorrebbe applicare.

Alla luce di quanto sin qui registrato, forse non era del tutto infondata l'osservazione secondo la quale, piuttosto che lavorare di cesello sul testo dell'art. 323 c.p., sarebbe stato probabilmente preferibile immaginare una abrogazione secca dell'art. 323 c.p., non mancando – nel ricco panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, che avrebbero potuto punire singole condotte<sup>7</sup>.

Ma al legislatore dei tempi attuali, che pure è stato innovativamente coraggioso, non si può forse chiedere di essere quasi eroico, in tempi di populismo penale e di mode forcaiole. Ed allora, accontentiamoci della imperfetta riforma, invece di provare a soffocarla nella culla.

---

<sup>7</sup> B. ROMANO, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, cit.

## IL “NUOVO” ABUSO DI UFFICIO: OVVERO, LA METAMORFOSI DEL GATTOPARDO

Giuseppe Collazzo\*

**Sommario:** **1.** Le ragioni di una riforma. – **2.** Il calvario di una fattispecie alla rincorsa della tipicità. – **3.** La nuova formulazione del sintagma: dalla “violazione di legge o di regolamento” alle specifiche regole di comportamento. – **4.** Conclusioni.

### ABSTRACT

*Con il D.L. 16 Luglio 2020, convertito con L. 120 dell'11.09.2020 il Governo ha inteso promuovere la ripresa economica del Paese rendendo più spedita l'azione di spesa dei pubblici funzionari – tra gli altri interventi – alleggerendone le responsabilità con la modifica della responsabilità erariale e della responsabilità penale. Quest'ultima ha riguardato il delitto di abuso di ufficio, prevedendo la sostituzione nel testo dell'art. 323 c.p. della locuzione “violazione di legge o di regolamento” con quella “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. Da ciò discendono importanti conseguenze, anche di natura intertemporale, sia in ordine alla tipicità del fatto punibile con l'espunzione dei regolamenti dal novero delle norme la cui infrazione legittima la sottoponibilità a pena, sia una specificazione là dove si indica che le norme passibili di essere violate sono solo quelle contenenti regole di condotte dalle quali non residuino margini di discrezionalità. Tali modifiche si collocano in quel lungo percorso attraversato dall'art. 323 c.p. alla continua ricerca di maggior determinatezza, che non sembra ancora giungere ad una soluzione ampiamente soddisfacente.*

*With the D.L. 16 July 2020, converted with Law 120 of 11.09.2020, the Government intended to promote the economic recovery by favoring the spending action of public officials faster – among other interventions – by lightening their responsibilities with the modification of tax and criminal liability. The latter concerned the misuse of office abuse, with the replacement in the text of art. 323 c.p. of the term “violation of law or regulation” with that “violation of specific rules of conduct expressly provided for by law or acts having the force of law and from which there is no margin of discretion.” From this derive important consequences, also of an intertemporal nature, both in relation to the typicality of the fact punishable by the expulsion of the regulations from the category of norms whose infringement legitimizes the punishment, and in a specification in which it is indicated that only the rules that contain rules of conduct without discretion can be violated. These changes are part of that long path crossed by art. 323 c.p. in the constant search for greater determination, which does not yet seem to reach a largely satisfactory solution.*

---

\* Magistrato Ordinario in tirocinio

## 1. Le ragioni di una riforma.

In tempo di emergenza pandemica da Covid-19 e della conseguente emergenza anche economica, il Governo ha ritenuto, un puro spirito keynesiano<sup>1</sup>, di approvare un intervento (D.L. 16 Luglio 2020, convertito con L. 120 dell’11.09.2020) volto – si legge nel comunicato stampa di presentazione – “alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all’eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, al sostegno dell’economia verde e all’attività di impresa.

Il decreto interviene, in particolare, in quattro ambiti principali: semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia, semplificazioni procedurali e responsabilità, misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale, semplificazione in materia di attività di impresa, di ambiente e green economy”.

Il legislatore, consapevole – vedremo quanto e se superficialmente – del peso della cd. ipoteca penale che aleggia quotidianamente sui pubblici amministratori, ha inteso promuovere – tra gli altri interventi – la ripresa economica del Paese rendendo più spedita l’azione di spesa dei pubblici funzionari, nell’auspicio che svolga la sua consueta azione di volano della ripresa economica, tentando di fronteggiare le ricadute economiche della pandemia.

Le linee direttrici dell’intervento, che hanno sullo sfondo il medesimo obiettivo, ovvero quello di semplificare l’investimento pubblico e snellire l’elefantica macchina pubblica, si orientano nella direzione di alleggerire il peso delle responsabilità del funzionario pubblico, esortandolo a *decidere* e *fare* (in ultima analisi, *spendere*), evitando l’inerzia.

Paradigmatico da questo punto di vista è come la riforma si incentri (oltre alla modifica della responsabilità penale), sulla responsabilità erariale<sup>2</sup> di cui i funzionari

<sup>1</sup> Il saggio del 1936, (in italiano, *Teoria generale dell’occupazione, dell’interesse e della moneta*, a cura di T. Cozzi, UTET, 2006), ha dato origine alla cosiddetta “rivoluzione keynesiana” sostenendo, in contrapposizione all’approccio classico del *laissez faire, laissez passer*, la necessità di un intervento pubblico nell’economia con misure di politica di bilancio e di politica monetaria per garantire la piena occupazione, che la sola domanda aggregata non è capace di assicurare.

<sup>2</sup> La responsabilità amministrativo-contabile, che condivide con la responsabilità penale – in via tendenziale – il carattere della personalità e della non trasmissibilità agli eredi, sul piano generale, può definirsi come la misura prevista all’ordinamento contro chi, legato da un rapporto di servizio con la P.A., sacrifica ingiustamente i beni economici della medesima P.A. e/o lede ingiustamente i beni-valori fondamentali della contabilità pubblica, con dolo o colpa grave, in violazione dei suoi doveri di servizio. Dalla riferita nozione generale della responsabilità amministrativo-contabile emerge che gli elementi di specifica caratterizzazione di tale tipo di responsabilità, rispetto alle altre, sono: a) il rapporto di servizio, che lega l’autore dell’illecito all’amministrazione pubblica che risente della sua negativa condotta; b) l’evento lesivo, che si sostanzia in un danno patrimoniale (illegittimo sacrificio di un bene economico della P.A.) oppure nella violazione di un bene-valore fondamentale della contabilità pubblica; c) lo stato soggettivo di dolo o almeno di colpa grave, che ha sostenuto la condotta di chi ha agito, stante l’irrelevanza della semplice colpa. Si ricorda, altresì, che la responsabilità amministrativa, per espressa indicazione normativa, “è personale ed è limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave” ed “il relativo debito si trasmette agli eredi [soltanto] nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi” (ex art. 1 della l. n. 20/1994, nel testo di cui all’art. 3 della l. n. 639/1996).

rispondono innanzi la Corte dei Conti che subisce importanti e, per certi versi singolari, modifiche a conferma non solo dell'approccio multidisciplinare e multilivello sulle responsabilità e sulle performance della P.A. ma anche della circostanza, ormai pacifica, che la complessità dell'apparato amministrativo non si esaurisce nel suo statuto procedimentale.

L'art. 21 del D.L. 76 del 2020 incide direttamente sull'art. 1 della L. 20/1994 il quale, nel disciplinare la responsabilità erariale, la limitava – prima dell'intervento – ai “*fatti o omissioni commessi con colpa grave o dolo*” e che, oggi, subisce due rilevanti modifiche.

La prima riguarda l'onere della prova del *dolo* in capo alla Procura contabile, che ora abbraccia anche direttamente l'evento dannoso di modo che, ai fini dell'imputabilità del danno cagionato, sarà necessario “...*la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*”<sup>3</sup>.

Evidenti i risvolti pratici di questa prima modifica: l'appesantimento dell'onere probatorio che le procure contabili dovranno assolvere con conseguente superamento della impostazione propria di una parte della giurisprudenza erariale per cui la dimostrazione del *dolo* è richiesta in relazione alla condotta e non all'evento, con conseguente allargamento delle maglie di irresponsabilità per i pubblici funzionari a processo.

Il secondo intervento riguarda la previsione della singolare ipotesi, dall'efficacia temporale predeterminata in circa un anno, in cui il pubblico ufficiale non è chiamato a rispondere per colpa grave nel caso di “*condotta attiva*”, ex art. 21, comma 2, D. L. 76/2020<sup>4</sup>.

Il singolare intervento è animato da un evidente favore del legislatore – riconosciuto solo per un determinato periodo di tempo – nei confronti del pubblico ufficiale che *fa*, che esercita la propria funzione e, in questo momento di pandemia particolarmente complesso anche sul versante economico ed in funzione di rilancio, evidenzia un benevolo occhio di riguardo in favore di quel pubblico funzionario che, in definitiva, *spende*.

In caso di inerzia o di omissione si continuerà a rispondere sia a titolo di *dolo* che di colpa grave e la limitazione di responsabilità non opererà.

Già queste poche notazioni su alcune, seppur rilevanti e significative, novità introdotte dal D.L. in commento, in una con la fondamentale riformulazione dell'abuso di ufficio – sulla quale ci si soffermerà più compiutamente a breve – danno il polso della visione che ha animato il legislatore della riforma e che si può sintetizzare con l'equazione: meno responsabilità = più spesa = più ripresa economica.

L'ipoteca dell'abuso di ufficio e della responsabilità erariale avrebbero, secondo questa visione, un effetto frenante sull'efficienza della pubblica amministrazione che

---

<sup>3</sup> L'art. 21 del D.L. 76 del 2020 aggiunge, appunto, all'art. 1 della L. 20/1994 dopo il primo periodo, l'inciso “*La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*”.

<sup>4</sup> La norma prevede che “*limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità non si applica per i danni cagionati da omissioni o inerzia del soggetto agente*”.

genera immobilismo e negative conseguenze, in definitiva, sulla complessa competitività del Paese<sup>5</sup>; questo atteggiamento si tramuterebbe in un insostenibile handicap, specialmente nel corso di una pandemia.

Le ragioni di una rimodulazione dell'impianto di responsabilità dei pubblici ufficiali, in special modo in riferimento all'abuso di ufficio, per la sua funzione di norma aperta e dai confini mobili ed ondivaghi, posta a chiusura ideale dei delitti contro la P. A., si ritrovano anche nelle tradizionali carenze strutturali che hanno caratterizzato la fattispecie, accusata da più parti di scarsa tipicità e determinatezza<sup>6</sup>.

La scarsa efficacia della fattispecie sarebbe dimostrata, dati alla mano, dalla grande differenza tra i procedimenti penali avviati e le scarse sentenze di condanna<sup>7</sup>; la

---

<sup>5</sup> Da alcuni (tra gli altri, autorevolmente, C. CUPELLI, *L'abuso di ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. ROMANO e A. MARANDOLA, Utet, 2020, 291 ss.) il meccanismo viene avvicinato a quello, ben più conosciuto ed analizzato, che prende il nome di medicina difensiva per sottolineare il medesimo impatto che lo spettro dell'ipoteca penale ha sulle scelte del medico o, in questa ipotesi sul pubblico ufficiale. Il timore dello scrutinio da parte del Giudice penale spinge i funzionari a limitare la discrezionalità nei procedimenti amministrativi. Questa prassi ha un impatto negativo sull'efficienza, specie se usata nell'ambito delle procedure contrattuali. Per P. CORLETO, *P.a. difensiva e scrutinio del Giudice penale: il caso delle procedure contrattuali*, in *Federalismi.it*, 8 luglio 2020, la cartina al tornasole di questo atteggiamento è costituita proprio dal reato di abuso d'ufficio, la cui formulazione testuale si presta a interpretazioni del Giudice penale contrastanti e, non di rado, fortemente invasive della discrezionalità. Su questo, recentemente vedi *La Repubblica* del 30 maggio 2020 dove l'ex Ministro della giustizia Paola Severino, con l'articolo intitolato *La burocrazia difensiva* sostiene una "moltiplicazione di comportamenti 'difensivi' di funzionari spaventati dal rischio di incorrere in responsabilità civili o penali per le loro decisioni", ed anche G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, ne *La Stampa*, del 14 giugno 2020.

<sup>6</sup> Illuminante da questo punto di vista, anche a sottolineare la vetustà della critica, il rinvio alle parole del Carrara, (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, 8a ed., Cammelli, 1905, vol. V, par. 2478, 29), in riferimento all'art. 175 c.p., del Codice Zanardelli del 1889, (il cd. abuso innominato di autorità), il quale a sua volta ricalcava quanto sancito, tra gli altri, nel codice borbonico del 1819, riguardo il carattere assolutamente vago e indeterminato del concetto di *abuso*, formula in sé priva contenuto ed incapace di individuare con certezza il nesso delle condotte sussumibili all'interno della fattispecie. La stessa evoluzione storica successiva testimonia di un costante sforzo dei vari legislatori volto a colmare quella che il Prof. Manna (A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004, 12) definisce come l' "endemico difetto di tipicità" insito nella nozione di abuso, sia attraverso il ricorso al requisito dell'arbitrarietà (tentativo da ritenere vano, data la sovrapposibilità dei due termini, quasi il loro carattere sinonimico), oppure, con maggior efficacia selettiva, mediante l'accoglimento del modello del reato di danno. Ma il problema della sufficiente determinatezza e del rispetto del principio di tipicità delle azioni punibili, condiziona tutte le formulazioni più recenti dell'abuso d'ufficio e sarà il vero elemento propulsore del susseguirsi delle riforme. Risulta di tutta evidenza come vi sia un rapporto di diretta proporzionalità tra formulazioni troppo elastiche da un lato, poco aderenti ai canoni della determinatezza e precisione delle incriminazioni, e la possibilità, dall'altro, di un intervento invasivo dell'organo giudicante; ciò spiega, in parte, la particolare delicatezza e problematicità di ogni questione che coinvolga l'abuso d'ufficio, che attiene in maniera diretta al controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa.

<sup>7</sup> Tra i recenti lavori che offrono una ricostruzione di ampio respiro, anche in chiave comparativa, vedi F. COPPOLA, *Abuso di ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Archivio Penale*, n. 2/2020, il quale in un'ottica di comparazione tra l'esperienza di *common law* e la proposta di riforma



pregnanza qualitativa dei dati, secondo cui metà dei procedimenti penali si chiude con una sentenza di assoluzione già in primo grado, sarebbe figlia di una ontologica incertezza interpretativa della fattispecie che colpisce, sembra quasi in egual misura, sia il pubblico funzionario all'atto della scelta ponderata del comportamento da tenere, sia il Magistrato del Pubblico Ministero durante la fase delle indagini preliminari, per poi ripercuotersi nel giudizio di responsabilità finale, con gli esiti indicati.

Anche se la capacità epistemica dei dati delle statistiche giudiziarie non sembra essere certa e l'idea che l'efficienza (o l'inefficienza) della Pubblica Amministrazione dipenda – anche – dal reato di abuso di ufficio non è dappertutto accettata<sup>8</sup>, questo sembra essere l'approccio fatto proprio dal legislatore della riforma, superando l'insegnamento di Salvatore Satta<sup>9</sup> secondo cui il processo non deve perseguire scopi esterni al processo stesso.

Castaldo-Naddeo (sulla quale vedi oltre), riporta i dati della gestione giudiziaria della fattispecie nel quinquennio 2014-2018 all'interno del Distretto di Corte di Appello di Salerno dove – dato particolarmente indicativo – delle 39 sentenze emesse dall'Ufficio GIP, si segnalano 12 assunte in giudizio abbreviate (tutte assoluzioni, tranne una), 15 sentenze di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p., 3 sentenze di estinzione per morte del reo, 2 sentenze di prescrizione, 2 sentenze di patteggiamento, 1 sentenza ex art. 131-bis c.p.p. e 2 sentenze di incompetenza territoriale. All'esito del primo grado di giudizio, dalle 80 sentenze si segnalano: 40 assoluzioni, 20 dichiarazioni di estinzione per intervenuta prescrizione, 9 con l'assoluzione dall'abuso di ufficio e la condanna per altri reati, 2 di estinzione per morte del reo e 9 sentenze di condanna. Non dissimile le proporzioni in Corte di Appello, dove sono state messe a disposizione della ricerca 61 sentenze, di cui: 30 sentenze di assoluzione (di cui 9 già in primo grado), 20 sentenze di estinzione per prescrizione, 8 sentenze di condanna, 1 sentenza di estinzione per morte del reo e, infine, 2 sentenze (una di assoluzione e una di condanna) in cui il delitto di abuso di ufficio è stato riqualificato in primo grado (rispettivamente nei delitti p. e p. dagli artt. 479 e 326 c.p.). Per ogni opportuno approfondimento, per la raccolta, l'analisi ragionata dei dati, si rimanda a G. CIAGLIA, *L'abuso di ufficio tra amministrazione difensiva e ineffettività: l'esperienza del Distretto di Corte di Appello di Salerno*, dattiloscritto dell'intervento tenuto nell'ambito della presentazione dei risultati della ricerca del Progetto CUR, Palazzo Zapata, Napoli, 14.2.2020, ricerca su “*Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance*” coordinata dal Prof. Andrea R. Castaldo, presso l'Università degli Studi di Salerno, che ha scrutinato il dato statistico sui procedimenti per abuso d'ufficio nel distretto della Corte di Appello di Salerno nel quinquennio 2014-2018, nonché M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 10.08.2020, <https://penaledp.it/i-tormenti-dellabuso-dufficio-tra-teoria-e-prassi-discrezionalità-amministrativa-e-infedeltà-nel-nuovo-art-323-c-p>.

<sup>8</sup> G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva*, cit., nonché M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, 133 ss. il quale evidenzia (p. 137) che “*se ci fosse maggior consapevolezza da parte delle Procure del funzionamento, sia delle regole che governano la scelta relativa all'iscrizione nell'uno o nell'altro registro (mod. 21 o mod. 45, ndr), sia delle norme che indicano la prognosi a cui deve essere sottoposta la notizia di reato ai fini della richiesta di rinvio a giudizio, non si determinerebbero quegli effetti patologici segnalati dalle statistiche, i quali, quindi, non possono essere ricondotti alla mancanza di determinatezza della fattispecie: tutt'altro*”.

<sup>9</sup> S. SATTA, *Il mistero del processo*, Piccola Biblioteca Adelphi, 1994, 4<sup>a</sup> ediz.

## 2. Il calvario di una fattispecie alla rincorsa della tipicità.

Si è già segnalato (vedi *supra*, nota n. 5) come le critiche sulla vaghezza e l'indeterminatezza dell'abuso di ufficio abbiano da sempre accompagnato la sua definizione normativa e come, costantemente, il legislatore abbia messo mano alla norma per meglio definirne i confini.

Negli ultimi trent'anni l'art. 323 c.p. è stato oggetto di tre importanti modifiche: con legge n. 86 del 1990, legge n. 234 del 1997 e, da ultimo, con D.L. 76 del 2020, oltre a subire l'innalzamento di pena edittale (da uno a quattro anni, in luogo della pena da sei mesi a tre anni) operata dalla cd. legge Severino, L. 190/2012<sup>10</sup>. Con la riforma del 1990<sup>11</sup> l'abuso *innominato* del codice del 1930 viene rimpiazzato da una fattispecie di abuso generalizzato<sup>12</sup> che assorbiva (al secondo comma) i delitti di peculato per di-

---

<sup>10</sup> Pur non incidendo direttamente sull'art. 323 c.p., se non *quod poenam*, la cd. legge Severino, L. 190/2012 ed i relativi decreti legislativi emanati in attuazione di deleghe contenute al suo interno, ha introdotto rilevanti novità sul piano sistemico della lotta alla corruzione che si fondano soprattutto su tre capisaldi: responsabilizzazione delle amministrazioni, trasparenza e imparzialità dei funzionari. Di particolare importanza risultano essere l'introduzione di strumenti di *compliance* costituiti, oltre dal Responsabile della Corruzione (RPC), dai Piani triennali di prevenzione della corruzione, strutturati in modo analogo a quelli previsti per le imprese ex D.Lgs. 231/2001, che prestano particolare attenzione al dipendente che segnala illeciti nell'ambito del rapporto di lavoro (cd. *whistleblower*); l'introduzione di un sistema organico di trasparenza che prevede, tra le altre cose, l'obbligo di pubblicità di una serie di informazioni specificatamente indicati dalla legge (la sezione denominata "Amministrazione trasparente"), volto a rafforzare l'*accountability* delle amministrazioni pubbliche nella gestione finanziaria e a semplificare il rapporto tra privati e Pubblica Amministrazione; la previsione di misure che mirano a prevenire l'accesso o la permanenza in una carica amministrativa di coloro considerati non adatti alle funzioni (sia in versione di *pre-employment* che *post-employment*) anche attraverso l'adozione di Codici di comportamento (DPR del 16.04.2013, n. 62) e la previsione del cd. "*pantouflage*", ovvero del divieto di assumere cariche in imprese private successivamente alla cessazione di un servizio svolto presso PP. AA. che comportano rapporti con le imprese medesime e, infine, quella che sembra essere la più innovativa modifica apportata, ovvero l'istituzione, con soppressione dell'originaria AVCP, di un'autorità anticorruzione (ANAC) cui si attribuisce il ruolo di vigilanza sull'insieme di regole dell'anti-corruzione, dotata di poteri sanzionatori nei confronti delle amministrazioni e, con le successive modifiche, di innovative attribuzioni e funzioni sperimentate durante Expo 2015 e esportato in altri grandi eventi, Giubileo della Misericordia (2015-2016) e ricostruzione post-terremoto (D.L. 17.10.2016, n. 189, conv. in L. 229 del 15.12.2016). Per una compiuta analisi delle innovazioni apportate al sistema anticorruzione, vedi: R. CANTONE e F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, 2015, nonché B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

<sup>11</sup> Per una visione d'insieme, e senza alcuna pretesa di esaustività, vedi, tra gli altri: G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, Vol. I, II ediz., Zanichelli, 1997; A. SEGRETO e G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1995; F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1993.

<sup>12</sup> Art. 323 c.p. post riforma del 1990 "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto

strazione e di interesse privato in atti di ufficio (previsti, rispettivamente, agli artt. 314 c.p. e 324 c.p.), fuoriuscendo dalla categoria degli abusi di potere con l'attribuzione della qualifica di soggetto attivo anche all'incaricato di pubblico servizio. Il tentativo di definire in modo maggiormente determinato e preciso la fattispecie si rivelò presto fallimentare a causa della problematicità del concetto di *abuso* – “*abusa del suo ufficio*” richiedeva la norma – a perimetrare rigidamente le incursioni della magistratura, specie inquirente, nella sfera di esercizio di funzioni, in particolare discrezionali, della P.A.

Il problema della fattispecie rimaneva il medesimo: una descrizione della condotta penalmente rilevante difficilmente verificabile.

L'ultima modifica significativa, quella del 1997<sup>13</sup>, ha offerto all'interprete una fattispecie maggiormente tipizzata, che originariamente doveva essere figlia della Commissione presieduta dall'amministrativista Morbidelli, e che tra i suoi componenti annoverava anche Pagliaro, che presentò un progetto di legge che tentava, in vario modo, di recuperare la tipicità della figura di abuso d'ufficio, ma che venne soppiantato dalla stesura del progetto direttamente in sede parlamentare.

Dopo un *iter* piuttosto travagliato, diversi progetti presentati e significative variazioni tra il testo approvato al Senato e quello successivamente approvato alla Camera, si arrivò ad approvare, il 16 luglio 1997, la legge n. 234.

La norma del 1997 non presenta novità rispetto ai soggetti attivi (pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio) ma introduce un primo limite sul terreno oggettivo, richiedendo quale presupposto che la condotta venga compiuta “*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*”, eliminando la rilevanza del semplice *abuso di qualità*.

Una novità di rilievo è contenuta nella descrizione della condotta, che abbandona ogni riferimento al concetto di *abuso* (se non in rubrica), e viene selezionata e descritta con l'aiuto di criteri normativi, che le conferiscono sicuramente un maggiore tasso di precisione, ma che non elimineranno una certa divergenza di vedute.

Le scelte del legislatore del 1997 sono state così, efficacemente, schematizzate<sup>14</sup>: a) la condotta tipica (funzionale) deve essere caratterizzata dalla violazione “*di norme di legge o regolamento*” ovvero di un dovere di astensione; b) il delitto si consuma con la produzione effettiva di un evento di danno o di vantaggio (non è più sufficiente che, come oggetto del dolo specifico, siano solo perseguiti); c) il vantaggio deve essere di natura patrimoniale (non così il danno); d) danno e vantaggio ingiusti devono essere oggetto di dolo intenzionale.

Il riferimento alla *violazione di norme di legge o di regolamento* o all'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi, descrive una condotta che deve presentarsi in contrasto con un modello di condotta previsto ed imposto da norme contenute in fonti primarie o secondarie. La categoria richiama quelle adoperate nel diritto am-

---

*vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni*”.

<sup>13</sup> Anche qui, per una compiuta analisi, vedi: S. SEMINARA, *Art. 323 c.p.*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ, (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, 2003; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004; S. FIORE, *Abuso di ufficio*, in S. FIORE e G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, 2018.

<sup>14</sup> C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO e A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, UTET, 2020, 275-276.

ministrativo, evocando immediatamente i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in particolare la violazione di legge ed il rischioso ed inafferrabile *eccesso di potere*.

Da quest'ultimo punto di vista, tuttavia, dopo il superamento di un atteggiamento più radicale volto alla reintroduzione di una totale sindacabilità dell'eccesso di potere da parte del giudice penale, si è giunti rapidamente alla consapevolezza che l'art. 323 c.p. comporti la necessità che la norma violata – di cui sia chiara la veste formale e il regime giuridico – vieti puntualmente il comportamento tenuto al pubblico ufficiale. Tale consapevolezza si è scontrata con la rivendicata portata immediatamente precettiva dell'art. 97 Cost., comportando la configurabilità della fattispecie il contrasto non con la lettera della legge, ma con il suo “*spirito*” incarnato dall'imparzialità dell'azione amministrativa. L'indirizzo ritenuto prevalente immediatamente prima della modifica del 2020 sembrava ricondurre nella violazione di legge anche il cd. sviamento di potere, figura tra le più ambigue dell'eccesso di potere, ampliando enormemente il sindacato del giudice penale.

Secondo questa impostazione, fatta propria anche da una decisione delle Sezioni Unite<sup>15</sup> del 2012, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione (Cass., Sez. VI, 17.2.2011, n. 27453; Cass., Sez. VI, 20.1.2009, n. 9862; Cass., Sez. II, 10.6.2008, n. 35048; Cass., Sez. VI, 12.2.2008, n. 25162; contra Cass., Sez. VI, 18.2.2009, n. 13097).

L'esito, come acutamente indicato<sup>16</sup>, è la rilettura della violazione di norme di legge come violazione della legalità amministrativa *tout court*, da cui deriva che il potere esercitato per un fine diverso da quello stabilito dalla legge si pone al di fuori dello schema della legalità e rappresenta uno “*sviamento*” produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dal delitto di abuso di ufficio.

Come efficacemente affermato da un Maestro<sup>17</sup> del diritto penale, *contro l'intento legislativo di dare determinatezza alla condotta incriminata, escludendo dal raggio dell'incriminazione l'eccesso di potere, si è messa all'opera una dilatazione giurisprudenziale, volta a stabilizzare un'interferenza giudiziaria nell'esercizio della ineliminabile discrezionalità della pubblica amministrazione. È così ben nota la vanificazione della maggiore determinatezza impressa all'art. 323, operata con il richiamo all'art. 97 Cost., quale parametro di qualificazione della condotta.*

---

<sup>15</sup> Sez. Un. Sent. 29.09.2011, n. 155, Rossi, che affronta in particolar modo il tema dell'abuso del processo. Le Sezioni Unite hanno precisato che ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione. Su questo, tra gli altri, vedi: S. MASI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell'abuso d'ufficio*, in *Archivio Penale*, n. 1/2019.

<sup>16</sup> C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 283.

<sup>17</sup> G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020.

### 3. La nuova formulazione del sintagma: dalla “violazione di legge o di regolamento” alle specifiche regole di comportamento.

La più rilevante innovazione apportata dal D.L. 16 Luglio 2020, convertito con L. 120 dell'11.09.2020 è la sostituzione nel testo dell'art. 323 c.p. della locuzione “violazione di legge o di regolamento” con quella “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”<sup>18</sup>.

La condotta punibile subisce, pertanto, una limitazione con l'espunzione dei regolamenti ed una specificazione là dove indica che le norme passibili di essere violate sono solo quelle contenenti regole di condotte senza margini di discrezionalità.

La nuova descrizione del fatto sembra comportare un fenomeno di *abolitio criminis*<sup>19</sup> (ex art. 2 c.p.) con la sottrazione dall'area del penalmente rilevante dell'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza di ritenere passibile di violazione solo regole che disciplinano attività vincolate, con l'esclusione del sindacato del giudice penale sulle figure dell'eccesso e sullo sviamento di potere.

Come è stato efficacemente affermato<sup>20</sup>, la tecnica normativa del legislatore utilizza – in parte – un'espressione propria del diritto amministrativo, in tema di azione avverso il silenzio inadempimento ex art. 31, co. 3, c.p.a. che ha ad oggetto fenomeni nei quali si discute “di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità” e nel quale sembra potersi distinguere due categorie: “attività vincolata” e “attività senza discrezionalità”, delle quali il legislatore penale non fa cenno, forse consapevolmente, facendo in modo che entrambe le categorie – avendo una matrice ed un nucleo essenziale contiguo – rientrino nell'area abbracciata dalla fattispecie.

Meno complessa risulta l'esclusione dall'area del penalmente rilevante della cd. discrezionalità tecnica, che ricorre quando l'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico necessiti di cognizioni tecniche o scientifiche di carattere specialistico.

---

<sup>18</sup> Per una prima lettura della riforma in commento, vedi: B. BALLINI, *Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 10.08.2020; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso di ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20.11.2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracolo dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale. Web*, 7-8 2020; G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 10.08.2020, <https://penaledp.it/i-tormenti-dellabuso-dufficio-tra-teoria-e-prassi-discrezionalità-amministrativa-e-infedeltà-nel-nuovo-art-323-c-p/>; N. PISANI, *La riforma dell'abuso di ufficio nell'era della semplificazione*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2021; 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 *Sistema Penale*, 17.07.2020.

<sup>19</sup> Particolare attenzione al fenomeno intertemporale dedica M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.

<sup>20</sup> M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, 143.

L'Amministrazione qui compie una valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici, e non svolge alcuna comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari al fine di individuare la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire.

Il legislatore pretende, pertanto, che si tratti di una regola “legale” che attiene all'esercizio di un potere vincolato, dove al pubblico ufficiale non siano lasciati margini di apprezzamento: le modalità di esercizio del potere della P.A. è predeterminata dalla legge<sup>21</sup>.

La stringente limitazione della fattispecie all'ipotesi di esercizio di un potere vincolato comporta due interrogativi<sup>22</sup>: se tale opzione legislativa possa restringere talmente tanto l'area di applicabilità della norma, privandola di una sua pratica utilità, e se gli spazi inevitabilmente lasciati scoperti da tale riformulazione possano essere ricoperti da altre fattispecie.

Il perimetro di applicabilità sarà, quantomeno ad una prima valutazione, ristretto all'esercizio intenzionalmente scorretto del potere vincolato; dall'altro punto di vista, si può pronosticare una dilatazione della seconda condotta tipica, rimasta inalterata, dell'omessa astensione in caso di interesse proprio dell'agente, con la dilatazione della nozione di interesse.

Le conseguenze processuali dell'*abolitio criminis* saranno, pertanto, in caso di pendenza di procedimento penale l'emissione di un provvedimento conclusivo<sup>23</sup> con la formula “perché il fatto non è previsto dalla legge come reato” ovvero, nel caso di condanna, la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, ex art. 673 c.p.p.

In ordine all'espunzione delle norme regolamentari dall'ambito di operatività della norma, questa sottrae una rilevante classe di fatti originariamente tipici, producendo un evidente fenomeno abolitivo rilevante ex art. 2 c.p. il quale, tuttavia, si espone a facili censure di irragionevolezza in considerazione della circostanza che i regolamenti sono “*notoriamente indispensabili, purtroppo, nel dare esecuzione alle opzioni legislative*”<sup>24</sup>. Secondo autorevole dottrina<sup>25</sup> i casi in cui la legge determina il *se*, il *cosa* ed il *come* un agente pubblico debba agire tramite condotte predeterminate sono particolarmente rari ed attinenti alla sfera minuta dell'amministrazione di mera esecuzione: *il legislatore ha riservato ad una improbabile minutaglia il destino dei sommersi e gli strali della sanzione penale (per giunta piuttosto consistente), mentre ha assunto nell'empireo dei salvati coloro che, detenendo il potere di scegliere discrezionalmente se, come, quando o cosa decidere, sono - secondo la natura delle*

<sup>21</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracolo*, cit., 8, secondo il quale “... l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'an, nel quid e nel quomodo dell'attività: per l'appunto, senza margini di discrezionalità [...]”.

<sup>22</sup> Per queste valutazioni, vedi A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20.11.2020.

<sup>23</sup> Provvedimento che potrà assumere diverse vesti a seconda della fase processuale: provvedimento di archiviazione, sentenza ex art. 129 c.p.p., sentenza di annullamento senza rinvio con contestuale proscioglimento ex artt. 129 e 620, lett. a) c.p.p. in Cassazione, sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. o sentenza di assoluzione ex art. 530 c.p.p.

<sup>24</sup> G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barabari*, cit.

<sup>25</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*

cose – nella condizione ontologica per abusarne, e recare i vantaggi e i danni ingiusti in cui si esprime l'evento<sup>26</sup>.

La scelta legislativa, di cui pure si è prospettata l'irragionevolezza<sup>27</sup>, sembra essere non sindacabile dinanzi la Corte Costituzionale<sup>28</sup> ma evidenzia le difficoltà interpretative che la norma pone.

Da questo punto di vista, un recentissimo approccio di legittimità la Corte di Cassazione, con Sentenza n. 1146/2020, (ud. 9.12.2020, motivazioni depositate l'8.01.2021), dopo aver rimarcato che dopo la modifica legislativa nell'economia della fattispecie non rilevano più i regolamenti, con conseguente limitazione della responsabilità per il pubblico funzionario qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, pone un primo sbarramento: *Beninteso, sempreché l'esercizio del potere non trasmodi tuttavia in un vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – cd. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito [...]*.

La nuova disposizione, restringendo l'ambito di operatività della fattispecie, ha evidenti risvolti inter-temporali con una parziale *abolitio* in relazione ai fatti commessi, con violazione di norme regolamentari o norme di legge generali ed astratte, prima dell'entrata in vigore della modifica, che la medesima Corte, in questo suo primo intervento, non manca di sottolineare ed applicare per giungere ad una sentenza di annullamento con la formula “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”.

#### 4. Conclusioni.

Le riflessioni svolte, che recano con sé la problematicità di una fattispecie che è sempre stata cattiva espressione di tipicità e determinatezza, sia per la delicatezza del ruolo sistemico che la norma svolge a chiusura del sistema, sia quale delicato e mobile confine su cui si muove il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, inducono a ritenere *necessaria* la sopravvivenza di una norma come quella ex art. 323 c.p. e a ritenere non praticabile la proposta abrogazione della fattispecie, pure proposta autorevolmente da più parti<sup>29</sup>. Con questo non si vuol negare la possibilità che i fenomeni sottesi all'abuso di ufficio possano essere adeguatamente regolati con strumenti diversi dalla sanzione penale, ed in special modo con strumenti amministrativi e di *soft law* propri di quel modo di fare anticorruzione impersonificato dall'ANAC, ad esempio, restituendo così al diritto penale i suoi connotati di legalità, sussidiarietà ed *extrema ratio*. Tuttavia, l'integrale sostituzione dell'abuso di ufficio quale fattispecie penalmente rilevante con strumenti non penali, non sembra restitu-

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.

<sup>28</sup> M. GAMBARELLA, *op. cit.*, 145.

<sup>29</sup> A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*. cit. che richiama a sua volta L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2018, 119; S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in *Migliorare le performance*, cit., 21.



ire una risposta soddisfacente al disvalore penale che spesso – non sempre, è necessario sottolinearlo, a riprova dell'indeterminatezza – si ricollega all'abuso di ufficio.

L'ipotesi di una abrogazione *sic et simpliciter* suscita il timore di un controproducente vuoto di tutela a cui si troverebbe esposto il sistema penale il quale, come insegna autorevolissima dottrina<sup>30</sup>, si troverebbe costretto a reagire con l'ampliamento di fattispecie ben più gravemente punite.

Rimedi potrebbero essere individuati, come si è già fatto<sup>31</sup>, nella migrazione ai comportamenti dei funzionari delle singole amministrazioni della buona prova (non scevra, tuttavia, di ombre) che alcuni strumenti hanno offerto in altri ambiti, come le linee guida (legge 8 marzo 2017, n. 24, Gelli-Bianco), della responsabilità sanitaria.

L'adesione alle linee guida delle amministrazioni escluderebbero profili di responsabilità penale, ritenendosi non violata la norma o il regolamento.

L'adeguamento alle *best practices* o *policies* delle linee guida lascerebbe inalterato il dato formale della violazione normativa, ma in sostanza lo priverebbe della tipicità, in omaggio al principio di offensività. Tale approccio non eliminerebbe, ovviamente, i problemi tipici dell'abuso di ufficio, ma li sostituirebbe con altri, già opportunamente evidenziati<sup>32</sup>: chi o cosa, quale ente o istituzione, dovrà creare le linee guida? Queste saranno le stesse su tutto il territorio nazionale e per tutti gli apparati della Pubblica Amministrazione o è necessario introdurre delle differenziazioni? Quando può dirsi che le raccomandazioni contenute nelle linee guida risultano adeguate alle specificità del caso concreto?

Ecco che, all'ennesima – *eventuale* – modifica della fattispecie, corrisponde la nascita di nuovi interrogativi.

---

<sup>30</sup> G. FIANDACA, A. MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso di ufficio?*, in *Il Foglio*, del 24.06.2020.

<sup>31</sup> A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2018.

<sup>32</sup> *Ibidem*.



## IL PROCESSO PENALE VIRTUALE: UNO STUDIO DELL'UNIVERSITÀ DI OXFORD

Iacopo Benevieri\*

**Sommario:** **1.** Lo studio Justice. – **2.** Il primo report: aspetti positivi e negativi del processo virtuale. – **2.1.** Gli elementi positivi. – **2.2.** Gli aspetti critici. – **2.2.1.** Problemi informatici. – **2.2.2.** Fondi, illuminazione, inquadrature. – **2.2.3.** Spazio virtuale, comportamenti disfunzionali e fattori di stress. – **3.** Il secondo report: la compresenza dei giurati. – **4.** La valutazione sul processo virtuale da parte dell'organizzazione non governativa "Fair Trials" e alcune considerazioni finali.

### ABSTRACT

*Nel corso della primavera-estate 2020 in Inghilterra sono state celebrate in via sperimentale alcune udienze penali da remoto, con la partecipazione di volontari. Le complesse dinamiche processuali, psicologiche e cognitive coinvolte nella celebrazione da remoto di un'udienza sono state studiate dall'Università di Oxford, in collaborazione con altri enti governativi e indipendenti. La ricerca ha evidenziato alcuni profili vantaggiosi ed altri critici connessi con la celebrazione del processo virtuale. Nel presente contributo ne viene offerta una sintesi ragionata.*

*During the spring-summer of 2020, a number of remote criminal hearings were conducted in England on an experimental basis, with the participation of volunteers. The complex procedural, psychological and cognitive dynamics involved in the remote celebration of a hearing have been analyzed by Oxford University, in collaboration with other governmental and independent agencies. The research has revealed both advantageous and critical aspects of virtual criminal trial. In the present paper a reasoned synthesis is offered.*

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

## 1. Lo studio JUSTICE.

Tra aprile e luglio 2020 l'Università di Oxford, in collaborazione con l'ente non governativo JUSTICE, che si occupa del miglioramento del sistema giudiziario inglese, e con l'Agenzia Governativa per il Servizio alle Corti e ai Tribunali del Ministero della Giustizia del Regno Unito (cd. "*Her Majesty's Courts and Tribunals Service*") hanno curato un progetto allo scopo di verificare se e come i processi penali con giuria possano essere celebrati in modo virtuale e quale impatto tale modalità possa determinare sulle garanzie proprie del *fair trial*.

La ricerca ha previsto la celebrazione di un processo penale con modalità virtuali basato su una vicenda fittizia, con la partecipazione di esperti volontari nei ruoli del giudice, dei giurati e degli avvocati. La ricerca è stata resa possibile grazie alla concreta collaborazione delle associazioni di magistrati e di avvocati.

La ricerca è stata costantemente monitorata da un gruppo di studio coordinato da docenti di numerose discipline. Si ricorda la Prof.ssa Linda Mulcahy, docente di studi socio-legali e direttrice del Centro di Studi Socio-legali presso l'Università di Oxford e la Prof.ssa Emma Rowden, docente di storia dell'architettura presso la medesima Università, con una particolare esperienza nello studio della relazione tra le caratteristiche architettoniche degli edifici istituzionali e la percezione sociale della funzione ivi svolta.

L'esperimento ha previsto la celebrazione del processo in tre test, in data 9 aprile, 17 aprile e 6 maggio 2020, cui è seguita la prima relazione redatta dal gruppo di ricerca, pubblicata ad aprile 2020<sup>1</sup>.

Una quarta prova è stata svolta il 12 giugno 2020 consentendo ai giurati di collegarsi all'aula virtuale non già separatamente, ciascuno dalla propria abitazione, bensì da un unico luogo, ove erano stati riuniti nel rispetto del distanziamento sociale. A seguito di questo quarto test è stata pubblicata una seconda relazione nel mese di giugno 2020<sup>2</sup>.

La piattaforma informatica consentiva a tutti di partecipare all'aula di udienza virtuale, comparando dalle reciproche postazioni in uno schermo pubblico condiviso. I difensori avevano altresì la facoltà di ritirarsi in una diversa stanza virtuale con i propri assistiti per le necessarie comunicazioni riservate. I giurati, il cancelliere e il giudice avevano anche accesso a una funzione di chat privata che potevano utilizzare per accedere ai documenti depositati.

L'immagine sullo schermo di ogni partecipante recava la indicazione della funzione, così da consentire a tutti gli altri partecipanti di riconoscere i diversi ruoli svolti. I giurati sono apparsi insieme in immagini leggermente più ridotte, così da essere facilmente distinguibili dagli altri partecipanti. L'immagine del testimone appariva sotto quella del giudice. Quella dell'imputato era collocata nella parte inferiore dello schermo, accanto al proprio difensore. Uno screenshot dei partecipanti può essere osservato nella figura sottostante (cfr. Fig. 1).

---

<sup>1</sup> Il primo report è reperibile all'indirizzo <https://justice.org.uk/wp-content/uploads/2020/04/Mulcahy-Rowden-Virtual-trials-final.pdf>.

<sup>2</sup> La seconda relazione è consultabile presso il seguente indirizzo: <https://justice.org.uk/wp-content/uploads/2020/06/Mulcahy-Rowden-second-evaluation-report-JUSTICE-virtual-trial.pdf>.



Fig. 1

Nel caso in cui fosse necessaria una sospensione dell'udienza è stata prevista la possibilità per i partecipanti di spingere le telecamere, cui seguiva l'apparizione sul monitor di un avviso che indicava l'interruzione in corso e il conto alla rovescia del tempo previsto prima della ripresa dell'udienza. Tale accorgimento, è stato osservato, consentiva ai testimoni che dovevano collegarsi all'aula virtuale di conoscere il motivo della temporanea impossibilità di accedere all'udienza (cfr. Fig. 2).

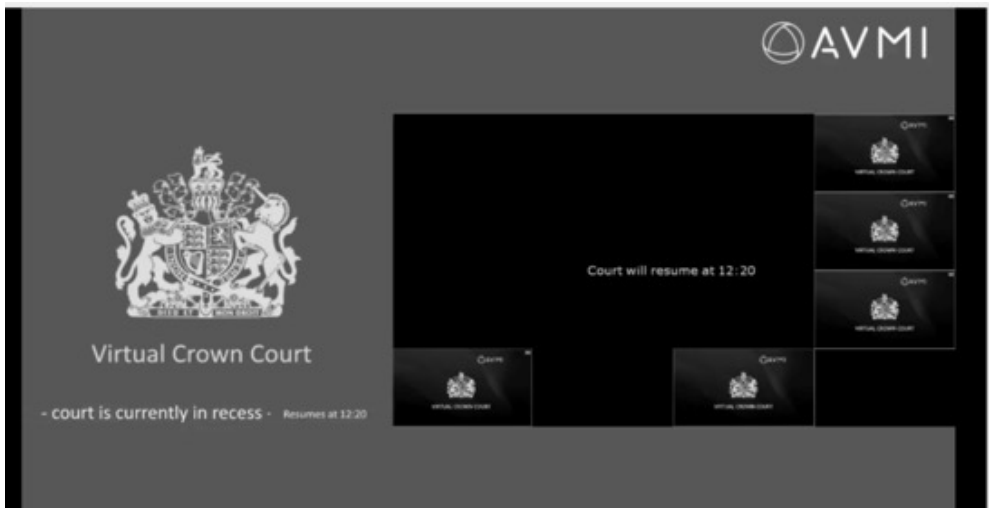


Fig. 2

## 2. Il primo report: aspetti positivi e negativi del processo virtuale.

Come è stato già osservato, una prima serie di test sono stati condotti tra il 9 aprile e il 6 maggio 2020, i cui risultati sono stati elaborati nella prima relazione pubblicata ad aprile 2020, riscontrando alcuni elementi positivi e plurime criticità del processo penale da remoto.

### 2.1. Gli elementi positivi.

Tra gli aspetti positivi dell'esperimento è stato registrato il fatto che la tecnologia informatica, quando ha funzionato adeguatamente, ha determinato un risparmio considerevole di tempo per tutti i partecipanti, i quali hanno potuto connettersi all'aula virtuale dalle proprie abitazioni o uffici.

In particolare a partire dal secondo test, è stato predisposto adeguato personale tecnico che ha assistito tutti i partecipanti, i quali sono stati seguiti nelle varie fasi della partecipazione all'udienza e sono stati informati in modo più approfondito su come utilizzare la piattaforma.

I cd. partecipanti "laici" (giurati, testimoni, imputato) hanno generalmente riscontrato una visione più chiara degli altri soggetti, che nelle aule giudiziarie britanniche spesso è impedita dalla particolare posizione assunta da ciascun partecipante all'interno dello spazio, come esemplificato nella Fig. 3<sup>3</sup>.

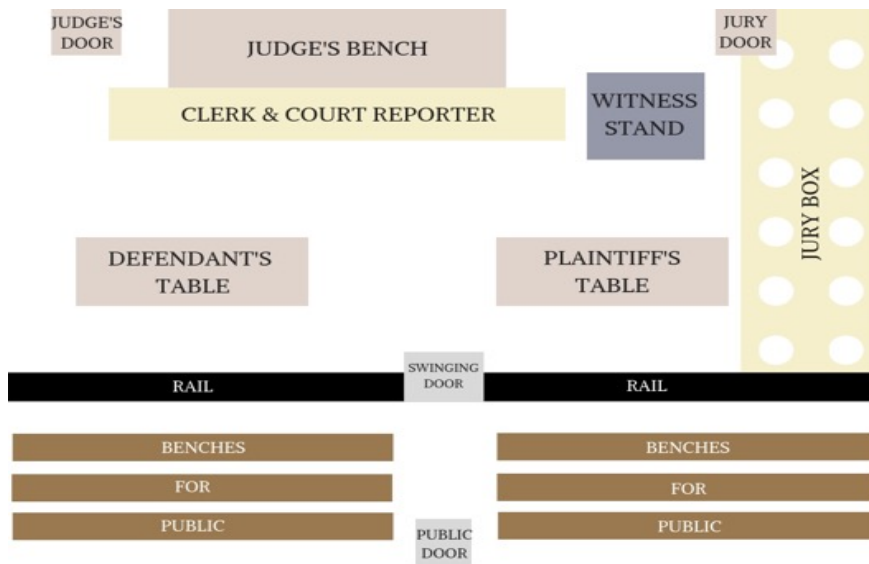


Fig. 3

<sup>3</sup> Si consideri, per esempio, come l'imputato sieda di fronte ai banchi dell'accusa e della difesa, rendendo visibile soltanto il proprio profilo al giudice e a gran parte dei giurati, come emerge dalla Fig. 3.

## 2.2. Gli aspetti critici.

La ricerca condotta ha riscontrato i seguenti aspetti valutati come negativi dal gruppo di ricerca.

### 2.2.1. Problemi informatici.

Nel corso della prima prova i partecipanti non erano adeguatamente preparati in merito al proprio ruolo (giurato o testimone), alle modalità per utilizzare al meglio la piattaforma, a quali accorgimenti adottare in caso di difficoltà tecniche. Questa constatazione ha indotto il gruppo di studio a elaborare tre distinte guide operative dedicate ai giurati, ai testimoni e agli avvocati, allegate in appendice alla relazione.

È stato evidenziato come sarebbe essenziale che venisse fornito un costante supporto tecnico per garantire la verifica continuativa dei soggetti presenti, ciò allo scopo di sollevare il giudice dal compiere tali onerose attività.

In particolare, sono stati riscontrati numerosi problemi relativi alla insufficiente larghezza di banda internet che i singoli partecipanti avevano a disposizione nelle proprie abitazioni o studi professionali, circostanza questa che ha condizionato la qualità della connessione. Le interruzioni del procedimento dovute alla perdita di connettività hanno costituito un problema significativo: in alcuni casi è stata riscontrata la perdita delle immagini relative alla figura di uno o più partecipanti, oppure vari disturbi nella trasmissione audio. Secondo il gruppo di ricerca tali problemi tecnici indicherebbero che c'è ancora molta strada da fare per far sì che l'uso di una piattaforma virtuale non costituisca un serio ostacolo a garantire un giusto processo. Incidenti apparentemente irrilevanti potrebbero determinare un'alterazione nella percezione della prova da parte dei giurati o del giudice, ovvero impedire al testimone o all'imputato di rendere compiutamente la propria dichiarazione.

È stata pertanto segnalata la necessità che sia compito dell'amministrazione della Giustizia fornire hardware e servizi di connettività idonei a garantire a ciascun partecipante di avere un adeguato e paritario accesso alla piattaforma, quindi una eguale diritto di partecipazione al processo. Per esempio, nel corso della seconda prova si è verificato un problema con il server che ha determinato l'impossibilità di vedere in modo continuativo sei giurati e un avvocato. In tale circostanza il giurato era non visibile agli altri partecipanti, mentre lo era al giudice il quale, dunque, ha constatato il problema con notevole ritardo. In un altro caso l'immagine del cancelliere, dopo che costui aveva introdotto ufficialmente il testimone, ha continuato a esser trasmessa mentre il testimone, la cui effigie non era al contrario apparsa, aveva già iniziato a parlare, con la conseguenza che, mentre se ne sentiva la voce, veniva trasmesso il volto del cancelliere.

Questi problemi tecnici hanno reso l'esperienza di tutti i partecipanti molto disorientante. È stato rilevato, infatti, come la mancata visione o ascolto adeguati di sequenze procedurali anche minime potrebbe determinare l'adozione di decisioni non giuste (*"unfair"*). Una trasmissione stabile e adeguata di tutte le sequenze procedurali può essere garantita solo a condizione che vengano forniti hardware e accesso a internet di alta qualità.

### 2.2.2. Fondi, illuminazione, inquadrature.

È stato osservato come il luogo dal quale i partecipanti si connettono alla piattaforma informatica diventa parte integrante dell'aula virtuale.

Le immagini relative allo spazio retrostante ai volti hanno costituito un elemento che non solo ha impoverito la solennità del procedimento, ma ha anche disturbato la concentrazione prestata dai partecipanti, molti dei quali hanno dichiarato di esser stati distratti dai particolari che vedevano negli ambienti dai quali gli altri si connettevano.

È stato pertanto osservato come tutti i partecipanti dovrebbero ricevere chiare istruzioni su come preparare la stanza da cui connettersi, predisponendo uno sfondo semplice e, preferibilmente, monocromatico, ciò anche allo scopo di evitare che l'ambiente inquadrato risulti poco "dignitoso" ai fini istituzionali previsti.

Oltre agli sfondi, anche l'illuminazione ha costituito un fattore determinante nel corretto svolgimento dell'udienza virtuale, rendendo più agevole ovvero più difficile l'osservazione di chi effettua l'intervento.

Precedenti ricerche hanno infatti evidenziato come il contrasto del colore e la temperatura dell'illuminazione potrebbero, per esempio, rendere i volti difficili da distinguere, come emerge dalla Fig. 4, circostanza ancor più significativa in caso di partecipanti con tinte di pelle olivastre o scure<sup>4</sup>.

È stato rilevato come l'impossibilità di osservare adeguatamente i movimenti del volto potrebbe costituire un problema nella rilevazione di elementi prossemici della comunicazione, problema particolarmente rilevante per gli interpreti che debbano tradurre, anche sulla base della lettura labiale, le dichiarazioni rese da testimoni o da imputati alloggiati.



Fig. 4

<sup>4</sup> Cfr. E. ROWDEN, A. WALLACE, D. TAIT, M. HANSON & D. JONES, *Gateways to Justice: Design and Operational Guidelines for Remote Participation in Court Proceedings*, University of Western Sydney, 2013. Appare doveroso segnalare come ad aprile 2020 lo stesso Governo britannico avesse diffuso una serie di consigli sul corretto uso del computer o dello smartphone per partecipare a una udienza virtuale (<https://www.gov.uk/guidance/how-to-join-telephone-and-video-hearings-during-coronavirus-covid-19-outbreak>).

Tali constatazioni hanno indotto a ritenere indispensabile fornire sfondi adeguati, anche di tipo virtuale, recanti uno stemma istituzionale dietro l'immagine del magistrato e raffiguranti stanze neutre per gli altri partecipanti.

La ricerca ha rilevato come la partecipazione virtuale all'udienza spesso abbia determinato in alcuni partecipanti (soprattutto in quelli laici) un atteggiamento meno concentrato e più informale, non adatto alla solennità dell'evento.

È stato osservato infatti come nel corso dell'udienza virtuale il Tribunale avesse incontrato maggiori difficoltà a trasmettere a tutti i partecipanti la propria autorità e come gli imputati prendessero la procedura meno seriamente<sup>5</sup>.

Ciò ha indotto i ricercatori a evidenziare come sia i giudici che gli avvocati dovrebbero indossare gli indumenti tipici delle udienze in Tribunale (toga e parrucca)<sup>6</sup>, anche allo scopo di consentire agli altri partecipanti di identificare rapidamente i soggetti con ruoli istituzionali.

### 2.2.3. Spazio virtuale, comportamenti disfunzionali e fattori di stress.

Nel complesso è stato osservato un generale mutamento delle condotte di tutti i partecipanti verso poli maggiormente informali: sotto questo profilo, i consueti simboli della *gravitas* della funzione giudiziaria, tradizionalmente espressi con l'architettura degli spazi, con particolari indumenti, con specifici rituali, nella transizione all'aula virtuale sono andati persi.

Per tentare di ovviare a tali inconvenienti, è stato proposto di progettare sale di attesa virtuali, nelle quali i partecipanti potrebbero sostare prima del formale inizio dell'udienza. Tali "stanze" virtuali, progettate con il contributo di studiosi di sociologia e psicologia, sarebbero utili per consentire ai partecipanti laici di predisporre mentalmente all'assunzione di precisi ruoli formali nel corso dell'udienza. Progetti di questo tipo sono stati intrapresi dal Dipartimento di giustizia del New South Wales in Australia<sup>7</sup>. In generale è stato ritenuto fondamentale conservare nei limiti del possibile tutti gli aspetti della ritualità, finanche le attese.

La previsione di passaggi tra "soglie" virtuali, infatti, è stato ritenuto un fattore fondamentale per proteggere la solennità dell'evento. Il gruppo di ricerca ha infatti osservato come la progettazione dei Palazzi di Giustizia è stata sempre calibrata sulla necessità di fornire all'utenza precisi segnali su quali comportamenti siano adeguati in relazione ai diversi ambienti: dall'atrio alle cd. *salle des par perdus*, fino all'aula di udienza, ogni aspetto architettonico suggerisce come alle transizioni spaziali deb-

---

<sup>5</sup> M. TERRY, S. JOHNSON & P. THOMPSON, *Virtual Court pilot Outcome evaluation*, London, 2010, Ministry of Justice: <https://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/virtual-courts.pdf>.

<sup>6</sup> "In order to address concerns that video trials encourage a more formal approach to the administration of justice it would be valuable if a coat of arms and an appropriate backdrop could be placed behind the judge. Judges and lawyers should also attend in full court dress" - cfr. prima relazione, 6 (7 del file pdf).

<sup>7</sup> K. KASHYAP, R. LULHAM, L. KLIPPAN, T. MUNRO, K. BRADLEY, J. FAHEY, D. TOMKIN, E. ROWDEN & C. MCKAY, *Court-Custody Audio Visual Links: Designing for equitable justice experience in the use of court custody video conferencing*, Sidney, 2018, University of Technology Sydney, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.designforsocialjustice.xyz/courtappearancesbyvideo>.

bano corrispondere mutamenti nel comportamento di chi si trova ad attraversare il Palazzo<sup>8</sup>.

Un problema assai frequente è stato rappresentato dalle posizioni assunte dai partecipanti rispetto allo schermo. Talvolta l'immagine del rappresentante della pubblica accusa risultava troppo in basso, impedendo di osservarne il volto nell'interezza (cfr. Fig. 5).



Fig. 5

È stato inoltre constatato come molti, soprattutto i giurati, abbiano toccato e mosso lo schermo più volte, avvicinandosi con le mani frequentemente e determinando così un disturbo nell'effetto visivo complessivo di tutti i riquadri contenenti le immagini dei partecipanti (cfr. Fig. 6).



Fig. 6

---

<sup>8</sup> L. MULCAHY, M. ROSSNER & E. ROWDEN, *What if the dock was abolished in criminal courts?*, London, 2020, Howard league for Penal Reform, reperibile al seguente indirizzo: <https://howardleague.org/wp-content/uploads/2020/01/What-if...-the-dock-was-abolished-1.pdf>.



I soggetti “laici” che hanno svolto i ruoli di imputati e testimoni hanno riferito come la partecipazione all’udienza virtuale abbia determinato una sensazione di alienazione e di stress, conseguente alla percezione di trovarsi «*in Tribunale da soli*», una percezione di solitudine nell’aula di udienza virtuale che ha reso più difficile mantenere la concentrazione sulle domande poste e sulle dichiarazioni da rendere. Nel corso del quarto test, come sarà evidenziato, i ricercatori hanno previsto che almeno i giurati partecipassero all’udienza virtuale connettendosi dal medesimo spazio fisico.

Tali reazioni sono state riscontrate in particolar modo nei partecipanti con fragilità psicologica o emotiva. Si è concluso pertanto come sarebbe indispensabile programmare pause più frequenti ma più brevi.

È stata inoltre riscontrata la difficoltà di garantire l’assenza di terzi estranei nel luogo dal quale si sono connessi i partecipanti, nonché di verificare la mancanza di dispositivi informatici o telematici ulteriori rispetto a quelli necessari per il collegamento all’aula virtuale, ovvero l’apertura di ulteriori finestre sul proprio schermo diverse da quella relativa al collegamento con il Tribunale.

Un ulteriore limite riscontrato nella progettazione della ricerca è stato quello di non aver incluso tra i partecipanti soggetti rappresentativi delle categorie più fragili della popolazione, come portatori di disabilità, di ritardi cognitivi o linguistici, anziani.

### 3. Il secondo report: la compresenza dei giurati.

La seconda relazione pubblicata dal gruppo di studio nel mese di giugno 2020 ha sintetizzato i risultati del quarto test eseguito, nel corso del quale tutti i giurati, a differenza dei precedenti test, hanno partecipato all’udienza virtuale connettendosi dal medesimo luogo, distanziati (cfr. Fig. 7)<sup>9</sup>.



Fig. 7

<sup>9</sup> «*Jurors attended the virtual courtroom via the monitors supplied but deliberated in person in socially distanced spacing*» - cfr. 4 della seconda relazione (5 del file pdf).

In particolare il test ha previsto che ogni giurato avesse a disposizione un paio di cuffie (con particolari funzioni di isolamento dal rumore ambientale) e due monitor, uno destinato alla visualizzazione dell'aula di udienza virtuale e l'altro alla consultazione di eventuali atti processuali acquisiti, come l'esame di verbali di sopralluogo o di fotografie che risultassero utili per valutare l'attendibilità delle dichiarazioni di un testimone (cfr. Fig. 8).



Fig. 8

L'ambiente nel quale i giurati si sono riuniti era caratterizzato da pareti monocromatiche, così da consentire che tutti i partecipanti avessero uno sfondo uniforme dietro di loro.

All'esito di questa ricerca è emerso come le persone riunite nel medesimo spazio fisico e in grado di osservare lo stesso fatto siano portate successivamente a fondare le proprie valutazioni sui medesimi aspetti ritenuti principali, contrariamente a quanto avviene quando la partecipazione avviene virtualmente, da luoghi diversi. La connessione all'aula virtuale da luoghi separati, infatti, ha determinato una maggiore differenziazione della percezione del medesimo fatto. Tale circostanza potrebbe determinare una importante conseguenza sulla comunicazione tra i giurati in sede di discussione sulla decisione da adottare, potendosi verificare il rischio di constatare d'aver vissuto nel corso del procedimento esperienze cognitive completamente diverse.

Anche in questa seconda ricerca è stato tuttavia rilevato come la natura virtuale dei procedimenti potrebbe determinare un maggior rischio che informazioni rilevanti per la decisione vengano ignorate o non colte adeguatamente dai giurati, dal giudice e dagli avvocati, aumentando la probabilità di sentenze di condanna errate.

Un ulteriore aspetto evidenziato è stato quello relativo alla disparità socio-tecnologica dei partecipanti. La ricerca ha rilevato come l'accesso e l'uso efficaci della tecnologia differiscano in base all'età, al reddito, all'istruzione, alle abilità intellettive e fisiche, con conseguente rischio che un testimone o l'imputato possano partecipare con maggiori difficoltà alla complessa interazione che si svolge nell'aula di udienza.

#### 4. La valutazione sul processo virtuale da parte dell'organizzazione non governativa "Fair Trials" e alcune considerazioni finali.

Nel 1992 è stata costituita "Fair Trials", un'organizzazione non governativa registrata nel Regno Unito che ha lo scopo di verificare il rispetto delle garanzie del giusto processo nei giudizi penali celebrati nei vari Paesi del mondo.

Nel mese di giugno 2020 detta organizzazione ha rilevato come il 67% degli avvocati inglesi abbiano manifestato valutazioni critiche sul processo penale da remoto, evidenziando come la modalità virtuale avrebbe determinato un impatto negativo sia sulla comunicazione tra l'imputato e il proprio difensore, sia sulla interazione nell'aula di udienza da parte dei vari soggetti con ruoli istituzionali, con particolare riferimento all'esame e al controesame<sup>10</sup>. Oltre a tali difficoltà sono state registrate molte voci critiche in merito alla frequente impossibilità per gli avvocati di accedere ai fascicoli processuali di carta, conservati nelle cancellerie o nelle stazioni di polizia, uffici questi spesso chiusi a causa delle limitazioni degli accessi per il pubblico. Ciò, è stato osservato, ritarda i tempi con i quali la difesa può accedere a documenti rilevanti, determinando di fatto una illegittima disparità nei confronti della pubblica accusa.

Le conclusioni cui sono giunte le due relazioni curate dall'Università di Oxford sembrano sovrapponibili alle numerose perplessità formulate, nel nostro Paese, con modalità e toni diversi, da attenti osservatori e analisti, sia in dottrina che tra esponenti dell'avvocatura. Due dati paiono comunque emergere.

Il primo, che l'adozione di una modalità virtuale di celebrazione del processo penale non può prescindere da un lungo periodo di effettuazione di test, di sperimentazioni sul campo virtuale, di attente osservazioni *in vitro*, sottoposte a scrupolose analisi da parte di attenti osservatori, ciò al fine di evitare di avventurarsi su un tema così delicato come la coniugazione delle garanzie processuali con lo sviluppo tecnologico. Lo stesso gruppo di ricerca dell'Università di Oxford ha rilevato la necessità di condurre numerose altre sperimentazioni con la partecipazione di soggetti appartenenti a diverse estrazioni sociali, culturali, intellettive, ciò allo scopo di verificare la flessibilità del medium tecnologico alle vulnerabilità sociali di chi si trova a esser coinvolto in un processo penale.

Il secondo aspetto riguarda il dato economico: il processo da remoto esige strutture, spazi, hardware e implementazioni informatiche che rappresentano un costo molto elevato per l'amministrazione dello Stato. Dalle ricerche condotte dall'Università di Oxford è emerso come la celebrazione di un'udienza virtuale non possa prescindere da circostanze molto concrete, come la larghezza di banda internet disponibile; la presenza di personale tecnico pronto a intervenire per risolvere eventuali malfunzionamenti; la corretta formazione tecnologica di cancellieri, giudici e avvocati; la disponibilità di computer, monitor, cuffie, locali adeguati ove accogliere i testimoni; l'adozione di procedure rigorose per garantire la sicurezza fisica e la libertà morale di chiunque partecipi al processo.

---

<sup>10</sup> Il documento è reperibile presso il seguente indirizzo web: [https://www.fairtrials.org/sites/default/files/publication\\_pdf/Beyond%20the%20emergency%20of%20the%20COVID-19%20pandemic.pdf](https://www.fairtrials.org/sites/default/files/publication_pdf/Beyond%20the%20emergency%20of%20the%20COVID-19%20pandemic.pdf).

In assenza delle indispensabili sperimentazioni, dei necessari adeguamenti organizzativi nell'Amministrazione della Giustizia, delle imprescindibili implementazioni informatiche e tecnologiche, qualsiasi tentativo di celebrare una udienza virtuale rischia di essere un tentativo avventuroso, idoneo a determinare un pericoloso annichimento delle garanzie processuali predisposte per il corretto accertamento del fatto.

# INFORTUNI SUL LAVORO: LA PRESENZA DI ETICHETTATURE DI SICUREZZA SUI MACCHINARI NON ESCLUDE IL DOVERE DI INFORMAZIONE, FORMAZIONE E VIGILANZA DEL DATORE DI LAVORO

Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 14 ottobre 2020. n. 1357,  
Lapalorcia Presidente – Gai Relatore – Seccia P.M.

**Massimiliano Oggiano\***

## MASSIMA

Il datore di lavoro che non abbia correttamente vigilato sulle attività svolte dal singolo lavoratore e si sia limitato ad attestare la generica formazione del dipendente sull'impiego dei macchinari, contrassegnati con apposita etichettatura diretta a prevenirne l'uso improprio, risponde penalmente dell'infortunio occorso all'operaio in conseguenza di un errato utilizzo del macchinario. La Corte ha confermato la sentenza di condanna del datore di lavoro chiamato a rispondere del reato di lesioni personali gravi in danno del dipendente che, intento all'utilizzo di un forno per la cottura di dolci, veniva investito dalla deflagrazione del macchinario conseguente all'introduzione nello stesso di prodotti dolciari preparati con base alimentare alcolica.

**Sommario:** **1.** La fattispecie concreta. – **2.** Lo sviluppo processuale della vicenda. – **3.** L'approdo giurisprudenziale in esame. – **4.** Le cautele relative all'obbligo di informazione e formazione imposte al datore di lavoro. – **5.** Il dovere di vigilanza. – **6.** Osservazioni critiche e conclusioni.

## Abstract

*La sentenza in esame, concentrando ogni valutazione in merito alla penale responsabilità sulle sole condotte di omessa informazione, formazione e vigilanza da parte del datore di lavoro, svaluta pressoché totalmente la condotta pericolosa tenuta dal lavoratore. Con il presente commento si tenta di offrire una lettura alternativa della vicenda sottesa al giudizio penale e si stimola una riflessione sul tema della causalità e della dimensione soggettiva della colpa.*

*The ruling in question focuses every assessment on criminal liability exclusively on omission of inform, train and supervise by the employer and almost totally devalues the dangerous conduct of the worker. With this note we try to offer an alternative reading of the events behind the criminal judgment and inspire a reflection about causality and the subjective dimension of guilt.*

---

\* Avvocato penalista.

## 1. La fattispecie concreta.

In data 2 dicembre 2010, il signor D.P., dipendente con mansioni di pasticciare presso la D. S.r.l., subiva lesioni personali gravi in conseguenza dell'esplosione di un forno rotativo modello Quasar, alimentato a gas di petrolio liquefatto (GPL), all'interno del quale il suddetto lavoratore aveva introdotto una notevole quantità di biscotti, tra i cui ingredienti figuravano anche sostanze a base alcolica, indicate come pericolose in un cartellino di avvertenza applicato sul vetro del medesimo macchinario.

## 2. Lo sviluppo processuale della vicenda.

In seguito all'infortunio, pacificamente verificatosi a causa dell'introduzione nel vano cottura del forno di alimenti che, raggiunta una determinata temperatura avrebbero rilasciato vapori altamente infiammabili cagionando così l'esplosione del macchinario, era stato avviato un procedimento penale a carico del datore di lavoro, imputato del delitto di cui all'art. 590, commi 1, 2 e 3 del codice penale, commesso in violazione delle cautele imposte dall'art. 71, commi 1, 2 e 4 del D.Lgs. 81/08 e del reato contravvenzionale previsto dall'art. 87, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 81/08.

All'esito dell'esperimento dibattimentale di primo grado, il Tribunale di Palermo, in composizione monocratica, in data 23 dicembre 2015, condannava l'imputato alla pena di mesi sei di reclusione. La sentenza veniva parzialmente confermata in sede di gravame. La Corte di Appello panormita, invero, pronunciata l'estinzione del reato contravvenzionale di cui all'art. 87, commi 2, lett. b) del D.Lgs. 81/08 per intervenuta prescrizione, riduceva la pena inflitta a tre mesi di reclusione. Avverso quest'ultima decisione l'imputata, tramite il proprio difensore di fiducia, proponeva ricorso per cassazione lamentando vizi di motivazione e travisamento della prova.

La Suprema Corte, chiamata, una prima volta, a decidere sulle doglianze attinenti alla contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione nonché al travisamento della prova - posto che non si era debitamente considerata la circostanza per la quale sul vetro del forno era presente una targhetta gialla recante il divieto di introdurre per la cottura alimenti contenenti sostanze alcoliche volatili e che il lavoratore aveva a sua disposizione un altro forno, accanto a quello utilizzato, nel quale potevano essere immessi per la cottura anche i dolci con base alcolica - accoglieva il motivo di ricorso ed annullava con rinvio la sentenza impugnata.

Le ragioni che conducevano alla predetta decisione possono essere così sintetizzate: premesso e ribadito che «*il sistema della normativa antinfortunistica si è evoluto, passando da un modello "iperprotettivo", interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, quale soggetto garante investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello "collaborativo", in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori*»<sup>1</sup>, si rileva come, da un lato, la Corte di merito non si

---

<sup>1</sup> Principio più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità. Si segnalano, tra le molteplici pronunce: Cass. pen., Sez. IV, 3.2.2015, n. 15172; Cass. pen., Sez. IV, 10.4.2015, n. 26263; Cass. pen., Sez. IV, 5.5.2015, n. 41486; Cass. pen., Sez. IV, 17.6.2015, n. 36040; Cass. pen., Sez. IV, 14.7.2015, n. 36882; Cass. pen., Sez. IV, 10.2.2016, n. 8883; Cass. pen., Sez. IV, 12.4.2016, n. 33587; Cass. pen., Sez. IV, 3.5.2016, n. 40702; Cass. pen., Sez. IV, 11.5.2016, n. 24139; Cass. pen., Sez. IV, 20.10.2016, n.

sia adeguatamente soffermata nella valutazione dell'adempimento da parte dell'imputata degli obblighi di cautela gravanti sul datore di lavoro né sulla condotta contraria all'indicazione riportata sull'etichetta applicata sul forno, tenuta dall'imprudente lavoratore, dall'altro, il medesimo collegio giudicante abbia dato particolare risalto a circostanze insufficienti a sostenere una pronuncia di condanna. Tra queste ultime si annoverano: (i) le dichiarazioni superficiali della persona offesa che, in merito alla violazione del divieto di introduzione nel forno di preparati dolciari con base alcolica indicato nell'etichetta presente sul vetro del macchinario ed alla sottoscrizione del documento che attestava l'avvenuta formazione sull'utilizzo dei macchinari, si è trincerato dietro molteplici «*non ho visto*», «*non ho letto*», «*non ho prestato attenzione a quello che firmavo*»; (ii) l'asserita, ma non provata, consapevolezza da parte dell'imputata – che, peraltro, aveva messo a disposizione dei lavoratori un altro forno adatto alla cottura di prodotti dolciari a base alcolica – della prassi di utilizzo improprio del forno esploso.

In seguito all'esito del giudizio di rinvio avanti alla Corte di Appello di Palermo – che si concludeva con una nuova sentenza di conferma della condanna emanata dal Tribunale nel primo grado di giudizio – il processo giungeva nuovamente al vaglio della Corte di legittimità la quale, con la sentenza in commento, annullava la sentenza solo in ordine al trattamento sanzionatorio che ricomputava in mesi tre di reclusione e rigettava, nel resto, il ricorso, dichiarandolo infondato.

### 3. L'approdo giurisprudenziale in esame.

Alla decisione oggetto del presente commento, la Suprema Corte giunge mediante un percorso argomentativo che – superando le censure di contraddittorietà e di manifesta illogicità della motivazione d'appello, nonché quelle di travisamento delle prove, mosse dal ricorrente – si radica sul seguente assunto: il consolidato orientamento giurisprudenziale che evidenzia il passaggio della normativa antinfortunistica da un modello iperprotettivo ad un modello collaborativo non esonera il datore di lavoro dall'obbligo di svolgere un'adeguata attività di informazione-formazione sul rischio specifico collegato all'impiego di determinati macchinari ed attrezzature, né da quello di vigilanza sul rispetto delle norme antinfortunistiche. Pertanto, da un lato, l'obbligo di informazione sui rischi non può ritenersi adempiuto mediante la mera presenza di etichette di avvertimento posizionate sui macchinari, dall'altro l'obbligo di formazione specifico relativo all'impiego dei macchinari non può dirsi provato dalla mera sottoscrizione di moduli generici attestanti l'avvenuta formazione sull'utilizzo delle apparecchiature a disposizione del lavoratore. Di tal ché, l'infortunio occorso al lavoratore nel compimento di attività altamente rischiose, contrarie alle cautele imposte, svolte, peraltro, anche da altri dipendenti e note al datore di lavoro (le cui

3300; Cass. pen., Sez. IV, 27.10.2016, n. 38531; Cass. pen., Sez. IV, 20.12.2016, n. 4225; Cass. pen., Sez. IV, 21.2.2017, n. 24923; Cass. pen., Sez. IV, 9.3.2017, 15178; Cass. pen., Sez. IV, 29.11.2017, n. 2338; Cass., pen. Sez. IV, 29.11.2017, n. 10363; Cass. pen., Sez. IV, 16.1.2018, n. 15186; Cass. pen., Sez. IV, 16.1.2018, n. 7685; Cass. pen., Sez. IV, 21.2.2018, n. 17392; Cass. pen., Sez. IV, 22.2.2018, n. 36715; Cass. pen., Sez. IV, 28.3.2018, n. 18409; 19.4.2018, n. 58299; Cass. pen., Sez. IV, 24.5.2018, n. 26855; Cass. pen., Sez. IV, 5.6.2018, n. 34805; Cass. pen., Sez. IV, 14.6.2018, n. 50293; Cass. pen., Sez. IV, 5.7.2018, n. 36024; Cass. pen., Sez. IV, 27.11.2018, n. 16175.

conseguenze erano pertanto prevedibili) genera responsabilità penale in capo al titolare della posizione di garanzia.

#### 4. Le cautele relative all'obbligo di informazione e formazione imposte al datore di lavoro.

Per comprendere al meglio la portata della decisione in esame appare utile rievocare, in estrema sintesi il quadro delle cautele di carattere generale, attinenti ai doveri di informazione e formazione, che gli artt. 15 e 18 del D.Lgs. 81/08 impongono al datore di lavoro.

L'art. 15 individua, tra le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, «*l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori*».

I due termini trovano definizione nell'art. 2, lett. aa) e bb) che, rispettivamente, descrivono la formazione come il «*processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili all'acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi*» e l'informazione come il «*complesso delle attività dirette a fornire conoscenze utili alla identificazione, alla risoluzione e alla gestione dei rischi in ambiente di lavoro*».

L'obbligo di impartire adeguata informazione, formazione ed addestramento è peraltro chiaramente sancito all'art. 18, lett. l), del D.Lgs 81/08 il quale fa rinvio alle norme di cui agli artt. 36 e 37 del D.Lgs. 81/08, per l'individuazione delle specifiche modalità di adempimento<sup>2</sup>.

L'art. 36 impone al datore di lavoro di provvedere affinché il lavoratore riceva un'adeguata informazione<sup>3</sup> (facilmente comprensibile) , tra l'altro, «*sui rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi alla attività della impresa in generale*»; «*sui rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia*»; «*sui pericoli connessi all'uso delle sostanze e delle miscele pericolose sulla base delle schede dei dati di sicurezza previste dalla normativa vigente e delle norme di buona tecnica*»; «*sulle misure e le attività di protezione e prevenzione adottate*».

L'art. 37, d'altro canto, individua i canoni dell'adempimento dell'obbligo di formazione da esperirsi, in particolare, anche «*in merito ai rischi specifici di cui ai Titoli del*

---

<sup>2</sup> In argomento FANTINI, GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione, la prassi*, Giuffrè, 2011, 179 ss.; CINQUINA, *La formazione continua per la sicurezza dei lavoratori*, in *Sicurezza&Ambiente*, 2012, 10, 38 ss.; CAROLLO, *Informazione e formazione dei lavoratori*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2008, 489 ss.; MICHELETTI, *I reati concernenti la gestione del rischio lavorativo ordinario*, in GIUNTA, MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, 251 ss.

<sup>3</sup> Osserva attenta dottrina come il fatto che la formazione, ancorché atipica, debba essere sufficiente ed adeguata, evoca dubbi sotto il profilo della necessaria determinatezza della fattispecie penale. Trattandosi, poi, di un parametro che fonda la responsabilità colposa, è necessario che a tale valutazione si proceda con un criterio *ex ante*, ovvero di prognosi postuma a base parziale. In tal senso MICHELETTI, *I reati concernenti la gestione del rischio lavorativo ordinario*, cit., 260.



[...] *decreto successivi al primo*». Tra i titoli di particolare interesse nella presente sede rientra evidentemente il Titolo III, «*Uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale*», ove si collocano le disposizioni di cui agli artt. 71 e 73.

La prima delle due norme impone al datore di lavoro una serie di obblighi in fase di scelta delle attrezzature, in fase di loro installazione, utilizzo e manutenzione: il datore di lavoro è tenuto a prendere in considerazione, all'atto della scelta delle attrezzature di lavoro, i rischi derivanti dall'impiego delle attrezzature stesse ed è tenuto, «*al fine di ridurre al minimo i rischi connessi all'uso delle attrezzature di lavoro e per impedire che dette attrezzature possano essere utilizzate per operazioni e secondo condizioni per le quali non sono adatte*», ad adottare adeguate misure tecniche ed organizzative, tra le quali quelle dell'allegato VI al Testo Unico. È bene soffermarsi rapidamente anche sulle predette misure tra le quali, per quanto di interesse nella presente sede, si annoverano quelle inerenti all'utilizzo delle attrezzature, vietato «*per operazioni e secondo condizioni per le quali non sono adatte*» (par. 1.0.1) e quelle che, «*presso le macchine e gli apparecchi dove sono effettuate operazioni che presentano particolari pericoli per prodotti o materie: infiammabili, esplosivi...*», impongono «*l'esposizione [del]le disposizioni e [del]le istruzioni contenenti la sicurezza delle specifiche lavorazioni*».

La seconda delle due norme specifica il contenuto degli obblighi di informazione, formazione e addestramento relativi alle condizioni di impiego delle attrezzature. Nel dettaglio, la norma impone al datore di lavoro di fornire ai lavoratori incaricati dell'uso di ogni attrezzatura di lavoro «*ogni necessaria informazione e istruzione*» e «*un addestramento adeguato*» in relazione «*alle condizioni di impiego delle attrezzature*» ed «*alle situazioni anormali prevedibili*» nonché «*di informare i lavoratori sui rischi cui sono esposti durante l'uso delle attrezzature di lavoro*».

*Per come è stato efficacemente osservato in dottrina, l'obbligo di informazione, formazione ed addestramento «va evaso proprio perché del lavoratore bisognerà poi potersi fidare»<sup>4</sup>.*

Il quadro normativo sinteticamente richiamato raccoglie l'insieme degli obblighi cautelari specifici di matrice normativa a cui è tenuto il datore di lavoro ai quali, naturalmente, si accompagnano quelli di matrice «*autovalutativa*» frutto dell'elaborazione del documento di valutazione dei rischi.

Non è dato esprimersi sullo specifico adempimento degli stessi da parte del datore di lavoro nel caso in esame, se non facendo ricorso alle scarse informazioni riportate nella sentenza in commento, le quali pongono in evidenza due sole circostanze: la prima consistente nella presenza di un'etichetta che informava tutti gli utilizzatori del forno del pericolo di combustione interna in presenza di prodotti alcolici in cottura; la seconda rappresentata dall'avvenuta sottoscrizione, da parte del lavoratore di un documento che attestava la generica formazione ricevuta dal lavoratore in merito all'utilizzo delle attrezzature di lavoro.

---

<sup>4</sup> GROTTO, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità nella colpa*, in *DPC*, 22 settembre 2012, 5.

## 5. Il dovere di vigilanza.

In quanto «*principale debitore di sicurezza*»<sup>5</sup>, il datore di lavoro non esaurisce i suoi obblighi con la mera adozione delle misure atte a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro, in larga parte già enumerate<sup>6</sup>. Egli ha anche un non meno importante compito: deve necessariamente vigilare sulla «*concreta attuazione, momento per momento, della disciplina e dell'organizzazione aziendale*»<sup>7</sup>.

In termini più specifici: «*Il datore di lavoro è portatore di un dovere di prevenzione tecnica ed organizzativa, di un dovere di prevenzione informativa e formativa e di un dovere di vigilanza e controllo*»<sup>8</sup>

Il Testo Unico, diversamente a quanto accade per i concetti di «*informazione*», «*formazione*» e «*addestramento*», non offre una definizione normativa dell'attività di vigilanza demandata, in ordine crescente rispetto al momento di concreta esecuzione dell'attività lavorativa, al datore di lavoro, al dirigente ed al preposto (figure, queste ultime due, assolutamente eventuali nel sistema della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro)<sup>9</sup>. Tale dovere, tuttavia, è espressamente contemplato da diverse norme del decreto.

L'obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro è, invero, canonizzato dall'art. 18, comma 3-bis, del D.Lgs. 81/08, introdotto dall'art. 13 del D.Lgs. 106/09, il quale dispone che «*Il datore di lavoro e i dirigenti sono tenuti altresì a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25, ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti*».

In particolare, tra gli obblighi di vigilanza del datore di lavoro, rientrano anche quelli di vigilanza sui lavoratori tenuti al rispetto delle prescrizioni indicate nell'art. 20 del D.Lgs. 81/08<sup>10</sup>. È la predetta norma che indica, quale obbligo specifico dei lavoratori, sul quale il datore di lavoro è tenuto a vigilare, quello di «*utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e le miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza*»<sup>11</sup>.

La dottrina si è spesso soffermata a chiedersi «*fino a quale limite possa e debba giungere il controllo sull'attività dei dipendenti; se possa umanamente pretendersi*

---

<sup>5</sup> TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro - profili penali*, Giappichelli, 2019, 84.

<sup>6</sup> Sul tema si segnala PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Jovene, 2012, 53 ss.

<sup>7</sup> BLAIOTTA, *Diritto Penale e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2020, 37.

<sup>8</sup> GROTTA, *op. cit.*, 2.

<sup>9</sup> Si vedano gli artt. 2, lettere d) ed e) e l'art. 18, comma 3, bis, del Testo Unico.

<sup>10</sup> Per un esame più puntuale degli obblighi del lavoratore si segnala MACALUSO, *Il ruolo del lavoratore nella normativa prevenzionistica tra obblighi e tutele*, in *ISL*, 2011, 265 ss.

<sup>11</sup> Obbligo del lavoratore penalmente sanzionato con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda da euro 200 ad euro 600, dall'art. 59, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 81/08.

*che il garante si trasformi in una sorta di angelo custode che senza soluzione di continuità sorvegli ogni momento dell'attività dei lavoratori»<sup>12</sup>.*

La risposta a più riprese ribadita e talvolta recepita anche dalla giurisprudenza di legittimità è quella secondo la quale l'obbligo di vigilanza non può dirsi assoluto e onnicomprensivo<sup>13</sup>.

Esso incontra diversi limiti, tra cui: (i) l'impossibilità di vigilare con costanza sull'operato di ciascun lavoratore; (ii) l'affidamento riposto dal datore di lavoro sulla diligenza, prudenza e perizia del lavoratore nei cui confronti sono stati scrupolosamente adempiuti tutti gli obblighi di informazione, formazione ed addestramento ed al quale sono stati puntualmente forniti di tutti gli strumenti di prevenzione e protezione individuale e collettiva.

In ordine al primo dei due limiti giova precisare che l'obbligo di vigilanza può ritenersi adempiuto attraverso *«un controllo che si uniformi ad uno standard di diligenza modulato sulla base della concreta attività, delle mansioni svolte e del contesto lavorativo»<sup>14</sup>*. Esso, dunque, non comporta un obbligo di *«presenza continua [del datore di lavoro] sul luogo di lavoro»<sup>15</sup>*. In ordine al secondo dei due limiti, appare utile un richiamo all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale *«il sistema della normativa antinfortunistica, si [sia] lentamente trasformato da un modello "iperprotettivo", interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro che, in quanto soggetto garante era investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori [...], ad un modello "collaborativo" in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori»* per cui *«Il datore di lavoro non ha più, dunque, un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, come in passato, ma una volta che ha fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione ed ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, egli non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore»<sup>16</sup>*.

È stato efficacemente sostenuto in dottrina che *«al datore di lavoro l'organizzazione del lavoro, ma, con la stessa organizzazione del lavoro (e la formazione del lavoratore sicuramente rientra in tale concetto, visto che possono essere addetti allo svolgimento delle attività lavorative solo i lavoratori che siano stati adeguatamente formati), egli si spoglia del dominio attuale sulle singole fasi dell'attività industriale. Il dominio su ciascuna, specifica, unitaria attività lavorativa, magari ripetuta diverse volte nell'arco di una giornata di lavoro, non ce l'ha il datore di lavoro ma il singolo lavoratore»<sup>17</sup>*.

---

<sup>12</sup> BLAIOTTA, *op. cit.*, 37.

<sup>13</sup> Si segnala, sul tema, MASCIOCCHI, *Sicurezza sul lavoro: profili di responsabilità*, Ipsoa, 2010, 355.

<sup>14</sup> TORDINI CAGLI, *op. cit.*, 85.

<sup>15</sup> DEBERNARDI, *Omessa vigilanza dell'imprenditore ed incuria del lavoratore*, in *GI*, 2004, 7.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. IV, 5.5.2015, n. 41486.

<sup>17</sup> GROTTA, *op. cit.*, 10, l'autore prosegue *«se quel che conta è la signoria rispetto alla produzione dell'evento dannoso o pericoloso, anche l'attività di vigilanza dovrà essere parametrata di conseguenza. Essa non potrà, quindi, estrinsecarsi in un controllo capillare ed incessante di tutto quanto fanno i lavoratori previamente formati, ma dovrà atteggiarsi a verifica sull'adeguatezza generale dell'assetto produttivo. Così secondo quelli che sono i canoni "classici" del principio di affidamento, il contenuto della posizione di controllo potrà essere ricostruito nei seguenti termini: il datore di lavoro deve organizzare il lavoro in maniera tale da garantire la sicurezza dei lavo-*

I concetti, parzialmente ribaditi, solo in via di premessa argomentativa, finanche nella sentenza in commento, non hanno condotto, nel caso in esame, all'esonero di responsabilità del datore di lavoro, colpevole, secondo la prospettazione offerta dalla Suprema Corte, oltre che di non aver adempiuto il dovere di vigilanza, data la pacifica ammissione di non essersi mai recato presso il laboratorio di pasticceria ove era avvenuto il sinistro, anche di non aver ottemperato ai doveri di informazione e di formazione specifica mediante i quali il lavoratore sarebbe potuto esser reso edotto del pericolo derivante dall'immissione in cottura nel forno di alimenti contenenti sostanze alcoliche.

L'esclusione del carattere abnorme ovvero anche solo esorbitante della condotta del lavoratore e l'asserita (seppur in modo alquanto lapidario e contraddittorio) conoscenza della prassi operativa contraria alle cautele riportate sull'etichetta apposta sul forno da parte del datore di lavoro - che, pur tuttavia, non pare aver partecipato o assistito direttamente alla condotta incauta, posto che non si sarebbe mai recato nel laboratorio di pasticceria - hanno orientato la decisione della Corte di legittimità verso il sostanziale rigetto del ricorso.

## 6. Osservazioni critiche e conclusioni.

Le argomentazioni logico-guridiche offerte nella motivazione della sentenza in commento, ad avviso chi scrive, svalutano in modo eccessivo la condotta imprudente del lavoratore e finiscono, da una parte per relegare nell'ombra i principi che governano la responsabilità colposa, dall'altra per rialimentare una ormai sopita tendenza giurisprudenziale che, sulla base di un generico e onnicomprensivo dovere di impedire l'evento, scarica sul datore di lavoro la responsabilità di ogni evento lesivo dell'incolumità del lavoratore legato all'espletamento dell'attività lavorativa.

Ed invero, ancorate ad un'asettica valutazione *ex post* della condotta del datore di lavoro (seppur carente in ordine ai doveri di informazione, formazione del lavoratore e di vigilanza sul suo operato), trascurano del tutto il comportamento imprudente della persona offesa dal reato, di rilevante importanza nella più volte menzionata prospettiva di "collaborazione" tra garante e garantito che caratterizza l'attuale sistema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

Una valutazione più attenta che si cali con maggior scrupolo sui principi che governano la responsabilità colposa in ambito penale avrebbe, a sommosso avviso del sottoscritto, potuto condurre ad un esito non del tutto aderente a quello offerto dalla Suprema Corte<sup>18</sup>.

---

*ratori e deve periodicamente verificare la congruità del sistema implementato rispetto ai rischi effettivamente presenti, salvo un dovere di immediato intervento correttivo nelle situazioni in cui l'inaffidabilità del lavoratore emerge in concreto».*

<sup>18</sup> Sul tema della doppia dimensione della colpa si veda CANESTRARI, La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, 2011, 73 ss.; CASTRONUOVO, L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1613 ss.; MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1988, 303; GIUNTA, La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; BLAIOTTA, *op. cit.*, 281.

La sentenza in commento pone ampiamente in risalto come «*La circostanza che il forno era utilizzato da più lavoratori, anche per la cottura di prodotti contenenti sostanze vietate e la notorietà di tale circostanza erano elementi, secondo la sentenza impugnata, che conducevano a ritenere che il comportamento del D., il giorno del fatto, fosse prevedibile, posto che tale condotta era stata tenuta da lui come da altri dipendenti in molteplici occasioni e che, dunque, la condotta del lavoratore non poteva dirsi abnorme o esorbitante*».

Per come sapientemente precisato dalla Suprema Corte in altra precedente pronuncia, tuttavia: «*l'agire imprudente del lavoratore può rilevare o nell'ottica dell'elemento oggettivo del reato, sotto il profilo dell'interruzione del nesso causale, oppure nell'ottica dell'elemento soggettivo, sotto il profilo dell'esclusione della colpa del datore di lavoro*»<sup>19</sup>. Ed allora, quand'anche fosse stato escludibile, come nel caso di specie, il carattere abnorme della condotta del lavoratore<sup>20</sup> – idoneo ad interrompere, ai sensi dell'art. 41, comma 2, del codice penale, il nesso causale tra la condotta colposa del datore di lavoro e l'evento occorso<sup>21</sup> – sarebbero rimaste comunque da valutare, (i) da un lato, la cosiddetta causalità della colpa in relazione all'addebito inerente all'omessa formazione ed informazione dei lavoratori sul rischio connesso all'impiego del forno in modo improprio ed in contrasto con quanto indicato nelle istruzioni applicate, bene in vista, sul vetro del medesimo<sup>22</sup>, (ii) dall'altro la dimensione soggettiva della colpa in ordine all'omessa vigilanza sulle singole operazioni di cottura dei prodotti dolciari da parte del datore di lavoro.

In altri termini, sarebbe stato necessario, sempre a sommosso avviso dello scrivente, verificare se la violazione delle specifiche regole cautelari che impongono i doveri di informazione e formazione dei lavoratori sia eziologicamente connessa con l'evento che si è verificato.

Nel caso di specie non sembra peregrino ipotizzare che qualsivoglia attività di informazione e formazione diretta a rendere edotto il lavoratore dei rischi collegati all'impiego errato del forno non sarebbe stata idonea ad escludere in radice un comportamento imprudente del lavoratore, il quale, in veste di addetto alla cottura dei preparati dolciari, non poteva non essere a conoscenza dei rischi (peraltro chiaramente indicati sul macchinario medesimo) insiti nell'immissione di sostanze alcoliche altamente infiammabili all'interno di un forno a gas GPL. In altri termini «*se la*

---

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. IV, 16.4.2019, n. 1021.

<sup>20</sup> Intesa come tale quella «*radicalmente, ontologicamente lontana dalle ipotizzabili e quindi prevedibili scelte, anche imprudenti del lavoratore nell'esecuzione del lavoro*» Cass. pen., Sez. IV, 10.11.2009, n. 7267.

<sup>21</sup> Essendo, per come correttamente osservato anche in giurisprudenza, «*L'operatività dell'art. 41, comma 2, cod. pen., [...] circoscritta ai casi in cui la causa sopravvenuta inneschi un rischio nuovo e del tutto incongruo rispetto al rischio originario, attivato dalla prima condotta*». Cass. pen., Sez. IV, 16.4.2019, n. 2021 e, nei medesimi termini, Cass. pen., Sez. IV, 3.5.2016, n. 25689; Cass. pen., Sez. IV, 10.3.2016, n. 15493.

<sup>22</sup> Sebbene secondo parte della giurisprudenza non sia coerente con lo scopo della normativa la formazione fatta con la consegna, al lavoratore, di un manuale di sicurezza cartaceo contenente le norme generali di comportamento (Cass. pen., Sez. IV, 16.11.2006, n. 41997), ovvero del libretto di istruzioni di una macchina (Cass., pen., Sez. IV, 8.11.2005, n. 14175), è da valutarsi se l'indicazione chiaramente riportata su evidente etichettatura presente sul vetro del forno possa o meno rappresentare idonea informazione al lavoratore.

formazione serve per mettere il lavoratore nelle condizioni di fronteggiare un rischio specificamente legato alle mansioni cui lo stesso è addetto, non vi sarà nesso della cosiddetta causalità della colpa quando l'evento sia estrinsecazione di un rischio comunemente fronteggiabile da un agente avveduto»<sup>23</sup>.

Peraltro, la stessa circostanza per la quale l'utilizzo incorretto del forno sarebbe stato noto a tutti i lavoratori, porterebbe a ritenere che non fosse la condizione di personale ignoranza del rischio alla base del comportamento imprudente del lavoratore quanto piuttosto un suo atteggiamento di superficialità (già rilevato nella prima sentenza di annullamento con rinvio emanata dalla Suprema Corte e per come evidenziato al paragrafo 2) e che, pertanto, il lavoratore non avrebbe mutato la sua condotta neppure in presenza di una corretta e completa informazione e formazione da parte del datore di lavoro.

Rimane da esaminare l'ultima censura mossa al datore di lavoro, inerente all'omessa vigilanza sull'operato del lavoratore. Anch'essa, naturalmente richiama i connotati della colpa penale e deve pertanto essere valutata sia nella sua dimensione oggettiva, incentrata sulla condotta posta in essere in violazione della norma cautelare che impone al datore di lavoro di vigilare sull'adempimento degli obblighi di sicurezza da parte del lavoratore, sia sotto il profilo soggettivo, connesso alla concreta possibilità dell'agente di osservare, nel concreto e nei termini contestati, la predetta regola cautelare.

Pacifica può ritenersi l'omissione legata all'asserita permanente assenza del datore di lavoro dal luogo ove si è verificato l'infortunio, meno chiara appare, per contro, la possibilità che il datore di lavoro avesse di controllare ogni singola operazione di cottura dei prodotti dolciari di talché, la relativa censura sembrerebbe legata ad un imperativo inesigibile.

Per una chiara disamina del tema, appare utile riportare un breve passo di altra decisione della Suprema Corte: «il datore di lavoro è certamente responsabile del mancato intervento finalizzato ad assicurare l'osservanza delle disposizioni in materia di sicurezza ma tale condotta omissiva non può essergli ascritta laddove non si abbia la certezza che egli fosse a conoscenza della prassi elusiva o che l'avesse colposamente ignorata. Tale certezza può, in alcuni casi, inferirsi da considerazioni di natura logica, laddove, ad esempio, possa ritenersi che la prassi elusiva costituisca univocamente frutto di una scelta aziendale, finalizzata, in ipotesi, ad una maggiore produttività [pacificamente esclusa nel caso di specie in ragione della presenza di altro forno adatto per la cottura di prodotti a base alcolica nel medesimo luogo

---

<sup>23</sup> GROTTO, *op. cit.*, 13. L'autore efficacemente osserva: «Per esempio: ci si potrà astenere - ritengo - dal dire all'autista, dotato di patente speciale, che il cassone del camion va ribaltato quando il mezzo è in condizioni di stabilità e che bisogna indossare sempre la cintura di sicurezza. Cioché, se il camion si ribalta perché il conducente lo scarica dopo averlo posto in posizione di equilibrio instabile e si accerta che il decesso è dovuto non ad un difetto del mezzo ma all'impatto del torace contro il volante, il datore di lavoro che abbia correttamente formato il dipendente in ordine ai rischi connessi all'attività cantieristica (e non anche rispetto all'uso delle cinture di sicurezza) dovrà andare esente da responsabilità penale. In tal caso, infatti, l'evento, seppur tragico, è la concretizzazione di un rischio che non spettava al garante fronteggiare e che poteva gestito da un guidatore avveduto in possesso sia di nozioni comuni sia delle speciali abilitazioni necessarie per condurre i mezzi pesanti».

di lavoro]. *Ma quando [...] non vi siano elementi di carattere logico per dedurre la conoscenza o la conoscibilità di prassi aziendali incaute da parte del garante, è necessaria l'acquisizione di elementi probatori certi ed oggettivi che dimostrino tale conoscenza o conoscibilità. Diversamente opinando, si porrebbe in capo al datore di lavoro una inaccettabile responsabilità penale "di posizione", tale da sconfinare nella responsabilità oggettiva (Cass., Sez. 4, n. 20833 del 3-4-2019)*<sup>24</sup>.

A questo punto, in conclusione, è da chiedersi come si collochi, nel generale panorama giurisprudenziale, la decisione con cui la Suprema Corte ha escluso che, nel caso di specie, il comportamento colposo del lavoratore potesse incidere nel giudizio sulla penale responsabilità del garante.

Può serenamente affermarsi che, in passato, si sono registrate numerose sentenze che, facendo leva sulla sconfinata mole di prescrizioni cautelari, tra le quali molte dirette a tutelare il lavoratore anche dalla sua stessa negligenza, hanno negato una tale possibilità<sup>25</sup>. Una crescente sensibilità diretta a scongiurare il pericolo di sconfinamento verso forme di responsabilità oggettiva del datore di lavoro ha recentemente condotto a pronunce più attente alla posizione del garante che sarà legittimato a fare affidamento sull'adeguamento del lavoratore agli standard richiesti dalle sue mansioni e non dovrà confrontarsi con situazioni nelle quali si trova chiamato a rispondere per non aver posto rimedio alla stoltezza altrui. In tali casi, invero, «*il solidarismo scenderebbe in paternalismo*»<sup>26</sup>.

Ed invero: «*La linea di confine tra vulnerabilità e volontaria autoesposizione al pericolo viene tracciata attraverso l'enunciato che l'azione volontaria di una persona libera, informata e capace d'intendere e di volere non può essere fonte dell'altrui responsabilità*»<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. IV, 16.4.2019, n. 1021.

<sup>25</sup> In tal senso, Cass. pen., Sez. IV, 10.11.2003, n. 4870; Cass. pen., Sez. IV, 25.11.2010, n. 1225; Cass. pen., Sez. IV, 10.2.2011, n. 1376; Cass. pen., Sez. IV, 7.2.2012, n. 16888.

<sup>26</sup> BLAIOTTA, *op. cit.*, 281.

<sup>27</sup> BLAIOTTA, *ibidem*.





# FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ IN HOUSE DEL COMUNE: LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL SINDACO DELL'ENTE LOCALE PER IL DELITTO DI BANCAROTTA

Tribunale di Salerno, Sezione Giudice per le Indagini Preliminari,  
sentenza n. 606/2019

**Giuseppe Fornari - Giulio Casilli\***

## MASSIMA

Se l'Ente pubblico è titolare di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente, rispetto al quale gli organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, non può che riconoscersi in capo al Sindaco, rappresentante legale dell'Ente, il medesimo ruolo dell'amministratore, non come amministratore "di fatto" nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società, è dotato di poteri di amministrazione e di gestione tipici dell'amministratore.

## Abstract

*Il GIP del Tribunale di Salerno ha condannato il Sindaco di un Comune per il delitto di bancarotta fraudolenta connesso al fallimento della società in house interamente partecipata dall'ente locale. La responsabilità dell'organo di vertice dell'amministrazione comunale deriverebbe, secondo il giudice salernitano, dalla peculiare struttura della società de qua e, in particolare, dall'esercizio del 'controllo analogo' da parte del Sindaco nei confronti della fallita. Una soluzione interpretativa originale che, ove accolta e condivisa, consentirebbe all'interprete di non dover fare necessariamente ricorso alla qualificazione a titolo di "amministratore di fatto" o di concorrente nel delitto fallimentare altrui del Sindaco dell'ente locale socio unico di una società a partecipazione pubblica, ai fini dell'affermazione della relativa responsabilità penale. La sentenza in esame rappresenta, quindi, un'interessante occasione per riflettere criticamente sulla nozione di "amministratore" come soggetto responsabile dei reati di bancarotta.*

*The Preliminary Investigation Judge of Salerno has sentenced a Mayor (who opted for the fast-track trial) for the crime of fraudulent bankruptcy connected with the default of an in-house company owned by the Municipality. According to the Judge, the Mayor was responsible for having exercised over the bankrupted in-house company control similar to that exercised over his own offices. This is an original interpretative solution which, if embraced, would allow to charge the Mayor of a Municipality - a shareholder of a public majority-owned company - without resorting to the Mayor's qualification as a "de facto director" or as a participant in the bankruptcy offence committed by others. Therefore, the decision represents an interesting opportunity to reflect on the notion of "director" in the context of bankruptcy offences.*

---

\* Founding partner e trainee lawyer, Fornari e Associati.

Con la sentenza in allegato, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Salerno ha affermato la responsabilità penale del Sindaco, organo di vertice dell'amministrazione comunale, per i fatti di bancarotta connessi al fallimento di una società *in house* partecipata dall'ente locale.

La decisione in parola offre l'occasione per riflettere sull'interpretazione della nozione di 'amministratore' come autore dei reati di bancarotta, che ricomprenderebbe – secondo il giudice salernitano – anche il Sindaco del Comune che abbia esercitato o che avrebbe potuto esercitare il “controllo analogo” nei confronti della società *in house* fallita.

La soluzione interpretativa *de qua* consentirebbe, dunque, di non dover ricorrere – ai fini dell'affermazione della responsabilità penale – alla qualificazione a titolo di amministratori “di fatto” degli organi di vertice degli enti locali che siano soci di società a partecipazione pubblica, nonché di ovviare, ai medesimi fini, alla necessità di dover ravvisare un loro concorso nel delitto fallimentare commesso da altri.

Orbene, prima di entrare nel merito della pronuncia del Tribunale di Salerno, appare opportuno premettere brevi cenni sulla vicenda ad essa sottesa, che s'inserisce nell'ambito di un procedimento penale pendente a carico degli amministratori e dei membri del collegio sindacale di una società *in house*, nonché del Sindaco del Comune che deteneva la totalità delle quote sociali della società poi fallita.

Il Sindaco dell'ente pubblico territoriale ha optato, insieme a un componente del collegio sindacale, per la definizione del processo con il rito abbreviato, culminato con la sentenza di condanna qui in esame.

L'ipotesi di reato contestata al Sindaco dell'ente locale e al componente del collegio sindacale era quella di bancarotta fraudolenta prevista e punita dagli artt. 110 c.p., 216 e 223, co. 2, n. 2) R.D. n. 267/1942 (“*legge fallimentare*” o “*l.f.*”)<sup>1</sup>, poiché, insieme con gli altri amministratori e sindaci della società, avrebbero cagionato con dolo o comunque per effetto di operazioni dolose il fallimento della società *in house*.

Venivano altresì contestate le circostanze aggravanti di cui all'art. 219, co. 1 e co. 2, n. 1) l.f. per aver cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità e aver commesso più fatti di bancarotta.

Tuttavia, è bene anticipare sin d'ora che dette circostanze risulteranno soccombenti all'esito del giudizio di bilanciamento con le attenuanti generiche concorrenti.

Le principali operazioni (dolose) contestate riguardavano: (i) il conseguimento di una perdita di esercizio che aveva ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo consentito dalla legge, senza che venisse convocata l'assemblea straordinaria al fine di deliberare il necessario aumento del capitale ovvero la trasformazione o lo scioglimento della società; (ii) il continuo ricorso all'affidamento dei lavori a terzi, in assenza di procedure ad evidenza pubblica e di preventiva autorizzazione del Comune, con conseguente determinazione di irregolarità amministrative e contabili idonee a compromettere la situazione patrimoniale della fallita; (iii) l'assunzione di nuovi dipendenti in assenza delle condizioni economico-patrimoniali necessarie per sostenerne

---

<sup>1</sup> Le norme *de quibus* risultano oggi trasposte nel “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” (D.lgs. n. 14/2019), rispettivamente, agli artt. 322 e 329, in vigore dal 1° settembre 2021.

l'onere di spesa (*"in un'ottica "assistenziale" che ha notoriamente conferito alle società a partecipazione pubblica la funzione di una sorta di ammortizzatore sociale"*<sup>2</sup>).

Tali operazioni venivano addebitate al Sindaco del Comune talvolta in qualità di autore principale e talaltra in veste di corresponsabile, mentre al componente del collegio sindacale veniva contestata essenzialmente la violazione dei doveri inerenti al proprio ufficio e la discendente causazione del fallimento sociale ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

Per ragioni di brevità non si intende in questa sede approfondire la posizione del membro del collegio sindacale, preferendo soffermarsi invero sul giudizio di condanna espresso con riguardo alla posizione del Sindaco dell'ente locale.

Con riferimento a quest'ultimo, veniva accertata dunque la sussistenza di molteplici operazioni idonee ad integrare l'elemento tipico del reato oggetto di contestazione e veniva altresì appurato il nesso eziologico tra le suddette condotte e l'aggravamento dello stato di decozione della società.

Tuttavia, come noto, gli organi di vertice degli enti locali non risultano essere ricompresi fra i soggetti attivi della fattispecie bancarottizia di cui all'art. 223, co. 1, l.f., la quale, nella sua natura di 'reato proprio', annovera a titolo di autori del delitto soltanto gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori della società dichiarata fallita.

Pertanto, sul piano giuridico, si appalesava come dirimente, ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, la corretta qualificazione soggettiva del rappresentante legale dell'amministrazione comunale che deteneva la partecipazione totalitaria al capitale della società fallita; ciò, con due ipotesi sul tavolo: (i) amministratore (di diritto o di fatto) della fallita e, conseguentemente, autore del reato fallimentare; oppure (ii) soggetto estraneo alla gestione della fallita e, dunque, concorrente nel reato proprio altrui.

A tal fine, occorre innanzitutto, soffermarsi brevemente sulle nozioni di 'società *in house*' e di 'controllo analogo', entrambe contenute nel D.lgs. n. 175/2016 (*"Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*), sulle quali è imperniata – come si dirà – la pronuncia in esame.

Ai sensi degli artt. 2, co. 1, lett. o) del D.lgs. n. 175/2016 si definiscono *in house* le società *"sulle quali un'amministrazione pubblica esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto"*.

Dette società sono disciplinate dall'art. 16 del D.lgs. n. 175/2016, ai sensi del quale risulta preclusa la partecipazione di capitali privati – salvo che sia prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata – ed è altresì necessario che risulti soddisfatto il requisito della c.d. "attività prevalente", ossia che oltre

---

<sup>2</sup> Il Tribunale, pur riconoscendo che le assunzioni erano state determinate, in gran parte, dalla necessità di riconvertite lavoratori socialmente utili o comunque lavoratori che, per età o formazione, non erano in grado di trovare agevolmente altre occupazioni, affermava che, a prescindere dai motivi che hanno determinato le assunzioni, il «*dato pacifico è che dette operazioni, idonee a compromettere la situazione economica della società, venivano compiute nell'interesse forse di una parte della comunità [...], ma senz'altro non della società, anche a costo, considerata la nota situazione di dissesto, di esposizione debitoria e di fragilità strutturale della [...], di aggravarne ulteriormente il dissesto*» (p. 132).

l'ottanta per cento del fatturato delle società *in house* derivi dallo svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

Si intende *in house*, dunque, la società “*costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici*” (Cass. Civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283).

Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. c) D.lgs. n. 175/2016, per ‘controllo analogo’ si intende invece la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo non dissimile da quello esercitato sui propri servizi, esercitando quindi un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata.

Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, che sia a sua volta controllata dall'amministrazione partecipante.

Il controllo analogo può essere altresì congiunto – ex art. 2, co. 1, lett. d) – allorché l'ente eserciti su una società, congiuntamente con altre amministrazioni, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Detta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni indicate all'articolo 5, co. 5, D.lgs. n. 50/2016 (“*Codice dei contratti pubblici*”)<sup>3</sup>.

Come osservato nella pronuncia in esame (p. 116), la giurisprudenza – europea e nazionale – in materia qualifica come elementi costitutivi della nozione di ‘controllo analogo’:

“1) il possesso dell'intero capitale azionario che, tuttavia, da solo, è condizione necessaria ma non sufficiente a determinare il requisito strutturale;

2) il controllo del bilancio;

3) il controllo sulla qualità dell'amministrazione;

4) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione;

5) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali”.

Si badi bene, il controllo analogo non deve essere identificato e confuso con l'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è in grado di esercitare sull'assemblea della società e sulla scelta degli organi sociali; “*si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale*” (Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283).

---

<sup>3</sup> Ossia quando: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni o enti partecipanti (singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni o enti partecipanti); b) le amministrazioni o enti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni o degli enti controllanti.

È di tutta evidenza, allora, come la risoluzione del quesito relativo alla qualificazione soggettiva del Sindaco del Comune in seno alla fattispecie bancarottizia contestata dipenda proprio dall'interpretazione attribuita alla nozione di 'controllo analogo', inteso come potere di ingerenza da parte dell'azionista pubblico circa la gestione della società; ingerenza, che, travalicando le ordinarie facoltà riconosciute al socio dall'ordinamento, si traduce in una forma di soggezione gerarchica degli organi amministrativi della società, i quali – per l'effetto di questa – risultano assimilabili a uffici alle dipendenze dell'ente azionista<sup>4</sup>.

L'art. 8 (“*Controllo sugli organismi gestionali esterni*”) del Regolamento in materia di controlli interni e di trasparenza per le cariche elettive e di governo del Comune *de quo* prevedeva, infatti, che il potere di controllo, fisiologicamente attribuito agli uffici dirigenziali dell'ente, fosse demandato all'organo politico (*i.e.* il Sindaco) nel caso in cui fossero state riscontrate delle situazioni tali da compromettere la “*sana gestione finanziaria*” della partecipata. In tali ipotesi, dunque, quest'ultimo sarebbe stato tenuto a esercitare – sulla base delle relazioni istruttorie dei dirigenti – il controllo analogo, acquisendo un potere di ingerenza diretta sulla gestione della società.

Secondo il Tribunale di Salerno, lo stato di difficoltà economico-finanziaria maturato dalla società partecipata appariva sicuramente idoneo integrare la suddetta fattispecie regolamentare, per effetto della quale il Sindaco avrebbe assunto la posizione di amministratore “di diritto” della società.

A conferma dell'esercizio in concreto del suddetto potere, assumeva particolare rilievo – secondo il Giudice – la partecipazione del capo dell'amministrazione comunale alle assemblee della società partecipata, ove avrebbe avallato le scelte gestorie degli amministratori, ivi inclusa l'assunzione dei nuovi dipendenti in assenza delle necessarie coperture di spesa, nonché l'affidamento di servizi a soggetti terzi da parte della società *in house*; inoltre, il Sindaco avrebbe interloquuto con i creditori sociali con l'intento precipuo di dissuaderli dall'intraprendere iniziative legali nei confronti della società, che già versava in grave difficoltà finanziaria.

Non si sarebbe trattato, dunque, secondo il Tribunale, di una condotta omissiva “*ma di un consapevole contributo offerto dal Sindaco del Comune ad una gestione della società patologicamente votata al dissesto*” (p. 131).

Pertanto, in ragione della ritenuta valenza positiva delle condotte incriminate, l'organo di vertice dell'amministrazione comunale potrebbe rientrare, secondo il giudice salernitano, nell'alveo dei soggetti attivi del reato di bancarotta impropria (*i.e.* “*amministratore*”).

La peculiare natura della società nell'ambito della cui gestione si sarebbero realizzati i fatti *de quibus* – nell'accezione ad essa attribuita dalla giurisprudenza richiamata in sentenza, volta a negare l'esistenza di un'alterità soggettiva fra l'ente e la società partecipata – renderebbe quindi possibile l'individuazione di soggetti responsabili della direzione e amministrazione diversi e ulteriori rispetto a quelli ai quali tali funzioni sono attribuite.

Ciò in ragione del fatto che «*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare [...] in grado di collocarsi come un'entità*

---

<sup>4</sup> G. BARBATO, *La responsabilità penale del sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società in house partecipata dal comune*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 11, 4.

posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talché "l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa" (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva» (Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283).

In ogni caso, la società a partecipazione (in tutto o in parte) pubblica resterebbe assoggettata – secondo la giurisprudenza di legittimità – al regime privatistico della società di capitali, con il conseguente rischio di fallimento.

Tale rischio conseguirebbe alla scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali partecipate dagli enti locali, "e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità" (Cass. Civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196).

Nella particolare natura della società *in house* troverebbe composizione, dunque, secondo il giudice salernitano, l'"apparente contrasto" tra l'assoggettabilità della società a partecipazione pubblica alle regole civilistiche e l'assenza di alterità soggettiva tra socio e società, poiché essa, pur mutuando la forma tipica della società per azioni, rimarrebbe comunque di fatto "una *longa manus* dell'Amministrazione".

Pertanto, la previsione di un potere di ingerenza in capo all'ente – con riferimento alle scelte gestionali, organizzative, economiche – sarebbe idoneo a caratterizzare la società come "*in house*", indipendentemente dal fatto che il controllo analogo non sia stato effettivamente esercitato o sia stato esercitato in modo difforme al dettato statutario o normativo (cfr. Cass. Civ., SS. UU., 21 giugno 2019, n. 16741).

Dunque, se l'ente pubblico è titolare di un siffatto potere di comando sulla gestione dell'ente, rispetto al quale gli organi amministrativi verrebbero a trovarsi in posizione di subordinazione gerarchica, «non può che riconoscersi in capo al Sindaco, rappresentante legale dell'ente, il medesimo ruolo dell'amministratore, non come amministratore "di fatto" nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società, è dotato di poteri di amministrazione e di gestione tipici dell'amministratore» (p. 130).

A tal fine, secondo il giudice salernitano, neppure rilevarebbe il fatto che le concrete modalità di esercizio del potere analogo sarebbero state rimesse ai dirigenti e ai funzionari dell'ente né che, nella ripartizione delle competenze dell'ente pubblico, sarebbero spettati al Comune i poteri di indirizzo e controllo, in quanto era il Sindaco a rappresentare l'ente locale nella società ("*longa manus*" del Comune).

L'imputato avrebbe quindi direttamente perfezionato la fattispecie di reato proprio ex art. 223 l.f., nella sua qualità di amministratore "di diritto" della società, a prescindere dall'eventuale concorso degli altri imputati nello stesso delitto.

\*\*\*

In conclusione, pur riconoscendo l'originalità interpretativa che caratterizza questa pronuncia, volta a valorizzare il rapporto sostanziale intercorrente tra l'ente pubblico e la società *in house*, non possono che condividersi le perplessità già espresse da altri autorevoli commentatori<sup>5</sup>, circa il rischio - inviso al diritto penale - di una violazione del divieto di interpretazione analogica *in malam partem* della nozione di amministratore di cui all'art. 223 l.f.

D'altronde, la giurisprudenza, anche amministrativa, pur ritenendo - come evidenziato dalla sentenza in commento - le società di capitali a partecipazione pubblica senz'altro soggette al fallimento, ha parimenti riconosciuto che «*il cd. "controllo analogo" esercitato dall'amministrazione sulla società partecipata serve a consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante sulla società, se del caso attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica; e tuttavia questa relazione interorganica non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere infine pur sempre separati i due enti - quello pubblico e quello privato societario - sul piano giuridico-formale, in quanto la società in house rappresenta pur sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante*» (Cass. Civ., sez. I, 22 febbraio 2019, n. 5346; Cass. civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406).

Sicché, la posizione degli enti comunali all'interno delle società a partecipazione totale (o parziale) pubblica è unicamente quella di socio in base al capitale conferito. Conseguentemente, soltanto in tale veste l'ente pubblico potrebbe influire sul funzionamento della società avvalendosi, non di già poteri pubblicistici, bensì dei soli strumenti previsti dal diritto societario, esercitabili in concreto per mezzo dei membri presenti negli organi della società.

Di talché, se è vero che la società *in house* ha natura privatistica, allora anche la sua organizzazione e i relativi poteri di gestione e di direzione dovrebbero considerarsi assoggettati alla disciplina civilistica, che attribuisce tali potestà soltanto a determinati soggetti qualificati, espressamente individuati legislatore, nella cui definizione appare arduo poter ricondurre soggetti ulteriori (*i.e.* il socio) quandanche quest'ultimi fossero dotati - come nel caso di specie - di appositi poteri di intervento nell'ambito delle vicende societarie.

---

<sup>5</sup> C. SANTORIELLO, *Sindaco del Comune socio responsabile con fallimento della società in house*, in *Eutekne.info*, 2020.





## LE SEZIONI UNITE E L'ESTENSIONE DELL'ART. 384 COMMA 1 C.P. AL CONVIVENTE MORE UXORIO TRA ISTANZE RIGORISTICHE E RISCHI DI APPLICAZIONE ERGA OMNES

Cass., Sez. Un., inf. provv. n. 22 del 26 novembre 2020

Bruno Andò\*

### MASSIMA

L'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore

**Sommario:** **1.** Premessa. - **2.** L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. - **3.** La giurisprudenza della Consulta e l'inesistenza della "necessità costituzionale" di un medesimo trattamento giuridico tra la famiglia fondata su un'unione giuridicamente rilevante e quella di fatto. - **4.** La natura della clausola prevista dall'art. 384 c.p.: causa di giustificazione, di esclusione della colpevolezza oppure di esclusione della punibilità? - **5.** Brevi considerazioni sull'assenza di impedimenti all'applicazione analogica delle cause di giustificazione (e di esclusione della colpevolezza). - **6.** La possibile natura eccezionale del solo art. 384 comma 1 c.p.

### Abstract

*La Corte di Cassazione è stata recentemente chiamata a decidere, a Sezioni Unite, se la causa di esclusione della responsabilità per alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia - consistente nell'aver commesso uno di tali delitti allo scopo di salvaguardare sé o un proprio prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore - fosse applicabile anche a coloro che possono dirsi congiunti sulla base di un rapporto di convivenza more uxorio. L'opportunità di una decisione da parte delle Sezioni Unite nasceva dall'esistenza di un conflitto tra due interpretazioni da parte della giurisprudenza: una prima secondo la quale, al netto della sempre maggiore incidenza concreta delle coppie di fatto - che quindi devono comunque ricevere tutela giuridica - la famiglia fondata sul matrimonio rimane qualitativamente diversa da quella fondata sulla convivenza; una seconda per cui, invece, deve accogliersi, anche alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU al concetto di famiglia, un significato sostanziale di famiglia, come formazione sociale fondata su relazioni personali ed affettive piuttosto che su un contratto. Le Sezioni Unite hanno ritenuto preferibile quest'ultima interpretazione, per raggiungere la quale però si ponevano alcuni problemi inerenti la natura giuridica della causa di esclusione della responsabilità e la possibilità di applicare analogicamente una previsione normativa che identifica i congiunti esclusivamente come i soggetti legati da un rapporto di parentela che*

\* Dottore di ricerca in Diritto penale dell'economia - Università di Messina.

ha origine da un matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Il contributo analizza le varie possibili soluzioni al problema, consapevolmente distanziandosi dall'interpretazione delle Sezioni Unite che, già attraverso l'informazione provvisoria fornita dopo l'udienza di discussione avevano, affermato che la fattispecie in questione è una causa di esclusione della colpevolezza (e non una causa di giustificazione, come si sostiene nel contributo) ed è applicabile anche ai congiunti *more uxorio*.

*The Italian Supreme Court was recently called to decide, within its United Sections, whether the cause of exclusion of responsibility for some crimes against the administration of justice – consisting in having committed one of these crimes in order to save oneself or one's relative by a serious and inevitable harm to freedom or honor – was also applicable to those who can be said to be relative on the basis of a more uxorio cohabitation relationship. The opportunity for a decision by the United Sections arises from the existence of a conflict between two interpretations in the case law: a first according to which, besides the increasing concrete incidence of de facto couples – who therefore have to receive legal protection anyway – the family founded on marriage remains qualitatively different from that one founded on cohabitation; a second for which, instead, it must be accepted, also according to ECHR's interpretation of the concept of family, a substantial meaning of the family, as a social formation based on personal and affective relationships rather than on a contract. The United Sections considered the last interpretation preferable, to reach which however there were some issues connected to the legal nature of the cause of exclusion of liability and the possibility of applying analogically a rule that identifies the relatives only as the related subjects from a family relationship that originates from a marriage or civil union between persons of the same sex. The contribution analyzes the various possible solutions to the problem, consciously distancing itself from the interpretation of the United Sections which, already through the provisional information provided after the hearing, had presented that the case in point is a cause for exclusion of guilt (and not a cause of justification, as claimed in the contribution) and is also applicable to more uxorio relatives.*

## 1. Premessa.

Con l'informazione provvisoria del n. 22 del 26 novembre 2020, la Corte di Cassazione ha reso noto che in pari data le Sezioni Unite Penali, cui era stato rimesso il quesito “*se la causa di non punibilità di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. sia applicabile al convivente more uxorio*”, avevano fornito risposta positiva.

In attesa che le Sezioni Unite rendano pubbliche le motivazioni può essere opportuno comprendere quale sia, a monte di tale sentenza, lo stato dell'arte con cui la Corte di legittimità ha dovuto confrontarsi, suggerendo, infine, una ricostruzione che consapevolmente diverge da quanto stabilito dal Supremo Collegio, e ciò tanto rispetto alla natura della clausola di cui all'art. 384 comma 1 c.p. (espressamente qualificata come “*causa di non punibilità*” nel comunicato), quanto rispetto alla possibilità di ritenere tale fattispecie applicabile anche a soggetti non contemplati tra coloro che ai sensi dell'art. 307 comma 4 c.p. sono qualificabili come prossimi congiunti.

## 2. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

La Sesta Sezione Penale Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 1825/2020, resa all'esito dell'udienza del 19 dicembre 2019 e depositata il 17 gennaio 2020, ha rimes-

so alle Sezioni Unite la questione relativa alla applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p., ossia della disposizione che prevede la non punibilità, rispetto ad alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, di coloro che abbiano posto in essere tali illeciti "per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore", anche rispetto a coloro che li abbiano commessi per salvare non tanto sé o un prossimo congiunto, bensì il proprio convivente *more uxorio*.

La questione, in realtà, coinvolge non solo, o non tanto, l'art. 384 c.p., quanto l'art. 307 comma 4 c.p., il quale afferma che "agli effetti della legge penale s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti", ed esclude, quindi, dall'applicabilità della norma, le coppie, eterosessuali od omosessuali, che convivono stabilmente come se fossero coniugi ovvero parti di un'unione civile.

L'esigenza di una pronuncia delle Sezioni Unite trae origine, secondo la Sezione Semplice, dall'esistenza di un contrasto interno all'orientamento della Corte di legittimità, al quale si aggiungono, oltre alle resistenze dottrinali all'estensione dell'applicazione della norma ai soggetti diversi da quelli indicati nel testo della norma, le considerazioni svolte dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Secondo il prevalente e tradizionale orientamento, che trae origine anche dalle decisioni della Corte Costituzionale – che, da un lato, ha giustificato il differente regime giuridico della famiglia fondata sul coniuge e delle altre unioni nel riconoscimento della prima soltanto da parte dell'art. 29 della Costituzione, e della riconducibilità delle seconde alle formazioni sociali, richiamate dall'art. 2 della Costituzione, nelle quali si sviluppano i diritti inviolabili dell'uomo, ma, dall'altro, come vedremo, ha sollecitato il legislatore a ponderare l'opportunità di una equiparazione tra situazioni formalizzate e situazioni di fatto potenzialmente identiche – l'art. 384 c.p. rappresenterebbe un numero chiuso, non applicabile a soggetti (*rectius*, rapporti) diversi ed ulteriori<sup>1</sup>.

Siffatto orientamento, nondimeno, è stato disatteso da due pronunce piuttosto recenti, una delle quali della medesima Sezione (la n. 34147/2015 della Seconda e la n. 11476/2019 della Sesta), che, sulla scorta di una serie di argomenti di natura sistematica – rispettivamente incentrati su un concetto dinamico di famiglia e sulla applicazione analogica "*in bonam partem*" che consenta la parificazione, sul piano penale, della famiglia fondata sul matrimonio e di quella fondata su una convivenza *more uxorio* – hanno entrambe ritenuto che l'art. 384 c.p. possa essere applicato anche a coloro che abbiano posto in essere uno dei delitti in questione per tutelare il soggetto

---

<sup>1</sup> In questo senso, *ex multis*, Cass. Pen. Sez. VI, ord. 20 marzo 1991, n. 132, 5 luglio 1989, n. 9475, e 27 maggio 1988, n. 6365. Nella giurisprudenza più recente si v. Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827. Nello stesso senso si colloca l'orientamento che, in una prospettiva diversa, ha ritenuto che la disposizione in esame non possa estendersi al rapporto di affinità che lega un coniuge al nipote dell'altro coniuge: Sez. VI, 15 ottobre 2008, n. 3879, e quella sentenza che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame nella parte in cui esclude il convivente *more uxorio* dal novero dei congiunti: Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 35967.

al quale sono legati da un rapporto di convivenza stabile e duratura (eventualmente consolidato dalla presenza di prole).

Il primo di tali arresti<sup>2</sup>, anche alla luce della giurisprudenza già esistente, e che aveva già:

- ampliato ai conviventi *more uxorio* l'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. per i delitti contro il patrimonio commessi nei confronti “*del coniuge non legalmente separato*” (e, alla luce del più recente addendum legislativo, da parte della c.d. Legge Cirinnà<sup>3</sup>, anche “*della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*”);
- valorizzato situazioni di fatto corrispondenti al coniugio, tra l'altro, in relazione al delitto di maltrattamenti ed in materia di ammissione al gratuito patrocinio<sup>4</sup>;
- ha ricordato che “*sotto il profilo penalistico il concetto di famiglia cui fanno riferimento diverse norme incriminatrici vigenti, non è sempre ritenuto legato all'esistenza di un vincolo di coniugio o comunque di una famiglia nata da tale vincolo, ma i precedenti giurisprudenziali spesso si riferiscono a qualsiasi consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e di solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo*”<sup>5</sup>, e sottolineato, pertanto, la necessità che il diritto penale, anche per divenire più coerente con lo sviluppo legislativo riscontrato in altre branche dell'ordinamento giuridico, si aggiornasse, accogliendo delle nozioni di famiglia e di coniugio “*in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso*”.

Tale interpretazione, peraltro, si porrebbe nel solco della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, alla luce del contenuto dell'art. 8 comma 1 della CEDU<sup>6</sup>, avrebbe accolto una nozione sostanziale di famiglia, tale da ricomprendere anche rapporti di fatto privi di formalizzazione legale ma caratterizzati da legami particolarmente stretti e fondati su una stabile convivenza.

La sentenza appena citata, infine, ha ricordato che tale interpretazione dell'art. 8 della CEDU<sup>7</sup> consentirebbe altresì, quale norma sovranazionale immediatamente

<sup>2</sup> Cass. Pen. Sez. II, 4 agosto 2015 (ud. 30 aprile 2015), n. 34147.

<sup>3</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76.

<sup>4</sup> In questo senso, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2005, n. 109, e, prima dell'introduzione del Testo Unico in materia di Spese di Giustizia, Sez. VI, 31 ottobre 1997, n. 4264.

<sup>5</sup> In questo senso anche Cass. pen., Sez. IV, 6 agosto 2009, n. 32190.

<sup>6</sup> Il testo dell'articolo è il seguente: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”.

<sup>7</sup> La pronuncia citata dalla Suprema Corte nell'ordinanza di remissione, è quella della Grande Camera nel giudizio Van der Heijden c. Olanda del 3 aprile 2012, in relazione alla quale si v. PELLAZZA, *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); più in generale, in relazione al contenuto dell'art. 8 della CEDU, si v. PUTATURO DONATI, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte EDU*:

cogente, avente efficacia *in bonam partem*, e non confliggente con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, di giungere all'applicazione analogica delle disposizioni che escludono la punibilità di soggetti ai quali i conviventi *more uxorio* sono equiparabili.

Nell'intervallo tra le due citate pronunce “sostanzialistiche” è intervenuta l'approvazione della c.d. Legge Cirinnà, che ha conferito rilevanza giuridica alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, e del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, che ha aggiunto alla nozione legale di prossimi congiunti, di cui all'art. 307 comma 4 c.p., “*la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso*”; al riguardo, peraltro, è forse utile rilevare che la Relazione Governativa al Decreto Legislativo riconosce la natura tassativa dell'elencazione contenuta nell'art. 307 comma 4 c.p.<sup>8</sup>, e che, significativamente, la riforma in questione, se da un lato ha equiparato, ai fini di interesse, il coniugio all'unione civile tra persone dello stesso sesso, dall'altro non è intervenuta sulle situazioni di fatto corrispondenti a tali forme qualificate di unione.

Cionondimeno, secondo l'ulteriore<sup>9</sup> pronuncia citata dalla Sesta Sezione quale manifestazione dell'orientamento che l'ha indotta a rimettere il giudizio alle Sezioni Unite, l'assenza di una disciplina delle coppie di fatto nella Legge Cirinnà non avrebbe rallentato la progressiva e sostanziale equiparazione sociale delle coppie di fatto a quelle di diritto, che legittimerebbe una interpretazione valoriale, non confliggente con i valori Costituzionali, sì da ritenere applicabile l'istituto dell'art. 384 comma 1 c.p. anche ai rapporti di convivenza *more uxorio*.

### **3. La giurisprudenza della Consulta e l'inesistenza della “necessità costituzionale” di un medesimo trattamento giuridico tra la famiglia fondata su un'unione giuridicamente rilevante e quella di fatto.**

La Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a valutare la tenuta costituzionale delle disposizioni normative che disciplinano gli effetti giuridici derivanti dal concetto formale di congiunto, e che dunque, se di stretta interpretazione, non consentono una equiparazione dello statuto giuridico di quest'ultimo con quello del *congiunto di fatto*.

Nel corpo delle questioni di legittimità che si sono susseguite nel corso degli anni, i giudici *a quo* hanno sollecitato la Consulta a rivalutare il proprio originario orientamento, risalente alla fine degli anni '70, sulla scorta del progressivo mutamento del comune sentire e della sempre maggiore frequenza, nella vita reale, del ricorso a

---

*il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)*

<sup>8</sup> La relazione è reperibile quale allegato a GATTA, *Unioni Civili Tra Persone Dello Stesso Sesso: Profili Penalistici – Note a margine del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), in cui l'A. qualifica come sostanzialmente neutro, quanto al tema della convivenza di fatto, l'intervento della Legge Cirinnà, e ciò nonostante giurisprudenza e dottrina da tempo avessero sollecitato un intervento legislativo volto ad ammodernare la disciplina penale mettendola al passo con la mutata realtà sociale.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2019 (ud. 19 settembre 2018), n. 11476. Nello stesso senso, e della stessa Sezione, si segnala 11 maggio 2004, n. 22398.

relazioni personali che, sebbene assolutamente solide (spesso anche per la presenza di figli), non sono state formalizzate nel vincolo matrimoniale.

Le norme penali sostanziali che hanno maggiormente coinvolto la Consulta rispetto alla possibile estensione ai familiari di fatto del regime di quelli di diritto sono il comma 1 dell'art. 384 ed il comma 1 dell'art. 649 c.p. – norme, queste, che entrambe, in concreto, sottraggono da sanzione penale chi abbia commesso uno dei delitti ivi indicati in ragione del coinvolgimento, nella vicenda sottoposta a giudizio penale, di un soggetto a lui legato da una determinata relazione personale formalizzata mediante la costituzione di un vincolo giuridico – nonché la norma che descrive il concetto di congiunto, ossia l'art. 307 comma 4 c.p.

Il più risalente arresto, in questa prospettiva, è rappresentato dalla sentenza n. 6 del 1997<sup>10</sup>, nel corpo della quale la Consulta, chiamata a valutare la compatibilità costituzionale dell'art. 307 comma 4 c.p. e dell'art. 305 del previgente c.p.p. (corrispondente all'attuale art. 199 c.p.p.), nella parte in cui la prima delle due disposizioni ha omesso di considerare meritevoli di analoga tutela *“quelle situazioni affettive di natura familiare basate sulla convivenza ed animate da intenti di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto identiche a quelle”* oggetto della disciplina codicistica.

Secondo la Corte Costituzionale il giudice *a quo* commetteva un errore di fondo, consistente nel considerare identiche, di fatto ed oggettivamente, le due situazioni oggetto dell'analisi – ossia la famiglia fondata sul matrimonio, da una parte, e quella originata nell'ambito di una convivenza di fatto; a ciò la Consulta aggiungeva che i codici penali, sostanziale e processuale, necessariamente realizzano una tutela per categorie di soggetti, non essendo possibile, dall'altra parte, imporre al giudice di verificare nel processo, con immediatezza e sicurezza, la presenza dei requisiti ai quali l'ordinamento ricollega determinati effetti.

Già oltre quaranta anni or sono la Consulta si rendeva conto dell'evoluzione delle formazioni sociali e del progressivo aumento della frequenza dei rapporti di convivenza non cristallizzata nel vincolo matrimoniale, e pertanto, da ultimo, sollecitava il legislatore a non lasciare questi ultimi privi di una forma di tutela.

Circa dieci anni dopo la Corte Costituzionale<sup>11</sup> è tornata sull'argomento, sollecitata da molteplici questioni che investivano l'art. 384 comma 1 c.p. nella prospettiva della sua presunta incompatibilità con l'art. 29 comma 1 della Costituzione nella parte in cui non comprendeva, nella propria elencazione di prossimi congiunti, anche il convivente *more uxorio*.

La Consulta, dopo aver richiamato il contenuto dei lavori della Costituente, ha operato una distinzione, specificando che solo la famiglia fondata sul matrimonio può essere sussunta all'interno dell'area di tutela dell'art. 29 Cost. e che i rapporti di fatto, ancorché consolidati, possono ricevere tutela solo in ragione della previsione dell'art. 2 Cost., in relazione ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e nella prospettiva delle manifestazioni solidaristiche collegate alla tutela dei predetti diritti.

<sup>10</sup> Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6.

<sup>11</sup> Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237.

Anche in questo caso la Consulta ha lanciato un invito al Parlamento, rappresentando l'opportunità della previsione di una disciplina che riguardi non solo i rapporti che condividono la condizione sostanziale della famiglia fondata sul matrimonio, ma anche le posizioni di coloro che sono stati legati in matrimonio, e che, in ragione di ciò, potrebbero trovarsi, con l'allora convivente, in una posizione di coerenza di intenti piuttosto che di conflitto.

Alla luce degli ulteriori sviluppi legislativi – in particolare la Legge Cirinnà – il novero dei rapporti potenzialmente meritevoli di una disciplina normativa appare ancor più ampio, dovendosi oggi considerare non solo i coniugi e le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, ma anche gli ex coniugi e le ex parti di un'unione civile e, non da ultimo, i conviventi, siano essi eterosessuali od omosessuali; è del tutto ovvio, infatti, che se il legislatore, nell'ambito che ci occupa, dovesse decidere di far discendere certe conseguenze giuridiche dalla condizione di conviventi, esse dovrebbero valere a prescindere dal sesso dei *partner*, ponendosi, in caso contrario, un evidente conflitto con l'art. 2 della Costituzione.

Le considerazioni di fondo della Corte Costituzionale non sono mutate nemmeno dieci anni dopo la sentenza sopra richiamata, e nonostante nelle more fosse entrato in vigore il nuovo codice di rito, che, all'art. 199 comma 3 lett. a), fornisce rilevanza giuridica alla relazione di convivenza ai fini della attribuzione, appunto al convivente, e limitatamente a quanto accaduto o appreso durante tale relazione, della facoltà di astenersi dal rendere testimonianza<sup>12</sup>.

A tali considerazioni, che ancora una volta si fondano sulla inesistenza di una necessaria coincidenza, rispetto all'ordinamento, della posizione della famiglia fondata sul matrimonio e di quella nascente da un rapporto di convivenza – e ciò nonostante il riconosciuto avvicinamento della posizione del convivente a quella del coniuge, pur nella (sola) prospettiva della facoltà di astensione<sup>13</sup> – la Consulta aggiunge che il risultato atteso dal giudice *a quo*, consistente nell'estensione dell'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p. anche ai componenti della famiglia di fatto, potrebbe discendere solo da una pronuncia additiva “*che manifestamente eccede i poteri della Corte Costituzionale a danno di quelli riservati al legislatore*”<sup>14</sup>.

*Repetita iuvant* – o almeno dovrebbero *iuvare*: il legislatore non dovrebbe ulteriormente restare inerme dinanzi alla sempre maggiore diffusione ed al sempre maggior riconoscimento sociale della convivenza di fatto quale fisiologica modalità di costituzione di un vincolo affettivo tra persone adulte che potrebbero avere anche intenzione di generare od accudire insieme della prole e di condividere l'intera durata delle proprie rispettive vite<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8, le cui considerazioni vengono riprese anche da Corte Cost., 7 aprile 2004, n. 121, e da Corte Cost., 4 maggio 2009, n. 140. Su quest'ultima si v. BERGONZINI, *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale (note a ritroso all'indomani di Corte Cost. n. 140 del 2009)*, in *Studium iuris*, 2010, 1 ss.

<sup>13</sup> Sul punto, la stessa Consulta, con la sentenza del 25 luglio 2000, n. 352, resa però in relazione ad una questione avente ad oggetto l'art. 649 c.p., ha ricordato che dalla previsione dell'art. 199 c.p.p., nella parte in cui rende equivalente il coniuge al convivente, non può discendere “*un principio di assimilazione dotato di vis espansiva fuori dal caso considerato*”.

<sup>14</sup> Considerato in diritto, § 3.

<sup>15</sup> La Consulta, con la sentenza 5 novembre 2015, n. 223, ha rilevato la sopraggiunta irragione-



Il vero problema, in realtà, potrebbe essere quello di identificare a quali condizioni sia possibile, se mai, affermare che una relazione di convivenza, "*basata sull'affettio quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile*", corrisponda al rapporto "*caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri ... che nascono soltanto dal matrimonio*"<sup>16</sup>, e possa, quindi, dividerne lo statuto giuridico.

#### 4. La natura della clausola prevista dall'art. 384 c.p.: causa di giustificazione, di esclusione della colpevolezza oppure di esclusione della punibilità?

Il tema di approfondimento più ricorrente rispetto alla questione che ci occupa è quello della identificazione della natura della previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 384 c.p., nella parte in cui non sottopone a sanzione il comportamento, conforme ad alcuna delle fattispecie ivi espressamente indicate, posto in essere da un soggetto che abbia agito allo scopo di salvare un proprio prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

Dalla sua classificazione in una o in un'altra delle classi sopra indicate, invero, potrebbero discendere delle conseguenze ai fini della sua applicazione in via analogica, eventualità, questa, che presuppone che essa non sia qualificabile in termini di norma penale (ma questo è tutto sommato acquisito) o di norma eccezionale.

Secondo l'impostazione tradizionale, che, oltre a richiamare il contenuto dei lavori preparatori, faceva leva sull'omogeneità della previsione dell'art. 384 comma 1 c.p. con quanto previsto in via generale dall'art. 54 c.p. - entrambe le norme esentano da sanzione penale il comportamento finalizzato a scongiurare un nocumento ad un bene giuridico - la fattispecie in esame sarebbe stata classificabile nel *genus* delle cause di giustificazione, e, in particolare, quale manifestazione particolare dello stato di necessità<sup>17</sup>.

In questo senso si pone anche quell'orientamento giurisprudenziale che ha qualificato la disposizione in esame quale esimente<sup>18</sup>, ha ricondotto la *ratio* della norma ad "*un oculato bilanciamento di interessi da parte del legislatore, che ha inteso far sempre prevalere il bene dell'integrità della libertà e dell'onore, proprio e dei prossimi congiunti, sui valori protetti da reati*"<sup>19</sup> contro l'amministrazione della giustizia, e che, nonostante il silenzio della norma, e malgrado le due fattispecie abbiano presupposti applicativi parzialmente diversi - la situazione di necessità dell'art. 384 comma 1

---

volezza del complesso delle previsioni dell'art. 649 c.p. alla luce delle evoluzioni e dei mutamenti sociali, ed anche in tal caso ha sollecitato il legislatore a riformarne la disciplina nella consapevolezza, nondimeno, della inesistenza di una soluzione costituzionalmente obbligata: in argomento LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>16</sup> Corte Cost., 11 gennaio 1996, n. 8, *cit.*, *Considerato in diritto*, § 2.

<sup>17</sup> ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale - I*, Giuffrè, 2003, 568 ss. In argomento si v. anche ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, vol. I (artt. 1 - 84)*, Giuffrè, 2004, 51 ss. Nella giurisprudenza risalente Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 1983, n. 2537.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1401; nello stesso senso Sez. I, 18 febbraio 1988, n. 2145.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 3397.



c.p., a differenza di quella disciplinata dall'art. 54 c.p., a stretto rigore non sarebbe rappresentata dalla probabilità di un evento temuto, ma dalla certezza del verificarsi di un nocumento<sup>20</sup> – ha subordinato l'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p. a quelle ulteriori condizioni previste dall'art. 54 c.p., ed in particolare la proporzionalità tra fatto tipico e pericolo<sup>21</sup> e la non ascrivibilità del pericolo del nocumento ad un comportamento volontario del soggetto agente<sup>22</sup>.

Dunque, secondo tale ricostruzione il legislatore ha realizzato un bilanciamento, preventivo ed assoluto, tra l'interesse alla sanzione di un comportamento che abbia messo in pericolo il corretto esercizio dell'amministrazione della giustizia e l'interesse alla salvaguardia dell'unità familiare che si sarebbe determinato nell'eventualità in cui il comportamento illecito non fosse stato perpetrato.

Secondo un'impostazione più recente, ed oggi maggioritaria sia in dottrina sia in giurisprudenza<sup>23</sup> – nonché apparentemente accolta anche dalle Sezioni Unite – la fattispecie in questione rappresenterebbe una causa di esclusione della colpevolezza, e ciò poiché si fonderebbe sulla coartazione della volontà del soggetto che, in ragione di una determinata relazione con il soggetto a vantaggio del quale sarebbe stata commessa una fattispecie contro l'amministrazione della Giustizia, si sarebbe trovato "costretto", per salvaguardare la predetta relazione (ed il vincolo familiare che ne ha avuto origine), a porla in essere: la *ratio* sarebbe quindi la inesigibilità di un comportamento conforme al precetto penale<sup>24</sup>.

A fondamento di tale interpretazione, dunque, insisterebbe non tanto una valutazione di complessiva liceità del comportamento, bensì "*la considerazione della drammaticità dell'alternativa tra collaborare all'amministrazione della giustizia e pregiudicare i propri cari, la quale svelerebbe l'inesigibilità di una condotta rispettosa della legge*"<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Così Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 1997, n. 1908. Nello stesso senso Sez. I, 9 maggio 1992, n. 5414, secondo cui l'evento oggetto della situazione di necessità di cui all'art. 384 c.p. non è costituita da un evento di pericolo ma da uno di danno.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. I, 30 giugno 1975.

<sup>22</sup> Così Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 10654, 3 novembre 1989, secondo cui condizione per l'applicabilità della norma, quale manifestazione dello stato di necessità, è rappresentata dalla involontarietà della condizione di pericolo, e 24 febbraio 1986, n. 5046; in senso diametralmente opposto la giurisprudenza più recente della stessa Sezione: Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 34543. In argomento si v. anche SCARCELLA, *Punibile il falso teste "avvisato" di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, n. 167.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. VI, 30 novembre 2018, n. 53939; Sez. V, 24 aprile 2018, n. 18110.

<sup>24</sup> In questo senso, tra gli altri, PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Giappichelli, 2013, 457 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, 355 ss. In argomento si v. anche ZANOTTI, "Nemo tenetur se detegere": *profili sostanziali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, 184 ss.

<sup>25</sup> Così DI BIASE, *Analogia in bonam partem e cause di esclusione della colpevolezza: sull'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p. ai conviventi more uxorio. Riflessioni a margine di una recente ordinanza di remissione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2020, 2848-2849.

Una terza interpretazione, rimasta sempre minoritaria, classifica infine l'art. 384 comma 1 c.p. tra le cause di non punibilità<sup>26</sup>, e ciò in ragione della difficoltà di inquadrare in modo puntuale le ragioni che si pongono alla base della fattispecie<sup>27</sup>.

## 5. Brevi considerazioni sull'assenza di impedimenti all'applicazione analogica delle cause di giustificazione (e di esclusione della colpevolezza).

Il concetto di anti giuridicità risponde all'esigenza di realizzare un temperamento tra gli interessi contrapposti coinvolti nell'ambito della vicenda in cui si è prodotto il fatto di reato.

Se, da un lato, l'ordinamento ritiene necessario sanzionare tutti quei comportamenti idonei a ledere un bene giuridico oggetto di tutela penale, dall'altro lo stesso ordinamento conferisce rilevanza ad alcune caratteristiche proprie di quegli stessi comportamenti al fine di ritenere che essi – se ed in quanto finalizzati a tutelare degli interessi non solo meritevoli di tutela, ma anche collocabili, in una scala assiologica, in una posizione corrispondente o superiore rispetto a quella alla quale si colloca l'interesse leso – non siano meritevoli di sanzione (salva, evidentemente, l'eventuale esistenza di profili di compensazione di natura civilistica).

Ciò risponde, in sostanza, all'esigenza, interna all'ordinamento, che esso non si contraddica mediante la previsione di una sanzione penale a carico di un comportamento che, sotto altro profilo, appare determinato da una finalità che, in quanto satisfattiva di un altro e più rilevante interesse giuridico, risulta legittima<sup>28</sup>.

Pare corretto, pertanto, affermare che l'anti giuridicità, in ambito penale<sup>29</sup>, rappresenta la violazione, attraverso la condotta tipica ed offensiva, delle esigenze di tutela dell'ordinamento, risolvendosi, in concreto, nel difetto di cause di giustificazione.

---

<sup>26</sup> In questi termini, senza tuttavia affrontare in maniera diretta la questione relativa alla natura della fattispecie, Cass. pen., SS. UU., 14 febbraio 2008, n. 7208, che, nel richiamare la sentenza della Sez. VI, 4 ottobre 2001, Mariotti, afferma che l'art. 384 comma 1 c.p. trova la sua giustificazione nell'istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (*nemo tenetur se detegere*) e nell'esigenza di tener conto, agli stessi fini, dei vincoli di solidarietà familiare.

<sup>27</sup> In questi termini FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale - I*, Zanichelli, 2008, 414. Parla invece di "chimera giuridica" SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 145 ss. In argomento si v. anche MEZZA, *Unioni civili e convivenze di fatto nelle cause di non punibilità: l'ambito applicativo dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, 2738 ss.

<sup>28</sup> Secondo PADOVANI, *Le cause di giustificazione*, Cedam, 2006, 140, "...in termini dogmatici, la circostanza che il fatto tipico sia stato commesso sovvertendo il criterio di priorità stabilito dall'ordinamento (e quindi in assenza di causa di giustificazione), lo qualifica come obiettivamente anti giuridico; nell'ipotesi inversa (e cioè in presenza di una causa di giustificazione), esso risulta invece obiettivamente lecito". MANTOVANI, *Diritto Penale - Parte generale*, Cedam, 2007, 233, afferma che il fondamento logico-giuridico delle scriminanti è dato dal principio di non contraddizione, per cui uno stesso ordinamento non può imporre o consentire e, ad un tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare sé stesso e la sua pratica possibilità di attuazione.

<sup>29</sup> In ambito civile, al contrario, non ogni fatto che rechi danno, si sostiene, genera obbligo di risarcimento, poiché esso deve essere in contrasto con un dovere giuridico: è proprio "questa relazione di difformità (che) si esprime appunto come anti giuridicità". Ad esempio, la giurisprudenza

Di conseguenza, allorché manchi il contrasto con l'ordinamento giuridico, quale organismo che sovrintende alla sanzione di comportamenti che abbiano offeso degli interessi giuridicamente rilevanti, verrà meno anche l'antigiuridicità: come affermato in una pronuncia di merito, *“l'esimente ... viene ad incidere sulla struttura oggettiva, prima ancora che soggettiva, del reato facendogli perdere il contenuto proprio della sua antigiuridicità, con la conseguenza che il fatto, pur coincidendo con la figura astratta del reato, viene ad essere esente da pena, per la evidente mancanza di danno sociale, trattandosi di un'azione non più in contrasto con gli interessi della collettività”*<sup>30</sup>.

Le cause di giustificazione, dunque, hanno la funzione di interrompere il rapporto casuale tra il fatto, che pure è qualificabile in astratto come illecito, e l'effetto consistente nella sanzione da parte dell'ordinamento.

La ricerca della *ratio* della loro esistenza e della loro funzione è sempre stata un punto piuttosto critico; in questa sede basti ricordare che, secondo la principale impostazione dottrinarica, essa risiede nella maggiore, minore od uguale rilevanza che l'ordinamento giuridico attribuisce agli interessi giuridici coinvolti nella vicenda umana ed alla cui realizzazione o tutela sono state realizzate le condotte, sicché il principio fondante delle cause di giustificazione sarebbe quello della preventiva e generalizzata operazione di bilanciamento tra i possibili beni giuridici in conflitto<sup>31</sup>.

za, in numerose pronunce, ha riconosciuto il risarcimento per lesione all'integrità del patrimonio, nonché per la perdita di opportunità (*chance*), identificando nell'art. 2043 c.c. una clausola generale in base alla quale è risarcibile la lesione di qualunque interesse, rilevante per l'ordinamento; progressivamente, la situazione soggettiva suscettibile di risarcimento ha, apparentemente, acquistato nettezza ed omogeneità di contorni, ed il danno ingiusto è stato assimilato al pregiudizio arrecato in violazione di un dovere giuridico (ovvero in caso di antigiuridicità obiettiva). Proprio in ragione di ciò, in presenza di una delle due cause di giustificazione previste dal codice civile, ossia la legittima difesa e lo stato di necessità (artt. 2044 e 2045 c.c.), non sussiste un diritto al risarcimento del danno. Per la prima ipotesi si prevede che nulla è dovuto per il danno che sia stato cagionato per legittima difesa, per la nozione della quale deve evidentemente farsi riferimento all'art. 52 del codice penale, mentre il successivo articolo prevede che *“quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta una indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”*. Nel vigore del codice del 1865, invece, era assai discusso se in caso di danno cagionato in stato di necessità fosse o meno escluso il risarcimento del danno. All'atto della nuova codificazione, e stante la previsione dell'art. 54 c.p., che prevedeva (e prevede) la non punibilità per il reato commesso in stato di necessità, ai più non sembrava equo che tutte le conseguenze dannose rimanessero a carico della vittima; tuttavia era difficile, in assenza di una previsione specifica accordare una forma di ristoro, ragion per cui il codificatore ha previsto, in tal caso, il diritto del danneggiato ad una indennità. Secondo VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, 2005, 587, l'influenza del diritto penale sulla teorizzazione del diritto civile è comune anche a molti altri ordinamenti. In particolare tale dipendenza è molto forte nel sistema francese dove il *code civil* non contiene, a differenza del nostro, alcuna disposizione con riguardo ai *“faits justificatifs”* e solo nel 1968 è stata emanata una leggina che ha introdotto un regime speciale di responsabilità dell'incapace affetto da disturbi mentali. Si veda a questo proposito anche PELLISSIER, *Faits justificatifs et action civil*, Dalloz, 1963, 121; VINEY, *La responsabilité: conditions*, in *Traité Ghestin*, Paris, 1982, 666.

<sup>30</sup> C. App. Perugia 6 giugno 2001, in *RGU*, 2002, 63.

<sup>31</sup> In argomento WACHINGER, *Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung*,

Nondimeno, l'esistenza di una possibile graduazione tra valori, e quindi beni giuridici, generalmente riconosciuta dall'ordinamento, potrebbe porre il problema di comprendere se le cause di giustificazione siano a numero chiuso – e dunque la declaratoria dell'assenza di antigiridicità di un comportamento debba necessariamente confrontarsi con l'ambito applicativo di quanto previsto in termini positivi dal libro primo del codice penale – ovvero se all'interprete sia possibile costruire, sulla base delle circostanze concrete, anche nuove chiavi di legittimazione di comportamenti conformi a fattispecie.

La dottrina tradizionale giunge alla soluzione che le cause di giustificazione non rientrino nei casi in cui l'interpretazione analogica è vietata dall'art. 14 delle preleggi<sup>32</sup>: si afferma, infatti, che le scriminanti non sono, innanzitutto, norme penali in senso stretto perché non rappresentano fattispecie che “*ridondino ai danni del reo*”<sup>33</sup>.

Non sembrano, inoltre, norme eccezionali<sup>34</sup>, e ciò in quanto espressione di principi generali che permeano tutto l'ordinamento e che traggono la propria essenza e giustificazione dall'ordinamento stesso<sup>35</sup>, ed in particolare dal principio costituzionale di solidarietà sociale, sulla scorta del quale, alla luce di un bilanciamento degli interessi in gioco, è possibile che un fatto illecito, in presenza di determinate condizioni, perda il proprio carattere antigiridico<sup>36</sup>.

Ed allora, se non sono norme penali e non sono nemmeno norme eccezionali, nulla osta ad una loro interpretazione analogica *in bonam partem*.

Se l'esclusione dell'antigiridicità deriva da determinate circostanze, riferibili all'atto del comportamento umano, che il legislatore ritiene indicative di un fine giuridicamente apprezzabile e legittimo, sulla scorta di valutazioni di politica criminale, dovrebbe potersi riconoscere che anche altre possibili condotte, anche se non

---

in *Frank.fest*, I, Tübingen, 1930, 476, nota 1. Questa teoria sarebbe idonea, se ulteriormente sviluppata, potrebbe rappresentare la chiave di legittimazione delle esimenti non codificate, istituto che negli anni ha subito molteplici applicazioni pratiche, prima fra tutte quella relativa all'attività medico chirurgica, rispetto alla quale si può ritenere che, a determinate condizioni (ad esempio in caso di intervento urgente e di grave pericolo di vita per il paziente), l'eventuale mancata manifestazione del consenso del paziente e la limitazione della sua libertà decisionale costituiscono il sacrificio di un bene che è inferiore a quello della salute e dell'integrità fisica, valori che, in quanto di rango superiore, a certe condizioni possono essere tutelati anche a discapito della libertà personale.

<sup>32</sup> Si deve infatti ricordare che l'art 14 delle preleggi, rubricato “*applicazione delle leggi penali ed eccezionali*” sancisce il principio per il quale “*le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempo in esse considerate*”.

<sup>33</sup> ANTOISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Giuffrè, 2003, 95. In argomento si v. anche, nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Zanichelli, 2001, 165.

<sup>34</sup> In questo senso ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 50 ss., nonché alcuni arresti giurisprudenziali, tra cui Cass. pen., Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9559; *contra* MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Giuffrè, 2012, 349, secondo cui “*eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore, e non dal giudice in via analogica*”.

<sup>35</sup> Si v. sul punto, anche per i richiami dottrinali, DI BIASE, *Analogia in bonam partem e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 2850.

<sup>36</sup> Diversamente NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, 1972, 33 e ss., evidenzia che la logica del comando comporta un'esigenza di tipicità che si riverbera anche sui limiti dell'obbligo ed esclude, pertanto, la possibilità di ricorrere all'analogia *in bonam partem*.

espressamente disciplinate negli effetti, possano ricevere, in quanto finalizzate al raggiungimento di un fine altrettanto apprezzabile, un trattamento identico da parte dell'ordinamento.

In altre parole, se le cause di giustificazione espressamente previste risultano dall'accertamento di requisiti descritti dalla legge, le cause di giustificazione non previste risulterebbero, invece, dall'accertamento di elementi che rivelerebbero all'interprete il valore scriminante di un dato comportamento, valore che, in realtà, può ben essere del tutto identico a quello proprio delle cause di giustificazione tipiche<sup>37</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, manifesta dubbi rispetto alla possibilità di enucleare delle nuove cause di giustificazione non codificate, aggiungendo che, a ben vedere, con quelle tipizzate, se ben interpretate, si riuscirebbero a “coprire” tutte le ipotesi per le quali esse sono invocate: le situazioni relative alle esimenti cc.dd. tacite acquisterebbero quindi rilevanza “o per via indiretta da norme dell'ordinamento giuridico o esclusivamente dai principi che governano le altre cause di giustificazione”<sup>38</sup>.

Orbene, nel nostro sistema giuridico l'interpretazione, ed in particolare quella variante di essa che consiste nell'analogia, costituisce il processo logico-giuridico grazie al quale la forza normativa dei principi, in assenza di una disciplina di diritto positivo, precipita, mediante l'opera nella giurisprudenza, nell'applicazione concreta del diritto<sup>39</sup>.

Ed allora, non apparendo possibile ritenere che il divieto di analogia in *bonam partem* sia ostacolato dalla ritenuta natura eccezionale delle cause di giustificazione, ed identificando la *ratio* di queste ultime in principi generali dell'ordinamento, viene possibile immaginare che quello delle cause di giustificazione sia un sistema potenzialmente aperto, la cui applicazione pratica possa realizzarsi anche mediante il ricorso all'interpretazione analogica.

Sarà allora possibile (ma, evidentemente, non potrà essere obbligatorio), per l'interprete, cogliere il fondamento e la funzione delle singole scriminanti esistenti e, in presenza di una *eadem ratio*, applicarle a casi diversi da quelli previsti dal diritto positivo<sup>40</sup>: attraverso questo meccanismo i principi dell'ordinamento si riveleranno come valori normativi che consentono di ritenere che in certe situazioni sussista una causa

<sup>37</sup> In argomento si v. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, 590-598.

<sup>38</sup> ROSSI, *La collocazione dogmatica delle scriminanti. Ammissibilità delle scriminanti tacite*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>39</sup> MIELE, *ibidem*, 598 per chiarire attraverso quale procedimento giuridico opera la efficienza normativa dei principi nelle cause di giustificazione non previste, “*si devono registrare due atteggiamenti che risultano storicamente condizionati dal modo in cui funziona un sistema normativa e dalla posizione che occupa la dogmatica nel concreto funzionamento dell'esperienza giuridica. Infatti c'è da segnalare che dove la dottrina ha assunto una posizione di preminenza, come in Germania, la forza normativa dei principi opera nella giurisprudenza per l'autorità diretta della elaborazione dogmatica, nel nostro sistema giuridico invece si fa ricorso alla logica dell'interpretazione e viene esattamente impiegato quel particolare procedimento di interpretazione che è appunto l'analogia*”.

<sup>40</sup> In questo senso MIRRA, *Causa di giustificazione non codificate e fenomeno sportivo*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

di giustificazione in ragione della concreta inesistenza sostanziale, in un determinato comportamento umano, di un profilo di anti giuridicità<sup>41</sup>.

La categoria delle esimenti non codificate acquisterebbe, così, una dimensione di concretezza, e richiamerebbe l'interprete ad un'indagine mirata a verificare, sulla base di un giudizio di natura sostanzialistica, la eventuale conformità di un comportamento apparentemente illecito ad un principio dell'ordinamento giuridico, con la sola avvertenza – per non giungere all'arbitrio – che si tratti di un principio che abbia già trovato in altre norme la sua manifestazione positiva e che sia funzionale alla tutela di un bene giuridico di valore almeno assimilabile a quello offeso dal comportamento conforme a fattispecie.

Sul punto appare opportuno ricordare l'opinione di chi, pur diversamente qualificando la fattispecie di cui all'art. 384 c.p., ed inquadrandola quale causa di esclusione della colpevolezza, ritiene che essa, rispondendo all'impostazione generale dell'ordinamento per cui non può darsi un comportamento penalmente rilevante in assenza di un comportamento alternativo esigibile, possa subire un'interpretazione analogica, ed essere quindi applicabile alle coppie di fatto “*senza alcuna forzatura*”<sup>42</sup>.

Si concorda, in particolare, con tale impostazione nella parte in cui riconosce, manifestando elasticità culturale e rigore scientifico, che la (presunta) eccezionalità di una norma giuridica è concetto relazionale e proteiforme, che origina dalla sua eventuale corrispondenza o deviazione dai principi generali della materia di riferimento: è innegabile, invero, che l'ordinamento penale sia ispirato tanto al principio della necessaria anti giuridicità dei comportamenti sanzionabili (quale precipitato di quello di non contraddizione dell'ordinamento), quanto a quello della necessaria esigibilità delle condotte oggetto del comando penale<sup>43</sup>.

Ciò che però fa propendere chi scrive per il possibile inquadramento della fattispecie quale causa di giustificazione, che rappresenta il frutto di un'opera di bilanciamento di valori realizzata dall'ordinamento in via preliminare ed assoluta – e, in questo caso, senza possibilità di ampliamenti di sorta (come vedremo tra poco) – è la selezione delle fattispecie alle quali l'art. 384 comma 1 c.p. è applicabile<sup>44</sup>.

Se essa fosse esplicitazione della inesigibilità del comportamento, non si comprenderebbe per quale motivo il riconoscimento di tale particolare condizione psicologia, nella prospettiva della salvaguardia della libertà o dell'onore del congiunto, non dovrebbe valere anche rispetto a fattispecie diverse da quelle ivi indicate, quali, ad esempio, la procurata evasione di cui all'art. 386 c.p. o la procurata inosservanza di pena di cui all'art. 390 c.p., norma, quest'ultima, strutturalmente assimilabile al favoreggiamento personale ma non scriminabile ai sensi dell'art. 384 comma 1 c.p.

---

<sup>41</sup> VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Giuffrè, 1942, 117.

<sup>42</sup> DI BIASE, *Analogia in bonam partem*, cit., 2851.

<sup>43</sup> DI BIASE, *op. cit.*, 2852.

<sup>44</sup> Ad un primo esame, le ragioni dell'identificazione di tali fattispecie, evidentemente a numero chiuso, potrebbero risiedere nella tendenziale natura di pericolo e della complessiva minore gravità dei delitti in questione, del mancato coinvolgimento di interessi di terzi (con l'esclusione della falsa testimonianza e dei delitti in materia di dichiarazioni, che potrebbero incidere negativamente su terzi incolpevoli ma che non lo fanno necessariamente), e nell'esclusione delle fattispecie a tutela dell'autorità delle decisioni dell'Autorità Giudiziaria.

## 6. La possibile natura eccezionale del solo art. 384 comma 1 c.p.

In realtà, piuttosto che quella di cui l'art. 54 c.p. (ma lo stesso varrebbe per le altre cause di giustificazione), è l'art. 384 comma 1 c.p. a sembrare norma eccezionale, e ciò poiché essa rappresenta una deroga<sup>45</sup> al regime della causa di giustificazione di parte generale<sup>46</sup>, la quale, come visto, postula l'esistenza di un pericolo attuale di un grave danno alla persona<sup>47</sup> e non di un pericolo di nocumento alla libertà ed all'onore<sup>48</sup>, valori, questi ultimi, evidentemente meritevoli di determinare l'impunità non rispetto a qualsiasi condotta illecita che miri ad una loro tutela, bensì soltanto ad alcune soltanto tra le fattispecie contro l'amministrazione della giustizia (e la cui elencazione deve sicuramente ritenersi a numero chiuso).

Le due norme, a parere di chi scrive, hanno ambiti applicativi concentrici, uno, più ristretto, rappresentato dall'orizzonte proprio della previsione dell'art. 384 comma 1 c.p. – applicabile a soltanto alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia ed allo scopo di evitare esclusivamente il nocumento alla libertà o all'onore – ed un altro, più ampio, all'interno del quale rientrano tutte le possibili manifestazioni dello stato di necessità<sup>49</sup>, e potrebbero quindi dirsi legate da un rapporto di specialità.

In questo senso, peraltro, si è anche espressa alcuna giurisprudenza di legittimità, affermando, in particolare – l'arresto riguarda il profilo delle fattispecie alle quali è applicabile l'esimente, ma il principio di diritto sembra applicabile anche in una prospettiva soggettiva – che *“l'esimente dell'art. 384 c.p. sussiste quando uno dei reati ivi richiamati è stato commesso in stato di necessità correlato al bisogno di conservazione della libertà o dell'onore, mentre non sussiste ove il nocumento temuto concerne l'incolumità fisica dell'autore di uno dei fatti criminosi suddetti; la tassatività dei casi in cui opera la causa di giustificazione emerge dalla natura stessa della esimente, stante la limitazione posta dal legislatore per i reati indicati nella norma citata rispetto alla più ampia efficacia della scriminante dell'art. 54 c.p.”*<sup>50</sup>.

Proprio in ragione di ciò, dovrebbe escludersi la possibilità che la speciale esimente dell'art. 384 comma 1 c.p. possa essere sottoposta ad un'applicazione analogica, sia rispetto alle figure delittuose alle quali è applicabile, sia rispetto ai soggetti che se ne possono giovare; in presenza, dunque, di una situazione non sussumibile all'interno di tale fattispecie, la possibilità di andare esente da responsabilità dovrebbe poter discendere esclusivamente dall'applicazione analogica dell'art. 54 c.p., ma ciò a condizione che ne sussistano tutte le specifiche ed ulteriori condizioni applicative.

<sup>45</sup> Il medesimo rapporto, con buona approssimazione, potrebbe esistere tra il consenso dell'agente dritto e l'omicidio del consenziente.

<sup>46</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 1983, n. 2537.

<sup>47</sup> Nondimeno, Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1989, n. 12672, e 15 novembre 1985, n. 10707, affermano la necessità che anche l'art. 384 c.p. vada applicato a condizione che vi sia prova non di un pericolo di nocumento “genericamente temuto”, ma di un pericolo attuale e concreto.

<sup>48</sup> In tale prospettiva Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2008, n. 26560.

<sup>49</sup> In senso contrario Cass. pen., Sez. I, 14 aprile 1989, n. 5759, e Sez. VI, 30 aprile 1988, n. 5232, che hanno ritenuto applicabile l'art. 384 comma 1 c.p. anche qualora il nocumento temuto avesse ad oggetto non la libertà o l'onore ma l'incolumità fisica.

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2006, n. 12799; nei medesimi termini Sez. VI, 14 novembre 1979.

Il rischio insito nell'asserire che l'art. 384 comma 1 c.p. possa essere applicato in via analogica, in realtà, potrebbe non determinare problemi di chissà quale natura rispetto alla situazione dei conviventi *more uxorio* - che, in effetti, potrebbe divenire oggetto di apposita prova mediante l'allegazione di una serie di elementi fattuali idonei a comprovare la sua equivalenza a ciò che fisiologicamente contraddistingue il rapporto di coniugio.

Tale interpretazione, tuttavia, potrebbe generare degli effetti distorsivi derivanti dalla possibile perdita di controllo nella dilatazione della compagine dei congiunti verso ulteriori soggetti che rientrerebbero nell'ipotetico elenco allargato: si pensi, ad esempio, agli affini del convivente *more uxorio* e di quello *more unione civile* nonché a coloro che ricoprirebbero la posizione di zii o di nipoti di fatto.



## LA CHIUSURA DEL CASO “TAMOIL CREMONA”: LA NUOVA (ED ULTIMA) PRONUNCIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Nota a Cass. Pen., sez. V, sent. 13 ottobre 2020 (dep. 7 gennaio 2021), n. 325,  
Vessicelli Presidente – Est. Belmonte

**Giulia Rizzo Minelli\***

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Il caso. – **2.1.** Il *limine* tra delitto di avvelenamento di acque e il disastro innominato al vaglio dei giudici di merito. – **2.2.** Il primo ricorso alla Corte di Cassazione. **2.3.** La ritenuta omogeneità strutturale del delitto di “disastro innominato” rispetto agli altri disastri “tipizzati”. – **3.** Il ricorso ex art. 625-*bis* c.p.p. – **4.** Il ricorso straordinario e la decisione della Suprema Corte.

### Abstract

*La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, nel rigettare il ricorso promosso ex art. 625-bis c.p.p. dal gestore della raffineria Tamoil di Cremona, ha definitivamente concluso il noto caso che vedeva coinvolto il responsabile del citato impianto industriale per l'avvelenamento delle acque di falda, superficiali, intermedie e sotterranee, limitrofe allo stabilimento. Il contribuuto, prima di prendere in esame il ricorso straordinario e la disposizione codicistica che lo regola, ripercorre le tappe fondamentali della vicenda Tamoil e si sofferma sul delitto di disastro innominato che, prima dell'avvento dell'art. 452-quater nel codice penale (quest'ultimo volto a regolare una specifica ipotesi di disastro lesivo del bene ambiente), veniva largamente impiegato dalla giurisprudenza per contrastare le più gravi forme di compromissione ambientale.*

*In rejecting the claim lodged ex art. 625-c.p.p. by the Cremona Tamoil refinery manager, the Supreme Court has closed definitively the well-known case involving the person in charge of the above-mentioned industrial plant, for poisoning the superficial, intermediate and deep groundwater close to the plant. This article, before examining the extraordinary appeal and the code provision that governs it, revisits the crucial stages of the Tamoil affair and it focuses on the crime of unnamed disaster, that, before the introduction in the criminal code of article 452-quater (aimed at regulating a specific assumption of disaster aggressive for the environment) was widely applied by the case law to fight the most serious forms of environmental damage.*

---

\* Dottoranda di Ricerca in Diritto penale presso l'Università di Bologna.

## 1. Premessa.

Con la sentenza che si annota i giudici della V sezione della Corte di Cassazione si sono nuovamente pronunciati sul caso che ha visto coinvolto il gestore della raffineria Tamoil di Cremona, il quale – in base all’originaria ipotesi accusatoria – in concorso con l’amministratore delegato e con il direttore generale di Tamoil Raffinazione s.p.a., oltre che con altri soggetti operanti nell’impianto industriale – dinnanzi a reiterate «condotte di sversamento nel suolo di sostanze inquinanti che penetravano nel terreno e nella falda acquifera» (sversamenti dovuti, in tesi d’accusa, alla abituale gestione illecita dei rifiuti, ad incidenti ed a perdite dei serbatoi e/o della rete di raccolta delle acque), «non adottava idonei interventi di messa in sicurezza e non procedeva ad effettuare tempestive analisi geologiche atte ad accertare l’effettiva esistenza del cosiddetto “taglione” lungo l’argine maestro del fiume Po» (diaframma impermeabile costruito per arginare le piene del fiume che avrebbe dovuto impedire la migrazione delle sostanze inquinanti, attraverso la falda, oltre i confini della raffineria), «rappresentandosi ed accettando il rischio di avvelenare le acque della falda superficiale, intermedia e profonda aumentandone il grado di contaminazione da idrocarburi e metalli pesanti, anche nelle aree circostanti al di fuori del perimetro della raffineria e – altresì – non effettuava comunicazioni tempestive ed esaustive circa i dati necessari alle procedure di bonifica»<sup>1</sup>.

Avverso la sentenza emessa il 25 settembre 2018 dalla I sezione della Corte di Cassazione, che aveva dichiarato infondati i motivi di doglianza presentati dal gestore della raffineria, quest’ultimo ha presentato ricorso ai sensi dell’art. 625-bis c.p.p., denunciando plurimi errori di fatto che affettavano la pronuncia di legittimità.

La V sezione, chiamata a giudicare il ricorso straordinario, ha però ritenuto inammissibili i motivi ivi adottati, chiudendo – definitivamente – la vicenda.

## 2. Il caso.

Prima di procedere alla disamina della sentenza in rassegna, pare opportuno soffermarsi – seppur brevemente – sulla c.d. “vicenda Tamoil”, sia per meglio comprendere i motivi oggetto del ricorso straordinario sia – più in generale – per il rilievo che le pronunce dei giudici di merito e della I sezione della Suprema Corte assumono in materia di disastro, *latu sensu*, ambientale.

Ed invero, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, dinnanzi a gravi contaminazioni delle acque causate da attività industriali (in particolare da scarichi provenienti da stabilimenti che trattano e/o producono sostanze chimiche e tossiche, oppure da percolamenti nelle falde acquifere di rifiuti ammassati in aree destinate a discarica), le lacune del contesto normativo allora esistente, non congegnato per far fronte a fenomeni di più serio inquinamento e non assistito da sanzioni penali repu-

---

<sup>1</sup> Il capo di imputazione qui riportato è tratto dalla sentenza del GUP di Cremona del 18 luglio 2014 (GIP Salvini), in cui lo stesso viene trascritto. Ne fa menzione anche RUGA RIVA, *L’avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali: qualche spunto su criteri di accertamento e quantificazione del pericolo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 3, 2017, 1008 ss.

tate sufficientemente severe, ha determinato il ricorso da parte della giurisprudenza, per sanzionare i fatti di grave contaminazione di fonte industriale, ai delitti di adulterazione e di avvelenamento delle acque (artt. 439, 440 e 452 c.p.), di disastro c.d. "innominato" (art. 434 c.p.) e di danneggiamento c.d. idrico (art. 635, co. 2 n. 3, c.p.), ritenuti maggiormente in grado di contrastare le forme più significative di aggressione alla pubblica salute ed incolumità<sup>2</sup>. Ne è un esempio il caso relativo al Petrolchimico di Porto Marghera, che ha dato avvio ad un progressivo aumento di processi in cui venivano contestati agli imputati i suddetti delitti, tra cui, anche quello avente ad oggetto la compromissione delle acque adiacenti al sito Tamoil di Cremona<sup>3</sup>.

Tale procedimento trae origine dall'esposto inviato il 10 luglio 2007 alla Procura della Repubblica di Cremona dalla associazione "Ambiente, territorio e società", in cui venivano rappresentati i dati emersi all'esito delle Conferenze di Servizi - a cui avevano partecipato il Comune, la Provincia, l'Arpa, Tamoil ed altri Enti - dai quali emergeva un grave inquinamento della falda acquifera sottostante la raffineria, di cui Tamoil era a conoscenza già dal 2001 quando, ai sensi dell'art. 9 del D.M. 471/1999 si era attivata inviando a Regione, Provincia e Comune uno studio circa gli elevati livelli di inquinamento riscontrati all'interno del proprio sito industriale.

Di qui l'originaria imputazione, che vedeva ascritto al gestore della raffineria il delitto di avvelenamento doloso di acque ex art. 439 c.p. (protratto dal 2001, epoca della autodenuncia della sospetta contaminazione, fino al 2007, quando divenne operativa la barriera idraulica di contenimento degli inquinanti) e le contravvenzioni di inquinamento idrico (art. 137 d.lgs. 152/2006) gestione abusiva di rifiuti (art. 256 d.lgs. n. 152/2006) ed omessa bonifica (art. 257 d.lgs. 152/2006).

## **2.1. Il *limine* tra delitto di avvelenamento di acque e quello di disastro innominato al vaglio dei giudici di merito.**

Il primigenio impianto accusatorio è stato oggetto di un significativo ridimensionamento, prima ad opera del GUP di Cremona, poi in sede di appello.

---

<sup>2</sup> Così, AMENDOLA, *Inquinamento idrico e legislazione penale*, 1972, 64 ss.; ALMIERI, *Il delitto di avvelenamento di acque (art. 439 c.p.)*. *Linee di interpretazione*, 1979, 61 ss.; RUGA RIVA, *L'avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali: qualche spunto su criteri di accertamento e quantificazione del pericolo*, cit.

<sup>3</sup> Tra gli altri, i casi relativi allo stabilimento Solvay-Archema di Spinetta Marengo (Alessandria); allo stabilimento Ilva di Taranto, allo stabilimento Montedison-Ausimont di Bussi sul Tirino ed alla Fonderia Sacal nel Comune di Carisio. Sul punto, GIAMPIETRO, *L'avvelenamento di acque destinate all'alimentazione (nota a Corte di Assise di Alessandria n. 1/2015)*, in *A&S*, 10/2016, 655 ss.; RUGA RIVA, *Il caso Spinetta Marengo: avvelenamento delle acque e omessa bonifica al banco di prova della giurisprudenza (Corte Assise Alessandria, sent. 14 dicembre 2015)*, in *www.dpei.it.*; CENTONZE, D'ALESSANDRO, *La sentenza del Tribunale di Venezia sul petrolchimico di Porta Marghera*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 119; GIAMPIETRO, *Il reato di avvelenamento di acque destinate all'alimentazione nella recente giurisprudenza*, in *Ambiente e sviluppo*, 2019, 4, 227; RIZZO MINELLI, *Il delitto di avvelenamento di acque alla luce di due recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Lexambiente - Riv. Trim.*, 4/2019, 75 ss.

Ed invero, il primo giudice<sup>4</sup> – pur non condividendo la tesi difensiva secondo cui l'inquinamento riscontrato nella falda aveva natura storica (potendo essere tale solo quella contaminazione non più in atto, riferibile a fatti avvenuti in precedenza e non più attivi per il venir meno delle disfunzioni che li avevano determinati) e pur avendo accertato una seria contaminazione delle acque superficiali e di falda<sup>5</sup> – ha ritenuto che le condotte originariamente ricomprese nell'alveo dell'art. 439 c.p., fossero invece rispondenti alla fattispecie prevista dall'art. 434 c.p.

L'avvelenamento doloso di acque – termine dotato di pregnanza semantica in-dubbia tale da rendere deducibile in via immediata il pregiudizio per i beni giuridici protetti dalla norma (salute e incolumità pubblica) – rappresenta l'evento del delitto, che si consuma nel momento in cui tale compromissione si verifica. Un simile evento richiede che siano state immesse sostanze inquinanti di qualità ed in quantità tali da determinare il pericolo, scientificamente accertato, di effetti tossico-nocivi per la salute: pericolosa per il bene giuridico tutelato è, infatti, solo quella dose di sostanza contaminante alla quale le indagini scientifiche hanno associato effetti avversi per la salute<sup>6</sup>.

Il delitto configura un reato di pericolo e – come tale – accorda una tutela anticipata e preventiva a beni di rango elevato quali la vita o l'integrità fisica, intesi nella loro dimensione collettiva, rispetto a condotte caratterizzate da potenzialità lesiva diffusa, frequenti nelle moderne società produttive.

Anche se la norma incriminatrice non richiede *apertis verbis* che dal fatto sia derivato un pericolo per la salute pubblica, essendo il reato in esame considerato come fattispecie di pericolo presunto, tuttavia è necessario che un “avvelenamento”, di per sé produttivo di un pregiudizio per la salute pubblica, vi sia stato<sup>7</sup>. Il concetto di “avvelenamento” rimanda infatti ad un evento – sotto il profilo del rapporto tra la sostanza ingerita e l'organismo umano – molto intenso e violento negli effetti, contraddistinti per gravità, immediata percepibilità e alto grado di letalità.

Sulla scorta di tali osservazioni il giudice cremonese, ritenendo che le condotte oggetto del suo vaglio non avessero caratteristiche di gravità tali da mettere in immediato pericolo la salute pubblica, ha assolto tutti gli imputati per il reato di avvelenamento doloso, riqualificando i fatti in disastro innominato, doloso (art. 434, co. 2 c.p.) per il gestore della raffineria (oltre che per un altro soggetto), colposo per i restanti imputati (art. 449 c.p.). Mentre l'avvelenamento, infatti, «*agisce in modo diretto, più definito e con gravi conseguenze immediate, il disastro previsto dall'art. 434 c.p., si propaga nel tempo e spesso non è immediatamente percepibile*».

---

<sup>4</sup> Sentenza GUP 18 luglio 2014, *cit.*

<sup>5</sup> La sentenza del giudice cremonese dedica molte pagine all'analisi dei dati scientifici e di fatto che fornirebbero un quadro allarmante del livello di contaminazione della falda e delle sostanze, cancerogene o comunque pericolose per la salute pubblica, che sarebbero entrate in contatto con i frequentatori delle società “Canottieri”, limitrofa alla raffineria.

<sup>6</sup> Così, Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2007, n. 15216; Cass. pen., sez. IV, sent. 5 maggio 2018, n. 25547. In dottrina, BRUCCELLARIA, sub art. 439 c.p., in *Codice penale commentato*, tomo II, a cura di DOLCINI, GATTA, 2015, 1948 s.; Mazza, *Avvelenamento di acque e di sostanze alimentari*, in *Enc. For.*, I, 1958, 636.

<sup>7</sup> Sul punto, CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, 2017, 267 ss.

Il delitto di “disastro innominato”, nel punire la commissione di fatti diretti a cagionare il crollo di una costruzione o un altro disastro ovvero la causazione di uno dei due eventi, è stato spesso chiamato dalla giurisprudenza ad assolvere la funzione di norma chiusura del sistema in materia di tutela della pubblica incolumità a fronte delle nuove fonti di rischio<sup>8</sup>, che aggrediscono il bene protetto in maniera non prevenibile *ex ante*. Tale norma – di per sé caratterizzata dalla mancanza di una puntuale descrizione normativa del fatto tipico – perde, ad avviso del giudice di prime cure, i suoi tratti di indeterminatezza se viene ricollegata ai “disastri tipici” indicati nel medesimo articolo, in cui si richiama un evento di danno, di proporzioni ragguardevoli per vastità e difficoltà di coinvolgimento oltre che contrassegnato per l’intensità dell’allarme e per l’emozione suscitata nella generalità delle persone e, dunque, meglio si confà ad essere applicata al caso di specie.

Infine, il GUP, ritenuta – in mancanza di un progetto definitivo di bonifica approvato dall’autorità competenti – inesistente la contravvenzione di omessa bonifica (art. 257, primo alinea d.lgs.152/2006), ha riqualificato il fatto come omessa comunicazione di sospetta contaminazione (art. 257, secondo alinea d.lgs.152/2006), sul presupposto che «una comunicazione lacunosa, incompleta, palesemente inesatta equivalga ad una sua mancata comunicazione»<sup>9</sup>.

Di poi, la Corte di Assise d’Appello di Brescia, riformando parzialmente la sentenza, ha assolto, perché il fatto non sussiste, il gestore della raffineria dal reato di omessa comunicazione ed ha riqualificato il delitto di disastro doloso a lui ascritto (art. 434 c.p.) in disastro colposo (art. 449 c.p., aggravato ex art. 61 n. 3 c.p.)<sup>10</sup>.

I giudici hanno condiviso l’esclusione, ad opera del G.U.P. di Cremona, dell’esistenza del reato di avvelenamento di acque, facendo leva sul dato testuale della norma («*chiunque avvelena acque o sostanze destinate all’alimentazione*») e sulla sua epigrafe («*Avvelenamento di acque o sostanze alimentari*»), che inducono a ritenere come il legislatore abbia inteso tutelare solo quelle acque destinate direttamente all’alimentazione umana, quanto meno in via mediata (attraverso, ad esempio, il loro impiego per la preparazione di alimenti). Il tenore letterale non sembra così consentire interpretazioni estensive che finirebbero per contrastare sia con il principio di legalità, sia con il divieto di analogia in *malam partem*.

Peraltro, nel caso di specie, non si sarebbe potuto, neppure indirettamente, sostenere che le acque inquinate fossero destinate all’alimentazione umana, atteso che l’acquifero attinto per il fabbisogno idrico della popolazione non era risultato affetto da tali contaminazioni. Ne deve conseguire, secondo i giudici di appello, che la

---

<sup>8</sup> Sul delitto di cui all’art. 434 c.p., GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, 2005, 311 ss.; ID., *Fattispecie deprivate. Disastri innominati ed atipici in materia ambientale*, in AA.VV., *Studi in onore di Alessio Lanzani*, a cura di CADOPPI, VENEZIANI, 2020; Castronuovo, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in AA.VV., *Diritto penale dell’economia, II, Impresa e sicurezza*, a cura di FOFFANI, CASTRINUOVO, 2015.

<sup>9</sup> Tale assunto è condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria, così Cass. pen., sez. II, 13 aprile 2010, n. 22006, con nota di RUGA RIVA, *L’omessa bonifica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: un caso di analogia in malam partem?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 405 ss.

<sup>10</sup> Corte di Assise di Appello di Brescia, sent. 20 giugno 2016, n. 8. In dottrina, CECCHINI, *La vicenda Tamoi: l’avvelenamento di falde acquifere ed il c.d. disastro ambientale*, in [www.dpei.it](http://www.dpei.it).

compromissione delle risorse idriche inquinate, utilizzate dalla società adiacente la raffineria per scopi del tutto estranei a quelli alimentari, non possa integrare il delitto previsto dall'art. 439 del codice penale.

Tale pronuncia si pone dunque in linea con quelle, di poco precedenti, emesse dalle Corti di Assise di Chieti, nel caso Bussi sul Tirino<sup>11</sup>, e di Alessandria, nel caso Spinetta Marengo<sup>12</sup>, che hanno parimenti escluso il delitto nel caso in cui difetti l'attuale destinazione delle acque ad usi idropotabili, non essendo sufficiente la mera destinazione della matrice al consumo umano.

Ritenuto quindi corretto l'inquadramento dei fatti, come operato dal primo giudice, nell'alveo del disastro innominato, la Corte, asserendo che il dolo richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 434 c.p. sarebbe «*intenzionale rispetto all'evento di disastro ed eventuale rispetto al pericolo per la pubblica incolumità*», e che quindi tale delitto «*richiede una particolare adesione volontaristica alla causazione del disastro o del crollo, facendo riferimento ad un elemento soggettivo particolarmente intenso chiaramente orientato al perseguimento del disastro quale fattore primario della condotta e non certo come mero accadimento eventuale*», ha riqualificato il fatto-reato in disastro colposo innominato, non potendo corrispondere il dolo eventuale ascritto all'imputato con il dolo richiesto dal delitto di cui all'art. 434 c.p.

## 2.2. Il primo ricorso alla Corte di Cassazione.

Avverso la pronuncia della Corte lombarda ha proposto ricorso per Cassazione il gestore della raffineria, i cui principali motivi di doglianza attengono all'erronea qualificazione del fatto contestato come disastro innominato<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Corte di Assise di Chieti, sent. 19 dicembre 2014, n. 2. La sentenza è stata poi parzialmente riformata dalla Corte di Assise di Appello di L'Aquila, sent. 17 febbraio 2017, n. 1.

<sup>12</sup> Corte di Assise di Alessandria, sent. 14 dicembre 2015, n. 1 e Corte di Assise di Appello di Torino, sent. 20 giugno 2018, n. 8.

<sup>13</sup> Il ricorso in realtà è articolato in otto motivi. Mentre i primi motivi afferiscono all'art. 434 c.p., i restanti riguardano: l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese a s.i.t. da soggetti sentiti dal Pubblico Ministero nell'ambito di un altro procedimento, all'epoca in fase di indagine, non avendo i difensori prestato il consenso all'acquisizione dei verbali delle loro dichiarazioni (terzo motivo); la violazione dell'art. 603 c.p.p. e vizio di motivazione in ordine ai presupposti della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Infatti, nel corso dell'udienza di appello il Procuratore generale aveva depositato una lunga serie di documenti, di cui la Corte di merito – pur non disponendo la loro acquisizione – si è servita nella motivazione, facendovi riferimento. Alla medesima udienza, peraltro, la Corte aveva respinto la richiesta difensiva di acquisizione di un elaborato tecnico, prova che sarebbe stata senz'altro rilevante (quarto motivo); la violazione dell'art. 441, comma 5, c.p.p. ed il vizio di motivazione, con riferimento all'avvenuta acquisizione, da parte del Giudice di primo grado, dell'integrazione probatoria richiesta dal Pubblico Ministero, ormai all'esito del giudizio abbreviato, concernente documentazione relativa alla rete fognaria di Tamoil, nonché numerosi verbali di sommarie informazioni testimoniali. Illegittimamente il giudice, ai sensi dell'art. 441, comma 5, c.p.p., aveva ammesso i documenti e disposto l'audizione di alcuni tra i soggetti indicati dalla pubblica accusa, travalicando i limiti imposti dalla norma, che subordina l'integrazione probatoria all'impossibilità di definire il processo allo stato degli atti, ponendo un divieto per il giudicante di esplorare itinerari probatori estranei alla piattaforma probatoria già acquisita (quinto motivo); la violazione dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. ed il vizio di motivazione sotto

I giudici di merito, innanzitutto, non avrebbero dovuto ritenere che tale disastro potesse avvenire anche “per accumulo”, quale conseguenza di plurimi e ripetuti micro-eventi produttivi di effetti permanenti nel tempo. Aderendo ad una simile prospettiva, infatti, l'ipotesi delittuosa in esame difetterebbe degli elementi costitutivi propri degli altri disastri e, cioè, di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie atto a produrre effetti dannosi, gravi, complessi ed estesi, caratterizzato dalla (necessaria) concentrazione spaziale e temporale e da una “proiezione offensiva”, cioè dalla capacità dell'(unico) evento di disastro di dar vita immediatamente – quindi al momento stesso del verificarsi dell'evento distruttivo – ad un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone.

Verrebbe meno anche il requisito del pericolo per l'incolumità pubblica, sostituito da un generico e ineffabile rischio per la salute e da un inedito interesse alla protezione dell'ambiente, estraneo – al momento dei fatti – alla sistematica del codice penale<sup>14</sup>. Il riconoscimento della punibilità, ex art. 434 c.p., dei fatti di disastro ambientale mediante immissioni a dinamica progressiva e seriale, costituirebbe secondo il ricorrente – mutuando la terminologia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – un “*overruling*” con effetti *in malam partem*, alla luce della sua portata incriminatrice e innovativa rispetto al passato, finendo per sanzionare comportamenti che all'epoca della loro commissione non erano previsti come reato o comunque per introdurre nell'ordinamento una norma incriminatrice non conoscibile al momento di realizzazione della condotta. Per tali ragioni, il ricorso ripropone la questione di legittimità costituzionale – già giudicata manifestamente infondata dalla Corte bresciana – dell'art. 434 c.p., in riferimento agli artt. 25, comma 2, 27, comma 1, e 70 della Costituzione.

Il ricorso contesta altresì il rifiuto di cogliere la natura prettamente scientifica dell'accertamento probatorio relativo alla sussistenza del pericolo per la pubblica incolumità. Per la Corte di Assise di appello, la sussistenza del pericolo per la pubblica incolumità sarebbe stato, di per sé, desumibile dalle caratteristiche stesse del fenomeno disastroso, in termini di estensione e diffusione, nonché dalla dimensione esclusivamente qualitativa e numerica della concentrazione delle sostanze inquinanti rilevate nelle aree interne, ma, soprattutto, esterne alla raffineria; pericolo, quindi, desumibile adottando una impostazione assolutamente non scientifica, anche se, invece, dovrebbero essere impiegati pure per la fattispecie di disastro i principi di evidenza scientifica fissati dalla giurisprudenza per il delitto di avvelenamento di cui all'art. 439 c.p.<sup>15</sup>. La Corte avrebbe così limitato il proprio accertamento all'equipara-

---

il profilo della mancata assunzione di una prova decisiva, costituita dall'elaborato del consulente di parte (sesto motivo); la violazione di legge (artt. 133, 61 n. 3, 69, 31 e 32-bis c.p.) ed il vizio di motivazione, in ordine alla eccessiva severità del trattamento sanzionatorio (settimo motivo); la violazione di legge ed il vizio di motivazione in ordine alle statuizioni civili adottate (ottavo motivo).

<sup>14</sup> Peraltro, le Pubbliche autorità avevano constatato l'assenza di qualsiasi pericolo per la popolazione di Cremona, dato che non vi era stata contaminazione delle aree esterne; la situazione ambientale e sanitaria delle aree interne al sito risultava, invece, correttamente presidiata attraverso le misure che costituivano il progetto di messa in sicurezza operativa, forma legittima di conclusione del procedimento amministrativo in questione.

<sup>15</sup> Come affermato dalla più recente giurisprudenza, per l'accertamento dell'avvelenamento delle acque, rilevante ex art. 439 c.p., si «*richiede che vi sia stata immissione di sostanze inqui-*

zione tra il superamento dei limiti tabellari (meri indicatori di “contaminazione”) ed il pericolo per la salute umana (limiti basati sugli effetti sulla salute), senza accertare scientificamente che vi fosse stato un effettivo pericolo per la pubblica incolumità, il quale deve essere riferito alla dose di sostanza contaminante alla quale le indagini scientifiche hanno associato effetti avversi per la salute.

### 2.3. La ritenuta omogeneità strutturale del delitto di “disastro innominato” rispetto agli altri disastri “tipizzati”.

La Cassazione, pur ritenendo infondato il ricorso, ha svolto alcune significative argomentazioni in merito al delitto di disastro innominato che meritano di essere sinteticamente esposte<sup>16</sup>.

Condividendo il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 327/2008, con cui la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 434 c.p. per insussistenza del *vulnus* al principio di determinatezza<sup>17</sup>, i supremi giudici riconoscono che a precisare il concetto di disastro, che si presenta «*di per sé, scarsamente definito: traducendosi in una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati*», concorrono «*la finalità dell’incriminazione e la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità*», per cui occorre ricorrere ad una interpretazione sistematica della norma, coerente con i tratti fondamentali delle singole figure dei delitti compresi nel capo I del titolo VI (inondazione, frana, valanga, disastro aviatorio, disastro ferroviario ecc.), in modo da individuare una nozione unitaria di disastro, sia sotto un piano dimensionale – che richiede, come espresso dalla Consulta, che si sia «*al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesivi*», sia sul piano della proiezione offensiva, dato che «*l’evento deve provocare – in accordo con l’oggettività giuridica delle fattispecie in questione – un*

*nanti di qualità ed in quantità tali da determinare il pericolo, scientificamente accertato, di effetti tossico-nocivi per la salute: pericolosa per il bene giuridico tutelato è, cioè, quella dose di sostanza contaminante alla quale le indagini scientifiche hanno associato effetti avversi per la salute. Detta pericolosità deve potersi ritenere scientificamente accertata quando possa dirsi riferita a dose di sostanza contaminante alla quale le indagini scientifiche hanno associato effetti avversi per la salute. In tal senso, non è sufficiente il mero superamento dei limiti soglia di carattere precauzionale, che costituiscono una prudenziale indicazione sulla quantità di sostanza, presente in alimenti, che l’uomo può assumere senza rischio, quotidianamente e sul lungo periodo; l’avvelenamento delle acque destinate all’alimentazione non deve avere necessariamente potenzialità letale, essendo sufficiente che abbia la potenzialità di nuocere alla salute*». Così, Cass. pen., sez. IV, sent. 5 maggio 2018, n. 25547. Conforme, Cass. Pen., sez. IV, sent. 25 settembre 2018 n. 48548.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. I, sent. 25 settembre 2019, n. 44528.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 327, la quale – accertata l’insussistenza del *vulnus* al principio di determinatezza – auspica che «*talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l’ipotesi del cosiddetto disastro ambientale – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell’ottica dell’accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell’integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose*».



*pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti».*

Alle critiche d'incompatibilità tra una fattispecie di disastro ambientale costruita dalla giurisprudenza, in modo che si assume creativo, come il risultato di più condotte rischiose che, cumulandosi nel tempo, producono danni ecologici anche di ampie dimensioni, e la natura necessariamente violenta delle azioni che causano il disastro, gli Ermellini rispondono che la distinzione tra i delitti commessi mediante violenza e quelli commessi mediante frode, presente nel codice Rocco, risponde più ad esigenze di ordine classificatorio che di natura definitoria, ed è «*espressione di criteri criminologici improntati alla prevalenza del disvalore di certi aspetti modali, piuttosto che di altri pure richiesti per l'integrazione della fattispecie, ma, soprattutto, che tale osservazione erroneamente identifica la nozione di "violenza", assunta a criterio classificatorio, con la violenza reale cosiddetta propria, o materialmente inferta dall'agente*». Ma, di più, secondo il Giudice di legittimità è assunto consolidato e condiviso che nelle definizioni delle classi di reati che si articolano in base a siffatte distinzioni, il riferimento della commissione "mediante violenza" in contrapposizione a "mediante frode", sta per lo più semplicemente a indicare che il fatto postula l'impiego di una qualsivoglia energia o mezzo - diretto o indiretto, materiale o immateriale - idoneo a superare l'opposizione della potenziale vittima e a produrre l'effetto offensivo senza la "cooperazione" di quella. Non è quindi dubitabile che anche l'energia impiegata nell'ambito di un processo produttivo che libera sostanze tossiche e l'inarrestabile fenomeno, così innescato, di meccanica diffusione delle stesse, rappresenta nell'accezione considerata, violenza.

Né sembrano eluse, sempre ad avviso dei giudici, le indicazioni della Corte costituzionale per quanto riguarda l'offesa alla pubblica incolumità. Infatti, in linea con le affermazioni del Giudice delle leggi, il bene protetto va individuato nella tutela della vita e dell'incolumità delle persone indeterminatamente considerate, dal momento che il pericolo da esso cagionato deve essere caratterizzato dalla potenzialità di diffondersi ampiamente nello spazio circostante la zona interessata dall'evento<sup>18</sup>.

Così la Suprema Corte, concordando con quanto già affermato dalla medesima sezione nella sentenza Eternit<sup>19</sup>, è giunta a ritenere che la nozione di disastro inominato - così formulata - risulti connotata da «*omogeneità strutturale*» rispetto alle

---

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. I, sent. 14 dicembre 2010, n. 1332 che ha escluso, ai fini della configurabilità del reato, la necessità che il fatto abbia direttamente prodotto la morte o la lesione delle persone, in quanto «è necessario e sufficiente che il nocumento abbia un carattere di prorompente diffusione che esponga a pericolo, collettivamente, un numero indeterminato di persone e che l'eccezionalità della dimensione dell'evento desti un esteso senso di allarme, sicché non è richiesto che il fatto abbia direttamente prodotto collettivamente la morte o lesioni alle persone, potendo pure colpire cose, purché dalla rovina di queste effettivamente insorga un pericolo grave per la salute collettiva; in tal senso si identificano danno ambientale e disastro qualora l'attività di contaminazione di siti destinati ad insediamenti abitativi o agricoli con sostanze pericolose per la salute umana assuma connotazioni di durata, ampiezza e intensità tale da risultare in concreto straordinariamente grave e complessa, mentre non è necessaria la prova di immediati effetti lesivi sull'uomo».

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. I, sent. 19 novembre 2014, n. 7941. In dottrina, ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 dicembre 2014.

restanti ipotesi di disastro contemplate negli altri articoli compresi nel capo dei “*Delitti di comune pericolo mediante violenza*” e ciò fa sì che ad essa possano essere ricondotti «*non soltanto gli eventi disastrosi di grande immediata evidenza [...] che si verificano magari in un arco di tempo ristretto, ma anche quegli eventi non immediatamente percepibili, che possono realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato, che pure producano quella compromissione imponente delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona e della collettività che consentono di affermare l'esistenza di una lesione della pubblica incolumità*»<sup>20</sup>.

Da tanto discende che – nonostante l'inclusione della fattispecie di cui all'art. 434 c.p. nell'ambito normativo che tratta specificamente del crollo – secondo la Cassazione non si richiede che di tale fenomeno il disastro replichi le caratteristiche fenomeniche e naturalistiche, essendo evidente che può farsi concretamente riferimento a un evento di natura eterogenea rispetto a quelli presi in considerazioni dalle altre fattispecie del capo in cui è inserita la disposizione in esame.

La Corte giunge, quindi, ad escludere che la riconducibilità dei fenomeni disastrosi a un macro-evento dirompente, avente portata distruttiva, costituisca un requisito essenziale per la configurazione del reato di cui all'art. 434 c.p., essendo, viceversa, individuabile un evento disastroso anche in un fenomeno persistente, ma impercettibile, di durata pluriennale avente le caratteristiche sopra delineate<sup>21</sup>.

Di poi, secondo la I sezione, la prova della sussistenza di tale delitto non deve avere esclusivamente un fondamento scientifico, potendo basarsi, fra le altre, anche sul ragionamento logico e su massime di esperienza. La norma, nella sua formulazione,

---

<sup>20</sup> Cass. pen., sez. IV, sent. 17 maggio 2006, n. 4675.

<sup>21</sup> Simili problematiche sono state (in parte) superate dall'introduzione di una specifica ipotesi di disastro ambientale, dall'art. 452-*quater* c.p. che – facendo salvi i casi in cui debba operare l'art. 434 c.p. – si impenna sulla causazione abusiva di tre distinti eventi, tra loro alternativi, quali: «*l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo*». Su tale clausola di salvaguardia, peraltro, è recentemente intervenuta la Suprema Corte (Cass. pen., sez. III, sent. 3 luglio 2018, n. 2990) la quale, rispetto ai pregressi approdi ermeneutici, ha tracciato una chiara linea di demarcazione tra le due fattispecie (artt. 434 e 452-*quater* c.p.), ponendole su piani diversi proprio in virtù dei rispettivi oggetti di tutela: la vita e l'integrità fisica dei consociati, nell'ipotesi di disastro innominato, la salubrità dell'ecosistema, in quella di disastro ambientale. Dunque, la situazione indicata dalla norma al n. 3 si pone in rapporto di sostanziale specialità rispetto all'art. 434 c.p., dato che tale ipotesi – al pari delle due precedenti – presuppone che le condotte siano riferite a comportamenti comunque incidenti sull'ambiente o su una delle sue componenti, rispetto ai quali il pericolo per la pubblica incolumità rappresenta una diretta conseguenza, pur in assenza delle altre situazioni contemplate dalla norma. Se le intenzioni del legislatore del 2015 erano buone, certo è che l'intervento operato dalla legge 68/2015 non solo non ha saputo risolvere i problemi di certezza derivanti dall'applicazione, ai più gravi fatti di inquinamento, della fattispecie di disastro innominato, ma sembra averli addirittura acuiti a seguito dell'introduzione della fattispecie *ad hoc* di disastro ambientale, norma ritenuta carente dei requisiti di tassatività richiesti in materia penale in quanto contraddistinta da descrizioni vaghe ed incerte. Sul punto, BELL-VALESCCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015, 72 ss.; STORTONI, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2019, 379 ss.

non richiederebbe un simile elemento, né porrebbe una simile verifica come base dimostrativa necessaria del delitto nella sua descrizione tipica. Diversamente opinando, secondo i giudici, si introdurrebbe un elemento processuale-probatorio necessario – a carattere costitutivo della fattispecie – a fronte di un testo descrittivo che non lo prevede. La fattispecie è, quindi, suscettibile di essere provata con ogni strumento, purché il giudice chiamato alla verifica possa dare una spiegazione convincente della sussistenza del fatto nella sua dimensione materiale e psicologica.

Nel caso – come quello di specie – in cui, al fine di accertare la sussistenza (o meno) del pericolo, venga assunta nel processo una prova scientifica di carattere peritale, il perito assume una posizione processuale diversa rispetto a quella del consulente di parte, con la conseguenza che il giudice che ritenga di aderire alle conclusioni del perito, in difformità da quelle del consulente, non è tenuto a fornire autonoma dimostrazione dell'esattezza scientifica delle prime e dell'erroneità delle seconde, essendo sufficiente, al contrario, che venga dimostrato che siano state valutate le conclusioni del perito, senza ignorare le argomentazioni del consulente; dimostrazione fornita dai Giudici lombardi, che hanno compiutamente analizzato e adeguatamente confutato le tesi del consulente, rimarcando, non irragionevolmente, diversi aspetti di criticità dei suoi elaborati<sup>22</sup>.

### 3. Il ricorso ex art. 625-bis c.p.p.

La legge n. 128/2001, dettata per realizzare «*interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini*», ha introdotto talune disposizioni che hanno stabilito rilevanti modificazioni della disciplina del giudizio di legittimità, tra cui la previsione, all'art. 625-bis c.p.p., del nuovo istituto denominato “ricorso straordinario”, volto alla eliminazione degli errori materiali e di fatto interni al giudizio di Cassazione<sup>23</sup>.

Mentre l'errore materiale trovava già rimedio nella procedura di correzione regolata dall'art. 130 del codice di rito, a cui quindi ora è stata sovrapposta tale speciale disciplina, totalmente innovativo è il regime apprestato per l'errore di fatto, cioè per

---

<sup>22</sup> Tra le criticità riscontrate nella consulenza del gestore: l'aver fatto richiamo alle direttive dell'O.M.S., meno restrittive rispetto a quelle adottate dalla legislazione italiana e dall'I.S.S. cui fare necessariamente riferimento; l'aver valorizzato il risultato della “Analisi di rischio” elaborata da Tamoil nel 2011, quindi a distanza di dieci anni dalla data dell'autodenuncia e di quattro dalla messa in funzione della barriera idraulica; l'aver fatto richiamo agli studi del “Total Petroleum Hydrocarbons Criteria Working Group”, nonostante l'inapplicabilità degli stessi ai casi, quali quello di specie, connotati anche da rischio di lisciviazione e percolamento di idrocarburi del petrolio alle acque di falda sotterranee; l'aver erroneamente affermato la cancerogenicità del bene con la specificazione della esposizione lavorativa, mentre il dato scientifico attesta la cancerogenicità *tout court* del benzene; l'aver erroneamente espunto il benzene dal campione analizzato e l'aver sostituito al limite di concentrazione degli idrocarburi totali normativamente fissato dal T.U. Ambiente valori del tutto arbitrari.

<sup>23</sup> BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, 2004, 20 ss.; BRUNO, *Innovazioni e modifiche al giudizio di cassazione*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, 2001, 139 ss.; CAPONE, *Errore materiale ed errore di fatto della Corte di cassazione*, in Riv. It. Dir. Pen e Proc., 7, 2002, 863; CANZIO, SILVESTRI, sub art. 6 L. 26 marzo 2001 n.128, in AA.VV., *Codice di procedura penale ipertestuale commentato*, a cura di GAITO, 2001, 3542 ss.

quell'errore incidente sull'esito del giudizio, per la cui riparazione la legge processuale previgente non prevedeva strumenti<sup>24</sup>.

Ed invero, in un primo momento, in forza del principio della irrevocabilità e della non modificabilità delle decisioni del giudice di legittimità in materia penale, sia la Corte costituzionale che la Corte di Cassazione avevano negato la possibilità di ricorrere all'eliminazione degli errori di fatto. La Consulta aveva ravvisato il fondamento di tale assunto nell'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, quale funzione fondamentale del processo, e nella necessità di un accertamento definitivo ed irrettrabile<sup>25</sup>; gli Ermellini, invece, avevano fatto leva sull'ordinario svolgimento del procedimento penale che segue uno schema logico il cui momento terminale, ove siano esperiti i normali mezzi di impugnazione, è costituito dal giudizio e dalla pronuncia della Corte di Cassazione che, per il ruolo affidatole dalla stessa Costituzione non può soffrire ulteriore sindacato ad opera di un giudice diverso<sup>26</sup>.

La Consulta, tuttavia, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 629 e 630 c.p.p. sollevate in riferimento degli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono e non disciplinano la revisione delle decisioni della Corte di Cassazione per errore di fatto, ha demandato - auspicando un tempestivo intervento legislativo - allo stesso giudice di legittimità l'individuazione, all'interno del sistema, dello strumento riparatorio più idoneo - in linea con la funzione nomofilattica ad essa istituzionalmente riservata - per rimediare all'errore percettivo in cui può incorre la Cassazione e dal quale sia derivata l'indebita compromissione dell'effettività del giudizio.

La previsione contenuta all'art. 625-bis c.p.p., attuando l'auspicio della Corte costituzionale, ha così colmato «un vuoto normativo dovuto all'inadeguatezza della precedente disciplina a tutelare anomalie e violazioni riconducibili al diritto di difesa, pur configurabili con ordinarietà nel giudizio di legittimità»<sup>27</sup>, ed ha predisposto uno specifico strumento processuale diretto a porre riparo agli errori, materiali o di fatto, del giudice di legittimità, in vista della tutela di esigenze di giustizia sostanziale e del diritto ad ottenere un effettivo controllo di legittimità sulla decisione impugnata.

L'errore materiale è quello determinato da una svista ovvero da un *lapsus* espressivo, che, pur non affettando il processo logico e volitivo della decisione giudiziale, determina un divario fra la volontà del giudice e la sua materiale estrinsecazione<sup>28</sup>. Tale categoria ricomprende quindi gli errori in senso stretto, gli errori di calcolo, le lacune e omissioni. La correzione ovvero la rettifica di siffatto errore - che attiene alla difforme volontà esteriore del giudice - è volta a realizzare la perfetta coincidenza tra il pensiero e la forma in cui questo è stato espresso e va ad incidere sulla sola documentazione grafica quale mezzo di identificazione della volontà.

---

<sup>24</sup> Così, SIAGURA, Sub art. 625-bis c.p.p., *Codice di procedura penale ipertestuale commentato*, a cura di GAITO, 2012, 3780 ss.; SONSINI, *La correzione degli errori materiali e la modifica del decisum*, in *Cass. pen.*, 2001, 897.

<sup>25</sup> Corte cost., sent. 4 febbraio 1982, n.21, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 582

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. un., sent. 27 marzo 2002, n. 16102; Cass. pen., sez. II, sent. 10 aprile 2003, n. 16941. In dottrina, CHIAVARIO, *Inoppugnabilità delle sentenze di cassazione ed art. 24 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1972, 1380; CONSO, *Il regime dei vizi delle sentenze di cassazione*, in *Giur. it.*, 1955, IV, 129.

<sup>27</sup> Cass., pen., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807.

<sup>28</sup> Così, SIAGURA, Sub art. 625-bis c.p.p., cit.

L'errore di fatto riguarda, invece, il processo formativo della volontà del giudice, determinandola in una certa direzione anziché in un'altra e, quindi, influisce sul contenuto della decisione, che, senza quell'errore, sarebbe stata diversa.

La giurisprudenza è più volte intervenuta per tracciare i contorni della nozione di "errore di fatto", precisando che esso può consistere in una "omissione", laddove non vengano considerati uno o più motivi del ricorso per Cassazione al punto da risultare del tutto pretermesse le relative doglianze, ovvero in una "invenzione", se l'errore di percezione riguarda la lettura degli atti del giudizio di legittimità<sup>29</sup>.

È stato chiarito, altresì, come siano estranei all'ambito di applicazione dell'istituto gli errori di interpretazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, ovvero la supposta esistenza delle norme stesse o l'attribuzione ad esse di una inesatta portata, anche se dovuti ad ignoranza di indirizzi giurisprudenziali consolidati<sup>30</sup>.

Non rientrano, inoltre, in tale nozione gli errori percettivi in cui sia incorso il giudice di merito<sup>31</sup>, potendo questi ultimi essere rilevati – anche se risoltisi in un travisamento del fatto – soltanto nelle forme e nei limiti delle impugnazioni ordinarie.

Infine, non è configurabile un errore di fatto qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia dunque contenuto valutativo, trattandosi, in questo caso, di un errore di giudizio<sup>32</sup>.

Nel prendere in considerazione i criteri di selezione dell'errore emendabile ex art. 625-bis c.p.p., deve darsi rilievo anche al disposto dell'art. 173, comma 1, disp. att. c.p.p., secondo cui nella sentenza della Corte di Cassazione i motivi di ricorso sono enunciati nei limiti strettamente indispensabili per la motivazione, sicché non è consentito supporre che ogni argomento prospettato a sostegno delle censure e non analiticamente riprodotto in sentenza non sia stato considerato, dato che lo stesso potrebbe essere stato implicitamente disatteso perché ritenuto non rilevante.

Il rimedio delineato dall'art. 625-bis c.p.p., è dunque strettamente «finalizzato a consentire la sola correzione di errori percettivi ed essenziali, in ordine ai presupposti sui quali è fondata la decisione di legittimità», dovendo escludersi che esso possa «introdurre una sorta di pieno quarto grado del giudizio e secondo grado di legittimità»<sup>33</sup>.

#### 4. Il ricorso straordinario nel caso Tamoil e la decisione della Suprema Corte.

La difesa del condannato, ravvisando nella pronuncia della Corte di Cassazione plurimi errori di fatto, con un unico macro-motivo, suddiviso in più punti, ha proposto ricorso ex art. 625-bis c.p.p. sostenendo che l'esito del giudizio sarebbe stato diverso se il giudice di legittimità non si fosse ingannato su alcune circostanze di fatto che

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. I, 6 giugno 2019, n. 41656. In dottrina, FERRO, *Omessa disamina di un ricorso: correzione dell'errore materiale ex art. 625-bis c.p.p.*, in questa Rivista, 29 gennaio 2020.

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. 5, sent. 17 aprile 2018, n. 21939.

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. un., sent. 26 marzo 2015, n. 18651.

<sup>32</sup> Cass. pen., sez. un., sent. 14 luglio 2011, n. 37505.

<sup>33</sup> Cass. pen., sez. VI, ord. 28 giugno 2018, n. 36066.

attengono a punti nevralgici dell'impianto motivazionale della decisione di condanna, cioè alle cause dell'inquinamento, allo stato complessivo del sito sotto il profilo ambientale, alla sussistenza di un reale pericolo per la pubblica incolumità ed alla consapevolezza, in capo al ricorrente, fin dal 2001, di quale fosse la sorgente della contaminazione.

Il gestore della raffineria Tamoil di Cremona, per mezzo dei propri difensori, innanzitutto, evidenzia come nessuna fonte di conoscenza, neppure quella peritale, avesse mai indicato le fognie della raffineria quale principale causa di inquinamento delle acque, come si afferma invece in sentenza, non essendovi nel 2001 (quando venne presentato il Piano) elementi conoscitivi tali da potere giustificare una tale affermazione. Da tanto deriva che l'attività riparatoria più urgente che si doveva porre in essere non era tanto l'approfondimento in ordine allo stato di conservazione dell'impianto fognario, quanto la perimetrazione della contaminazione per evitarne l'ulteriore espansione (attività effettivamente svolta dalla raffineria). Di poi, l'utilizzazione di fonti di prova, invece inutilizzabili, ha inciso notevolmente sul convincimento del Giudice, dal momento che la Corte di Cassazione ha ritenuto che il tema dell'ammaloramento delle fognie fosse già presente nel materiale probatorio al momento in cui venne formulata la richiesta di integrazione probatoria da parte del P.M., che così introduceva inammissibilmente un tema nuovo, che ha poi condizionato la decisione finale, fondata su deduzioni del tutto personali dei testimoni, sfondate di supporto tecnico. Ancor più erroneamente è stata convalidata la decisione di respingere la richiesta di parte di acquisizione della consulenza tecnica – sotto tale profilo decisiva – in quanto affidata al rigore scientifico che avrebbe dimostrato l'assenza di equivalenza tra ammaloramento e contaminazione. Del pari dirimente sarebbe stata l'acquisizione di una ulteriore relazione che avrebbe fornito un quadro aggiornato delle condizioni ambientali del sito, rappresentativo di una situazione incompatibile con un luogo in cui si sarebbe consumato un disastro ambientale. Tali errori percettivi si sono poi riverberati sulla ricostruzione del pericolo per la pubblica incolumità, poiché in concreto non era mai stata superata la soglia prudenziale oltre la quale la scienza individua il pericolo per la salute.

Il maggiore effetto degli errori percettivi in cui è incorsa la Corte di Cassazione si è però avuto con riguardo all'elemento soggettivo del delitto di disastro ambientale, poiché ci si è basati sull'erroneo convincimento, veicolato dai descritti errori percettivi, della consapevolezza, in capo al ricorrente, fin dal 2001, dello stato in cui versavano le fognie, e si è così ritenuto che egli abbia colpevolmente ritardato ogni intervento volto a mitigarne gli effetti, omettendo di ispezionare la rete fognaria della raffineria, vetusta e ammalorata, di verificare la migrazione dell'inquinamento nelle aree esterne e, quindi, di mettere il sito in sicurezza, in via d'emergenza, costruendo una barriera idraulica adeguata alle condizioni del sito.

Ad avviso della Corte, la lettura del ricorso porta però a ritenere che ci si trovi al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 625-bis c.p.p., che permette di dedurre solo degli specifici errori percettivi che siano effettivamente incidenti sulla decisione di legittimità, valutando i motivi ivi esposti, invece, sostanzialmente tesi a ridiscutere il merito della sentenza.

Il Collegio, nell'annotata sentenza, afferma che l'impugnazione straordinaria si deve caratterizzare per una tecnica espositiva che, lungi dal focalizzare lo specifico oggetto dei molteplici errori di fatto denunciati, «tenda alla dimostrazione delle asse-

*rite, genetiche deficienze della sentenza di merito, attraendo nella sfera del rimedio, in maniera reiterativa, doglianze già più volte proposte e disattese e rilievi di merito, di fatto postulando un'interpretazione dell'istituto come strumento di indefinita rielaborazione degli esiti decisori, in chiaro contrasto con le sue connotazioni tipiche».*

Alla luce di ciò, la Corte valuta l'impugnazione inammissibile, poiché la prospettiva presentata dal ricorrente pretende di spostare l'asse della cognizione della Cassazione, che così non sarebbe chiamata alla rimozione di errori percettivi di immediata evidenza incidenti sul percorso decisionale, bensì a rivisitare integralmente la reggiudicanda nell'ottica della rimozione del giudicato al fine di garantire asserite esigenze di giustizia sostanziale.

Dichiarando l'inammissibilità del ricorso, la V sezione segna l'epilogo della vicenda Tamoil di Cremona.





# ORDINANZA N. 2020/1239 DEL TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI PERUGIA: PERMESSO PREMIO A CONDANNATO ALL'ERGASTOLO OSTATIVO NON COLLABORANTE, GIUSTA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE, N. 253 DEL 2019

Trib. sorv. Perugia, 3 dicembre 2020, n. 1239

**Maria Brucale\***

## **Abstract**

*Il Tribunale di Sorveglianza di Perugia concede un permesso premio a un condannato all'ergastolo ostativo non collaborante e detta i criteri valutativi per il superamento della presunzione relativa di pericolosità soggettiva stabiliti dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 253 del 2019.*

*The Supervisory Court of Perugia grants an award permit to a non-cooperating life-imprisonment impediment offender and dictates the assessment criteria for overcoming the relative presumption of subjective danger established by the Constitutional Court with judgment n. 253 of 2019.*

Con ordinanza n. 2020/1239, il tribunale di sorveglianza di Perugia ha accolto il reclamo di un detenuto, condannato all'ergastolo ostativo e non collaborante, avverso il provvedimento di inammissibilità del magistrato di sorveglianza di Spoleto, volto ad ottenere la misura del permesso premio ex art. 30-ter O.P.

In data 23 maggio 2019, il tribunale di sorveglianza di Perugia aveva sospeso il procedimento e sollevato questione di legittimità dell'art. 4-bis O.P. in relazione ai permessi premio chiedendo alla Consulta di valutare la compatibilità con la Costituzione ed in particolare, con gli artt. 3 e 27, di una normativa che stabilisce preclusioni assolute all'accesso a un beneficio penitenziario, il permesso, la cui natura è considerata del tutto peculiare.

Il permesso premio è concepito, infatti, come un momento trattamentale. Fa parte del programma di rieducazione del condannato e costituisce il primo approccio con l'esterno e la vita libera finalizzato alla verifica della effettiva rivisitazione critica da parte del ristretto dei propri errori e della raggiunta capacità di essere reintrodotta in società.

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

L'impossibilità per il detenuto di accedere a tale opportunità in virtù di un meccanismo di sbarramento normativo appariva, infatti, incongruente in rapporto alla vocazione rieducativa di ogni pena anche in ragione della constatazione che, oltre alla collaborazione con la giustizia, sussistono per il ristretto che non abbia più collegamenti con la criminalità organizzata, altri modi per dimostrare in modo fattivo la propria presa di distanza dal malaffare ed il proprio autentico ravvedimento.

La Corte Costituzionale ravvisava la dedotta incostituzionalità pur apportando specifiche e puntuali precisazioni.

Richiamava la sentenza n. 306 del 1993 che, pur dichiarando non fondate le questioni allora sollevate sull'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. in relazione all'art. 27, terzo comma, Cost., aveva osservato *«che inibire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una "rilevante compressione" della finalità rieducativa della pena: "la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di 'tipi d'autore', per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita" in caso di mancata collaborazione»*<sup>1</sup>.

*«Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima, afferma la Corte. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. - agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione - una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.*

*Ciò sotto tre profili, distinti ma complementari. In un primo senso, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante. In un secondo senso, perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost. In un terzo senso, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.*

*Dal primo punto di vista, il congegno normativo inserito nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. dal d.l. n. 306 del 1992, come convertito, è espressione di una trasparente opzione di politica investigativa e criminale. In quanto tale, essa immette nel percorso*

---

<sup>1</sup> C. Cost. sent. 253 del 22.10.2019 G. Cannizzaro, A. Pavone.

carcerario del condannato – attraverso il decisivo rilievo attribuito alla collaborazione con la giustizia anche dopo la condanna – elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena. La disposizione in esame, infatti, prefigura una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario. Per i condannati per i reati elencati nella disposizione censurata, infatti, è costruita una disciplina speciale (sentenza n. 239 del 2014), ben diversa da quella prevista per la generalità degli altri detenuti. Essi possono accedere ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario solo qualora collaborino con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit. Se tale collaborazione non assicurino, ai benefici in questione non potranno accedere mai, neppure dopo aver scontato le frazioni di pena richieste quale ordinario presupposto per l'ammissione a ciascun singolo beneficio (previste per il permesso premio dall'art. 30-ter, comma 4, ordin. penit.). E se invece collaborino secondo le modalità contemplate dal citato art. 58-ter, a tali benefici potranno accedere senza dover previamente scontare la frazione di pena ordinariamente prevista, in forza della soluzione interpretativa già individuata, sia da questa Corte (sentenze n. 174 del 2018 e n. 504 del 1995), sia dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenze 3 febbraio 2016, n. 37578 e 12 luglio 2006, n. 30434). La disciplina in esame, quindi, a seconda della scelta compiuta dal soggetto, aggrava il trattamento carcerario del condannato non collaborante rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, oppure, al contrario, lo agevola, giacché, in presenza di collaborazione, introduce a favore del detenuto elementi premiali rispetto alla disciplina ordinaria. Ma, alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto iuris et de iure quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa<sup>2</sup>. «[...] La giurisprudenza di questa Corte (in particolare sentenza n. 149 del 2018) ha del resto indicato come criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari (in proposito anche sentenza n. 436 del 1999), sottolineando che essa è particolarmente importante al cospetto di presunzioni di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (sentenza n. 90 del 2017). Ove non sia consentito il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo (sentenza n. 257 del 2006), in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena (sentenza n. 255 del 2006)».

Le ragioni di carattere investigativo e repressivo, prosegue la Corte, “sono di notevolissima importanza e non si sono affatto affievolite in progresso di tempo. Nella fase di esecuzione della pena”, tuttavia, afferma la Corte: «assume invece ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere, ed è questa situazione che induce a riconoscere carattere relativo alla presunzione di pericolosità posta a base del divieto di concessione del permesso premio. [...] Inoltre, una valutazione

<sup>2</sup> C. Cost. sent. 253 del 22.10.2019 G. Cannizzaro, A. Pavone, § 8.

*individualizzata e attualizzata non può che estendersi al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un, sia pur breve e momentaneo, reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare che l'associazione criminale di originario riferimento, ad esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione».*

La Corte Costituzionale, dunque, rappresenta come ineludibili le esigenze di sicurezza e di protezione sociale del sistema ordinamentale da fenomeni criminali<sup>3</sup> violenti e pervicaci.

Richiede, pertanto, un regime probatorio che definisce 'rafforzato', da assolvere utilizzando tutte le informazioni degli organi di controllo quali le Procure delle Direzioni Distrettuali Antimafia e le Questure, un obbligo che "deve altresì estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali".

Di entrambi tali elementi – esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione<sup>4</sup>.

In ultima analisi, la Corte Costituzionale, nel dichiarare illegittima la norma di cui all'art. 4-bis O.P. laddove esclude la concessione di permessi a chi non collabora con la giustizia, premette la persistenza di un giudizio di pericolosità qualificata delle persone condannate per i delitti indicati nella norma in discorso ma ne sancisce una possibilità di superamento diversa dalla collaborazione con la giustizia, ferma la necessità di appurare la interruzione dei collegamenti con i sodalizi di origine e la impossibilità di ripristino di essi.

La presunzione, dunque, resiste ma da assoluta che era, è ora relativa e ammette un superamento attraverso un onere di allegazione che ricade sul ristretto al quale è chiesta la dimostrazione e della rescissione dei contatti e della impossibilità di ripristino. Una prova negativa che per non divenire *probatio diabolica* deve trovare ristoro da un lato nel contributo dell'osservazione degli operatori del carcere, dall'altro nell'approccio critico del magistrato di sorveglianza cui è restituita la funzione valutativa del percorso trattamentale non più inibita dalla preclusione del titolo di reato in espiazione.

Il tribunale di Sorveglianza di Perugia fa buon governo di tali principi e, all'esito di una istruttoria capillare ed esaustiva, perviene ad accogliere il reclamo del richiedente, detenuto ininterrottamente da oltre 25 anni, ed a concedergli le prime ore di libertà.

L'ordinanza appare estremamente rigorosa nell'allinearsi ai criteri guida forniti dalla Corte Costituzionale.

Il collegio, assunte le informazioni dagli organi di controllo, quali le direzioni distrettuali antimafia – che rappresentavano la perdurante pericolosità del soggetto in ragione della gravità oggettiva dei crimini commessi, della mancata collaborazione con la giustizia, della persistenza di fenomeni delinquenti nei territori di appartenenza,

<sup>3</sup> Volume Amicus Curiae 2019: *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Quaderni Costituzionali*, Rassegna.

<sup>4</sup> C. Cost. sent. 253 del 22.10.2019 G. Cannizzaro, A. Pavone, § 9.

dei legami affettivi con soggetti attinti da contestazioni di fattispecie associative – ne valutava la effettiva attualità e la capacità di incidere negativamente sul percorso detentivo compiuto dal reclamante. Lo stesso, infatti, come relazionato dagli operatori intramurari, già nel 2005, aveva ottenuto la revoca del regime detentivo derogatorio ex art. 41-bis, co. II, O.P. con un giudizio di interruzione dei collegamenti con il sodalizio delinquenziale; successivamente era stato ulteriormente declassato dal d.a.p. in virtù di una ravvisata attenuazione della pericolosità; aveva preso coscienza dell'orrore delle proprie condotte e manifestato nel tempo il convinto ripudio delle scelte del proprio passato ormai remoto; si era dedicato con passione agli studi, alla scrittura e alla poesia; si era intimamente avvicinato alla religione cattolica; aveva esplicitato le ragioni della mancata collaborazione nel terrore delle conseguenze drammatiche che ne sarebbero potute scaturire sul territorio per i propri familiari. Nella lunghissima detenzione, mai aveva intrattenuto contatti indebiti o era stato segnalato per atteggiamenti anche vagamente sospetti. I soggetti indicati nelle note informative come tuttora partecipi di consessi sodali ed in contatto con il richiedente erano risultati, in realtà, destinatari di provvedimenti di revoca delle misure di prevenzione in ragione di giudizi di cessata pericolosità. I rapporti, soltanto epistolari, erano, altresì, talmente sporadici da non poter risultare significanti. Ancora, il rango partecipativo del soggetto, all'epoca dei fatti, era di mero esecutore, non di rango apicale, il che agevolava ulteriormente la valutazione di piena estromissione dal contesto associativo. Alla luce di tali elementi tratti dall'osservazione del detenuto compiuta per oltre 25 anni dai soggetti a ciò deputati – che con lo stesso erano in costante contatto all'interno delle mura carcerarie e avevano modo di verificarne il comportamento, l'atteggiamento, le relazioni, il vissuto, il tenore di vita – il tribunale di sorveglianza esprimeva un giudizio di recisione del vincolo con il sodalizio di originaria appartenenza e di impossibilità di ripristino dello stesso e riteneva opportuno ed in linea con la tensione costituzionale di ogni pena alla restituzione dell'individuo in società, concedere al reclamante *“la chiesta esperienza premiale, che costituirà ulteriore passaggio significativo del percorso intramurario dell'istante, che deve proseguire sotto il profilo dell'approfondimento della riflessione critica, e che consentirà di valutare, dopo una così lunga detenzione, la capacità del condannato di rispettare le prescrizioni impostegli”*<sup>5</sup>.

Si tratta di una pronuncia estremamente importante che si allinea con l'indirizzo ormai costante della giurisprudenza della Corte Edu a partire dalla sentenza *'Vinter c. Regno Unito'*, che, già nel 2013, aveva affermato il diritto alla speranza come valore fondamentale in difetto del quale la pena è contraria al senso di umanità<sup>6</sup>. Coerentemente, nel ricorso *'Viola c. Italia'*, in data 13.06.2019, la Cedu ha ravvisato una violazione dell'art. 3 della Convenzione poiché una pena senza fine si traduce in una menomazione della dignità umana che “è nel cuore del sistema istituito dalla Convenzione e impedisce la privazione della libertà di una persona con la coercizione senza allo stesso tempo lavorare per reintegrarla e per fornirle una possibilità di recuperare questa libertà un giorno”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> T. Sorv. Perugia, ord. 2020/1239, 11

<sup>6</sup> CEDU, Grand Chamber, *Vinter v. Regno Unito* 9 luglio 2013, § 108.

<sup>7</sup> CEDU, Sez. I, sent. *Viola v. Italia*, 13.06.2019, § 43.



## IN DUBIO PRO REO: LA PROVA D'ACCUSA CHE LASCIA RESIDUARE UN RAGIONEVOLE DUBBIO È EQUIPARATA ALLA MANCATA PROVA

Cass., Sez. V, 14 settembre 2020, n. 28559

**Alessandro Murone**

**Sommario:** **1.** Il caso di specie. – **2.** Il ricorso dell'imputato. – **3.** La sentenza del giudice di legittimità. – **3.1.** Il parziale accoglimento del ricorso. – **4.** L'indizio. – **5.** Il sindacato del giudice di legittimità sulla correttezza del procedimento indiziario. – **6.** La specificità del motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. – **7.** Considerazioni conclusive.

### Abstract

*La Corte di Cassazione, con la sentenza annotata, annullando con rinvio la sentenza impugnata in accoglimento della tesi difensiva secondo cui la condanna era fondata sull'unico indizio dell'aggancio del cellulare dell'imputato alle celle prossime al luogo ove era stato commesso il furto, di per sé insufficiente a fondare la responsabilità del ricorrente, ha rimarcato la distinzione concettuale tra gli indizi, suscettibili di valutazione ai sensi dell'art. 192, comma 2, c.p.p., e i sospetti: i primi sono elementi probatori raggiunti attraverso un ragionamento inferenziale, che partendo da un fatto noto (l'indizio) conduce ad un fatto ignoto (il fatto da provare), in virtù dell'applicazione di regole scientifiche ovvero di massime di esperienza; il sospetto, invece, è una nozione che oscilla tra due estremi semantici, ovvero tra il significato di fenomeno soggettivo, congettura, quindi di ipotesi senza prove, o meglio, alla ricerca di prove, ed il significato di indizio equivoco, e quindi debole. Tale ultimo concetto connota gli elementi suscettibili di assecondare distinte ed alternative ipotesi, anche contrapposte, nella spiegazione dei fatti oggetto di prova.*

*The Court of Cassation, with the sentence noted, annulling with postponement the contested sentence in acceptance of the defensive thesis according to which the conviction was based on the only indication of the connection of the cell phone of the accused to the cell phone tower near the place where the theft had been committed, insufficient in itself to establish the responsibility of the appellant, stressed the conceptual distinction between the evidence, susceptible of evaluation pursuant to art. 192, paragraph 2, c.p.p., and suspicions: the former are evidence obtained through an inferential reasoning, which starting from a known fact (the clue) leads to an unknown fact (the fact to prove), by virtue of the application of scientific rules or maxims of experience; suspicion, on the other hand, is a notion that oscillates between two semantic extremes, that is, between the meaning of a subjective phenomenon, conjecture, therefore of hypothesis without proof, or rather, in search of proofs, and the meaning of an equivocal and therefore weak clue. This last concept connotes the elements capable of supporting distinct and alternative hypotheses, even opposing ones, in the explanation of the facts being tested.*

## 1. Il caso di specie.

Con la pronuncia in commento i giudici della Quinta Sezione della Corte di Cassazione hanno in parte annullato la sentenza impugnata, accogliendo il secondo motivo di ricorso dell'imputato, con il quale si deduceva la violazione di legge ed il vizio di motivazione in relazione all'affermazione di responsabilità per taluni reati in contestazione, ritenendo la condanna unicamente fondata sulla circostanza dell'aggancio dell'utenza in uso all'imputato delle celle prossime al luogo ove era stato commesso il furto.

La Corte di Appello di Milano, precedentemente, con sentenza emessa il 25 maggio 2018, in parziale riforma della sentenza emessa dal Tribunale di Milano in data 4 maggio 2011, aveva ritenuto responsabile l'imputato in relazione ai reati di furto pluriaggravato di materiale elettronico posti in essere all'interno di due distinti centri commerciali, commessi sfondando una porta antipanico utilizzando come ariete una vettura precedentemente rubata, ed in relazione ai reati di tentato furto: applicando la diminuzione del rito, aveva rideterminato la pena in anni 2, mesi 9 e giorni 4 di reclusione ed euro 613,00 di multa.

## 2. Il ricorso dell'imputato.

Avverso tale decisione proponeva ricorso per cassazione il difensore dell'imputato, deducendo tre motivi.

Con il primo motivo deduceva la violazione di legge processuale ed il vizio di motivazione in relazione all'affermazione di responsabilità per taluni reati in contestazione, denunciando l'inutilizzabilità patologica della prova costituita dal rilevamento dell'impronta palmare, poiché non era stato chiarito su quale superficie fosse stata rinvenuta la stessa.

Con il secondo motivo deduceva la violazione di legge ed il vizio di motivazione in relazione all'affermazione di responsabilità per taluni reati in contestazione, ritenendo la condanna fondata sulla circostanza dell'aggancio dell'utenza in uso all'imputato delle celle prossime al luogo ove era stato commesso il furto. Ebbene, secondo il ricorrente l'aggancio delle celle costituiva una prova indiretta, indiziaria e insufficiente, ai sensi dell'art. 192, comma 2, c.p.p., a fondare un'affermazione di responsabilità. Si riteneva, peraltro, come la commissione di un precedente reato di furto con le medesime modalità dell'"ariete" fosse di per sé inidoneo a costituire un elemento indiziario su cui fondare una sentenza di condanna, anche alla luce della diversità dei complici nelle due distinte ipotesi criminose, nonché del fatto che il ricorrente fosse imputato anche di furti tentati commessi senza l'utilizzo dell'ariete.

Con il terzo motivo, infine, deduceva la violazione di legge in relazione all'affermazione di responsabilità per taluni reati in contestazione, poiché la sentenza di condanna, emessa all'esito di un provvedimento di restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale di primo grado, non aveva considerato le doglianze proposte dal difensore d'ufficio nel precedente atto di appello proposto, che tra l'altro aveva portato ad una pronuncia di secondo grado nel gennaio 2012, poi revocata. In particolare, il difensore lamentava la mancata valutazione della richiesta di riconoscimen-



to della disciplina della continuazione con fatti già giudicati, riconosciuta invece dalla prima sentenza di appello del 2012.

### 3. La sentenza del giudice di legittimità.

La Suprema Corte, con la sentenza che si commenta, riteneva il ricorso fondato limitatamente al secondo motivo ed inammissibile nel resto.

In particolare, i giudici di legittimità ritenevano il primo motivo di doglianza manifestamente infondato, oltre che generico, per due ordini di motivi. Innanzitutto il ricorso non menzionava affatto, ne produceva, il verbale del rilievo dell'impronta, che, riguardando atti irripetibili, era stato acquisito al fascicolo del dibattimento<sup>1</sup>. In secondo luogo, l'obbligo di redazione degli atti indicati dall'art. 357, comma 2, c.p.p., tra i quali rientrano le operazioni e gli accertamenti urgenti, nelle forme previste dall'art. 373 c.p.p., non è previsto a pena di nullità o inutilizzabilità, in quanto per le attività di polizia giudiziaria è sufficiente la loro documentazione, anche in un momento successivo al compimento dell'atto; qualora peraltro le predette attività siano irripetibili, è necessaria la certezza dell'individuazione dei dati essenziali, quali le fonti di provenienza, le persone intervenute all'atto e le circostanze di tempo e di luogo della constatazione dei fatti<sup>2</sup>.

Sempre a proposito del primo motivo, la Suprema Corte sottolineava come il risultato delle indagini dattiloscopiche "offre piena garanzia di attendibilità e può costituire fonte di prova senza elementi sussidiari di conferma anche nel caso in cui sia relativo all'impronta di un solo dito, purché evidenzi almeno sedici o diciassette punti caratteristici uguali per forma e posizione, in quanto fornisce la certezza che la persona con riguardo alla quale detta verifica è effettuata si è trovata sul luogo in cui è stato commesso il reato; ne consegue che il risultato è legittimamente utilizzato dal giudice ai fini del giudizio di colpevolezza, in assenza di giustificazioni o prova contraria su detta presenza"<sup>3</sup>.

La Corte riteneva poi inammissibile anche il terzo motivo di ricorso, poiché lo stesso concerneva una questione nuova e non devoluta con l'atto di appello proposto in seguito alla restituzione nel termine per impugnare, bensì con un diverso atto di appello proposto dal difensore d'ufficio avverso la sentenza contumaciale (ed oggetto di una distinta sentenza della Corte di Appello, successivamente revocata).

#### 3.1. Il parziale accoglimento del ricorso.

La Corte di Cassazione, invece, riteneva fondato il secondo motivo, col quale si denunciava l'aver radicato l'affermazione di responsabilità dell'imputato sull'elemen-

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. II, 23.1.2009, n. 17423/2009, secondo cui "I verbali delle operazioni di polizia giudiziaria volte al prelievo sul luogo del fatto di impronte digitali, in quanto relativi ad atti irripetibili, sono acquisiti al fascicolo per il dibattimento senza che possa rilevare in senso contrario l'assenza del previo avviso al difensore dell'indagato, che ha solo il diritto di assistere agli accertamenti irripetibili".

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. I, 6.10.2006, n. 34022.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. V, 28.9.2018, n. 54493.

to probatorio dell'aggancio dell'utenza in uso allo stesso alle celle prossime al luogo in cui era stato commesso il furto.

Orbene, i giudici della Quinta Sezione ritenevano in primo luogo utile sottolineare la distinzione concettuale tra "sospetti" ed "indizi": il sospetto "è una nozione che oscilla tra due estremi semantici, ovvero tra il significato di fenomeno soggettivo, congettura, quindi di ipotesi senza prove, o meglio, alla ricerca di prove, ed il significato di indizio equivoco, e quindi debole; comunque, il concetto connota gli elementi suscettibili di assecondare distinte ed alternative ipotesi, anche contrapposte, nella spiegazione dei fatti oggetto di prova"; gli indizi, al contrario, "sono gli elementi probatori raggiunti attraverso un ragionamento inferenziale, che partendo da un fatto noto (indizio) conduce ad un fatto ignoto (il fatto da provare - in tal caso, la partecipazione dell'imputato al furto -), in virtù dell'applicazione di regole scientifiche ovvero di massime di esperienza".

D'altro canto, la giurisprudenza ha costantemente ammesso il ricorso a massime di esperienza, precisando più volte la differenza tra queste e le mere congetture: nel primo caso il dato è stato già, o comunque viene, sottoposto a verifica empirica e quindi la massima può essere formulata nella scorta dell'*id quod plerumque accidit*; nel secondo caso, invece, tale verifica non vi è stata, ne può esservi, e dunque la congettura rimarrà insuscettibile di verifica empirica e di conseguente dimostrazione. Pertanto, poiché il giudizio che viene formulato a conclusione del processo penale non può mai essere di probabilità, ma di certezza, potranno trovare ingresso, nella concatenazione logica dei vari sillogismi in cui si sostanzia la motivazione, anche le massime di esperienza, ma non certo le mere congetture<sup>4</sup>.

In secondo luogo, veniva rammentato che il sindacato di legittimità sulla gravità, precisione e concordanza della prova indiziaria è limitato alla verifica della correttezza del ragionamento probatorio del giudice di merito, che deve fornire una ricostruzione non inficiata da manifeste illogicità e non fondata su base meramente congetturale in assenza di riferimenti individualizzanti, o sostenuta da riferimenti palesemente inadeguati<sup>5</sup>. In altre parole, il giudice di legittimità deve verificare se il giudice di merito abbia fatto ricorso a mere congetture consistenti in ipotesi non fondate sullo "*id quod plerumque accidit*" ed insuscettibile di verifica empirica, come pure se abbia fatto ricorso ad una regola generale priva di una pur minima plausibilità<sup>6</sup>.

La Suprema Corte ribadiva, inoltre, come gli indizi ai fini della prova differiscano dalle mere congetture, consistendo in fatti ontologicamente certi che, collegati tra loro, sono suscettibili di una ben determinata interpretazione<sup>7</sup>.

Gli indizi, inoltre, devono possedere in maniera concorrente i tre requisiti dettati dall'art. 192, comma 2, c.p.p., nel senso che la mancanza di anche uno solo di essi rende l'indizio inidoneo a fondare la responsabilità penale. In particolare, gli indizi devono essere gravi, ovvero sia in grado di esprimere un'elevata probabilità di derivazione del fatto ignoto da quello noto, precisi, cioè non equivoci, e concordanti, cioè convergenti verso l'identico risultato.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. I, 22.10.1990, n. 329, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 469.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2009, n. 48320.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. I, 11.2.2014, n. 18118.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. II, 28.10.2009, n. 43923.

Di conseguenza, una particolare attenzione è posta al procedimento con cui si valuta l'idoneità o meno degli indizi a radicare detta responsabilità. Tale procedimento si articola in due distinti momenti: il primo diretto ad accertare il livello di gravità e di precisione di ciascun indizio isolatamente considerato; il secondo costituito dall'esame globale ed unitario dei diversi indizi al fine di dissolvere le diverse ambiguità.

Alla luce delle considerazioni effettuate, il giudice di legittimità dovrà pertanto verificare l'esatta applicazione dei criteri legali dettati dall'art. 192, comma 2, c.p.p. e la corretta applicazione delle regole della logica nell'interpretazione dei risultati probatori<sup>8</sup>.

Or dunque, applicando al caso di specie i criteri ermeneutici pedissequamente richiamati, la Corte di Cassazione riteneva che la Corte di Appello di Milano non avesse fatto buon governo delle regole interpretative e valutative dettate dall'art. 192, comma 2, c.p.p., avendo fondato la responsabilità dell'imputato sull'unico indizio rappresentato dalla localizzazione dell'utenza dello stesso nei pressi del luogo di commissione del reato, in assenza di ulteriori elementi gravi, precisi e concordanti su cui basare tale affermazione di colpevolezza. La Suprema Corte riteneva, peraltro, che l'aver in precedenza commesso un furto con le medesime modalità non costituisse un vero e proprio indizio, ovverosia un fatto noto e certo dal quale desumere un fatto ignoto, bensì una mera congettura, nella sua dimensione più debole di mero sospetto, inidonea a fondare di per sé la responsabilità dell'imputato.

La sentenza impugnata veniva dunque annullata nei confronti dell'appellante limitatamente al secondo motivo di ricorso, con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Milano per un nuovo esame.

#### 4. L'indizio.

In via preliminare, è opportuno rimarcare la distinzione tra prova rappresentativa (o storica o diretta) e prova critica (o indiretta).

Con il termine "prova rappresentativa" si fa riferimento a quel ragionamento che dal fatto noto, ricava, per rappresentazione, l'esistenza del fatto da provare. Tra il fatto noto (la rappresentazione effettuata ad esempio dal testimone) e il fatto ignoto (il fatto storico da provare) vi è di mezzo la valutazione di credibilità della fonte e di attendibilità della rappresentazione. Una volta ritenuta credibile la fonte ed attendibile la narrazione, il giudice ottiene il seguente risultato probatorio: è ragionevole ritenere che, ad esempio, il racconto del testimone corrisponda allo svolgimento del fatto al quale il testimone ha assistito.

La prova critica (o indiretta), fondata sull'utilizzazione degli indizi, consiste essenzialmente nella deduzione di un fatto ignoto (c.d. fatto da provare) da un fatto noto (c.d. circostanza indiziante) tramite un procedimento gnoseologico che poggia su massime di esperienza ricavate dall'osservazione del normale ordine di svolgimento delle vicende naturali e umane. La massima di esperienza, dunque, esprime ciò che avviene nella maggior parte dei casi (*id quod plerumque accidit*), tramite il ragionamento basato sul principio "in casi simili vi è un identico comportamento". Attraverso questo metodo logico-deduttivo è possibile affermare, con un elevato grado di pro-

---

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. V, 10.12.2013 n. 4663.

babilità, che il fatto noto sia legato al fatto da provare. Il predetto procedimento indiziario deve tuttavia muovere da premesse certe, ovvero sia da circostanze fattuali non dubbie, non potendo dunque consistere in dati fondati su mere ipotesi o congetture ovvero su indizi di verosimiglianza<sup>9</sup>.

Ebbene, per comprendere il ragionamento posto a base della decisione della Suprema Corte di Cassazione occorre innanzitutto partire dal dato normativo.

Faro di questa nostra analisi deve essere l'art. 192 c.p.p., il quale ribadisce il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione della prova, individuandone al contempo due limiti: da un lato, ribadisce il tradizionale obbligo motivazionale<sup>10</sup>; dall'altro, esclude che possa derivarne la valutabilità di prove illegittimamente acquisite<sup>11</sup>. Si riconosce, pertanto, che non v'è predeterminazione legale del valore persuasivo delle prove, ma si afferma, tuttavia, l'esigenza di legalità del procedimento probatorio<sup>12</sup>.

Ai sensi del secondo comma dell'articolo in commento, gli indizi, oltre a corrispondere a dati di fatto certi, devono essere gravi, precisi e concordanti: la norma subordina pertanto alla presenza di questi tre concorrenti requisiti l'equiparazione della prova critica o indiretta alla prova rappresentativa o storica o diretta, con la conseguenza che, in mancanza anche di uno solo di essi, gli indizi non possono assurgere al rango di vera e propria prova idonea a fondare la dichiarazione di responsabilità penale<sup>13</sup>.

Si tratta di una regola giuridica di valutazione, dalla quale si ricava, per costante giurisprudenza, che un solo indizio non è mai sufficiente<sup>14</sup>. È d'uopo tuttavia richiamare la tesi inversa sostenuta in dottrina, la quale, pur ritenendo che l'art. 192, comma 2, c.p.p. si riferisca all'indizio nel senso di prova critica o indiretta, contrapposta alla prova diretta o rappresentativa<sup>15</sup>, afferma tuttavia che la regola della necessaria pluralità degli indizi non vada intesa in senso assoluto<sup>16</sup>, in quanto non necessariamente le prove indiziarie sono più fragili o meno persuasive delle prove dirette<sup>17</sup>. Si è dunque

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. IV, 25.1.1993, n. 2967; in tal senso, Cass. pen., Sez. II, 20.10.2009 n. 43923.

<sup>10</sup> SIRACUSANO, in AA.VV., *Diritto Processuale Penale*, a cura di DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2018; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, 171 ss.

<sup>11</sup> GREVI, in AA. VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, in CONSO, GREVI (a cura di), Cedam, 3° ed., 1993, 210; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, 1989, 163 ss.

<sup>12</sup> NOBILI, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, Utet, 1990, 415.

<sup>13</sup> Cass. pen. Sez. IV, 2.4.2003, n. 22391.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. I, 8.3.2000, n. 7027, secondo cui "La prova indiziaria di cui al secondo comma dell'art. 192 cod. proc. pen. deve essere costituita da più indizi, e non da uno solo di essi, e i molteplici indizi, nel loro insieme, devono essere univocamente concordanti rispetto al fatto da dimostrare, nonché storicamente certi e rappresentativi di una rilevante contiguità logica con il fatto ignoto". Per una ipotesi peculiare nella quale un solo indizio è di per sé sufficiente a condannare l'imputato si veda Cass. pen., Sez. V, 22.10.2003, n. 4565, in relazione al delitto di false generalità ex art. 495 c.p.: un imputato può essere condannato per tale delitto qualora risulti che in due occasioni ha fornito all'autorità giudiziaria generalità differenti. In tali ipotesi si è certi che almeno in un caso egli ha dichiarato il falso anche se non si conoscono le vere generalità del soggetto.

<sup>15</sup> GREVI, *op. cit.*; NOBILI, *op. cit.*

<sup>16</sup> CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 9° ed., 577.

<sup>17</sup> FASSONE, *La valutazione della prova*, in AA.VV., *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di VIOLANTE, Giuffrè, 1986, 111; FERRUA, *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, 48 e 106.

sostenuto che l'art. 192 co. 2 c.p.p. recepisca la nozione di indizio come *probatio minor*, proveniente dalla tradizione pratica, rilevando come il riferimento alla distinzione tra prove dirette e prove indirette finirebbe per limitare irragionevolmente la libertà di convincimento del giudice, imponendogli di considerare la prova critica sempre e comunque meno persuasiva di quella rappresentativa<sup>18</sup>. Tale impostazione, dunque, ritiene superata la tradizionale distinzione tra prova rappresentativa e prova critica effettuata esclusivamente al fine di attribuire maggiore o minore valore processuale all'una piuttosto che all'altra, adducendo a fondamento di ciò l'appunto secondo cui esistono prove critiche o indirette a cui va riconosciuto un rilievo di attendibilità superiore rispetto a quelle rientranti nella categoria delle prove dirette o rappresentative, ed anzi, che possono addirittura valere a verificare queste ultime (si pensi ad una identificazione dattiloscopica, che di per sé può essere decisiva, e ad una testimonianza, che deve invece superare il controllo di attendibilità di colui che la rende e che può restare soccombente nel confronto con l'altra).

Come detto, ai sensi del secondo comma della disposizione in oggetto, gli indizi devono possedere determinati requisiti affinché possano assumere una valenza probatoria.

Il carattere della "gravità" degli indizi attiene alla misura della capacità dimostrativa o grado di inferenza ed esprime la elevata probabilità di derivazione dal fatto noto di quello ignoto, in cui si identifica il tema di prova<sup>19</sup>. In altre parole, è "grave" (la "*gravitas*" ci dà l'idea del peso dell'indizio) l'indizio che è resistente alle obiezioni e che pertanto ha una elevata persuasività.

La "precisione" degli indizi designa la loro idoneità a far desumere il fatto non conosciuto e varia in relazione inversa alla loro equivocità: indizi precisi sono quelli che consentono un ristretto numero di interpretazioni tra le quali è inclusa quella pertinente al fatto da provare. È chiaro che l'indizio non dotato di precisione è inconsistente in sé: la precisione di ogni circostanza indiziante emersa costituisce un "pre-requisito necessario perché si possa procedere oltre nel ragionamento indiziario"<sup>20</sup>.

A *contrario*, l'indizio che comporta un'unica soluzione è l'indizio "necessario", caratterizzato dalla correlazione obbligata del fatto ignoto da quello noto, al quale, sulla base delle leggi scientifiche, il primo è legato in modo certo e inevitabile. L'indizio necessario, dunque, poiché dotato di precisione e gravità assolute, basta da solo ad integrare la prova e non postula il concorso di altri indizi né, di riflesso, il requisito della concordanza<sup>21</sup>.

La "concordanza" degli indizi indica, poi, la loro convergenza verso l'identico risultato ed è qualificata dalle interazioni riscontrabili tra una pluralità di indizi gravi e precisi, i quali, pur essendo da soli insufficienti a giustificare una determinata conclusione, acquistano il carattere dell'univocità in ragione del reciproco collegamento e della loro simultanea convergenza in una medesima direzione, assumendo, così, il crisma della prova e l'efficacia dimostrativa che a questa inerisce<sup>22</sup>. La gravità degli in-

<sup>18</sup> NAPPI, *op. cit.*

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. VI, 4.11.2011, n. 3882.

<sup>20</sup> TONINI-CONTI, *Il processo di Perugia tra conoscenza istintuale e "scienza del dubbio"*, in AP, 2012, n. 2

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. IV, 19.3.2009, n. 19730.

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. VI, 4.11.2011, n. 3882, cit.

dizi, peraltro, “non è invalidata dalla presenza di controindizi. Gli indizi non si contano, si pesano. Nel processo non vale l'algebra degli indizi, vale la loro sintassi: cioè la loro organizzazione in una trama coerente, che consenta una ricostruzione ragionevole della vicenda”<sup>23</sup>.

Viceversa, se l'oggetto della prova è un fatto incompatibile con la ricostruzione del fatto storico, operata nell'imputazione, allora è sufficiente anche un solo indizio. Intendiamo riferirci all'alibi, ovvero sia a quel ragionamento attraverso il quale si evince che l'imputato non poteva essere a quell'ora sul luogo del delitto poiché nel medesimo momento si trovava altrove. In tal caso, un solo indizio sarà idoneo a dimostrare con certezza che il fatto non si è verificato così come ricostruito dal pubblico ministero<sup>24</sup>. Naturalmente, l'elemento di prova sul quale si basa l'alibi come ogni altro elemento di prova deve essere sottoposto al vaglio di attendibilità da parte del giudice<sup>25</sup>.

## 5. Il sindacato del giudice di legittimità sulla correttezza del procedimento indiziario.

Ebbene, compito del giudice è quello di valutare, anche e soprattutto alla luce dei predetti requisiti, gli indizi. Tale procedimento logico di valutazione si articola in due distinti momenti:

1. Il primo momento è diretto ad accertare il maggiore o minore livello di gravità e precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza;
2. Il secondo momento del giudizio indiziario è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità (*quae singula non probant, simul unita probant*), posto che nella valutazione complessiva il limite della valenza di ognuno risulta superato e l'incidenza positiva probatoria viene esaltata, in modo

<sup>23</sup> IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, 2013.

<sup>24</sup> TONINI, *Manuale di procedura penale*, XXI edizione, Giuffrè, 230.

<sup>25</sup> Un alibi addotto e non provato non potrà mai costituire elemento di colpevolezza (Cass., pen. Sez. I, 8.4.1991, Lavazza, in *CP*, 1992, 2793). Tuttavia, un alibi falso e mendace appare sintomatico del tentativo, da parte dell'inculpato, di sottrarsi all'accertamento della verità, sicché di esso il giudice dovrà tener conto, quale elemento indiziante, unitamente a tutti gli altri elementi acquisiti, valutandolo nel suo prudente apprezzamento per la formazione del giudizio finale in ordine alla penale responsabilità di colui che lo adduca (Cass. pen., Sez. II, 10.2.1995, Cavataio, in *C.E.D. Cass.*, n. 201331). In considerazione della presunzione di non colpevolezza che accompagna ogni cittadino sino alla condanna definitiva, infatti, solo l'alibi certamente falso potrà essere valutato come indizio a carico dell'imputato, mentre la mancanza di alibi od il suo fallimento sono probatoriamente neutri (Cass. pen., Sez. IV, 18.5.1982, Modica, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 803). L'alibi fallito, infatti, va considerato come elemento del tutto agnostico sul piano probatorio e, dunque, non costituente neppure un indizio (CATALANO, *La prova d'alibi*, Giuffrè, 1998, 115 ss.); solo nel momento in cui sia stata acquisita *aliunde* la prova della responsabilità, esso potrà costituire un elemento integrativo, di chiusura del costruito probatorio. L'alibi costruito, infine, è indicativo di una maliziosa preordinazione difensiva e ha una sua valenza indiziante che, a differenza di quello fallito, lo pone tra gli elementi probatoriamente rilevanti.

da conferire al complesso indiziario pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto<sup>26</sup>.

Tanto premesso occorre tuttavia rilevare come nel giudizio di legittimità il sindacato sulla correttezza del procedimento indiziario non possa consistere nella rivalutazione della gravità, della precisione e della concordanza degli indizi, poiché ciò comporterebbe inevitabilmente apprezzamenti riservati al giudice di merito. Il sindacato di legittimità deve piuttosto tradursi nel controllo logico e giuridico della struttura della motivazione, al fine di verificare se sia stata data esatta applicazione ai criteri legali dettati dall'art. 192, comma 2, c.p.p. e se siano state coerentemente applicate le regole della logica nell'interpretazione dei risultati probatori: occorre, in altre parole, verificare che il ragionamento probatorio del giudice di merito fornisca una ricostruzione non inficiata da manifeste illogicità e non fondata su mere congetture consistenti in ipotesi non fondate sullo "*id quod plerumque accidit*", insuscettibili dunque di verifica empirica<sup>27</sup>.

Ne discende che l'esame della gravità, precisione e concordanza degli indizi da parte del giudice di legittimità è semplicemente controllo sul rispetto, da parte del giudice di merito, dei criteri dettati in materia di valutazione delle prove dall'art. 192 c.p.p., controllo eseguito con il ricorso ai consueti parametri della completezza, della correttezza e della logicità del discorso motivazionale<sup>28</sup>.

Spetta alla Corte di Cassazione sindacare l'errata configurazione come elemento indiziario, ad opera del giudice di merito, di un semplice sospetto: quest'ultimo infatti consiste in un'illazione soggettiva meramente congetturale, fonte di conclusioni in termini di mera possibilità<sup>29</sup>. I sospetti, in altre parole, non sono altro che intuizioni, opinioni del tutto personali che, per quanto ragionevoli, sono meramente ipotetiche e non si fondano su una concreta circostanza indiziante certa.

Or dunque, per giungere a condividere la correttezza del procedimento logico utilizzato dal giudice di merito, il giudice di legittimità deve verificare che siano stati rispettati i principi di completezza (se il giudice abbia preso in considerazione tutte le informazioni rilevanti), di correttezza e logicità (se le conclusioni siano coerenti col materiale considerato e fondate su corretti criteri di inferenza e su deduzioni logicamente ineccepibili).

Si tratta, dunque, di una zona posta al confine tra il merito e la legittimità, con il concreto rischio per la Corte di Cassazione di sconfinare nella "zona proibita" della valutazione del complesso probatorio. Ma l'esercizio di queste funzioni è reso obbligato dalla natura del controllo di legittimità sul contenuto della decisione: l'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. preclude infatti al giudice di legittimità di rivalutare prove e indizi, ma non di verificare se questa valutazione sia avvenuta secondo criteri logici. Alla Corte di Cassazione non è dunque consentito addentrarsi in una sorta di rivisitazione degli itinerari valutativi attraverso i quali si è formato il convincimento giudiziale, allo scopo di dimostrare che, svalutando certi elementi probatori e rivalutandone altri, si sarebbe dovuti pervenire ad un diverso risultato. E ciò proprio grazie all'art.

<sup>26</sup> Cass., pen., Sez. Un., 4.2.1992, n. 6682.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2009, n. 48320, cit.; in tal senso, Cass. pen., Sez. I, 11.2.2014, n. 18118, cit.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.11.2002, n. 20474.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. IV, 19.3.2009, n. 19730, cit.

606, comma 1, lett. e), c.p.p., “preciso baluardo contro il rischio di invasioni arbitrarie nella sfera delle valutazioni probatorie proprie dei giudici di merito”<sup>30</sup>.

## 6. La specificità del motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.

Quanto precede rende opportuno richiamare la sentenza n. 29541 del 16 luglio 2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la quale è stato perimetrato l'ambito di utilizzabilità, e di conseguente operatività, dei motivi di ricorso di cui all'art. 606, comma 1, lett. c) ed e), c.p.p. Il massimo Consesso ha in quella sede richiamato l'indirizzo giurisprudenziale che fa capo alla nota sentenza n. 42792/2001 delle Sezioni Unite, la quale ha stabilito che “allorché sia dedotto, mediante ricorso per cassazione, un *error in procedendo* ai sensi dell'art. 606 co. 1 lett. c) c.p.p., la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può accedere all'esame diretto degli atti processuali, che resta invece precluso dal riferimento al testo del provvedimento impugnato contenuto nella lett. e) del citato articolo, quando risulti denunciata la mancanza o la manifesta illogicità della motivazione”.

Così statuendo, e per ciò che interessa in questa sede, le Sezioni Unite hanno inteso ribadire come non sia consentito il motivo di ricorso che deduca la violazione dell'art. 192 c.p.p., anche se in relazione agli artt. 125 e 546, comma 1, lett. e), c.p.p., per censurare l'omessa od erronea valutazione degli elementi di prova acquisiti od acquisibili. Ciò in quanto i limiti all'ammissibilità delle doglianze connesse alla motivazione, fissati specificamente dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., non possono essere superati ricorrendo al motivo di cui alla lett. c) della medesima disposizione, nella parte in cui consente di dolersi dell'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità<sup>31</sup>.

Si ribadisce, nuovamente, come l'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. precluda al giudice di legittimità di rivalutare prove e indizi, ma non di verificare se questa valutazione sia avvenuta secondo criteri logici<sup>32</sup>.

A *contrario*, la specificità del motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., dettato in tema di ricorso per cassazione al fine di definirne l'ammissibilità per ragioni legate alla motivazione, esclude che l'ambito di operatività della predetta disposizione possa essere dilatato per mezzo delle regole processuali concernenti la motivazione

---

<sup>30</sup> GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. I, 26.11.1998, n. 1088; in tal senso, Cass. pen., Sez. VI, 8.11.2012, n. 45249; Cass. pen., Sez. II, 24.5.2019, n. 38676.

<sup>32</sup> A tal proposito, Cass. pen., Sez. V, 25.9.2007, n. 39048, secondo cui «*In tema di motivi di ricorso per cassazione, a seguito delle modifiche dell'art. 606, comma primo, lett. e) ad opera dell'art. 8 della L. n. 46 del 2006, mentre non è consentito dedurre il “travisamento del fatto”, stante la preclusione per il giudice di legittimità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi di merito, è, invece, consentito dedurre il vizio di “travisamento della prova”, che ricorre nel caso in cui il giudice di merito abbia fondato il proprio convincimento su una prova che non esiste o su un risultato di prova incontestabile diverso da quello reale, considerato che, in tal caso, non si tratta di reinterpretare gli elementi di prova valutati dal giudice di merito ai fini della decisione, ma di verificare se detti elementi sussistano.*».



di cui agli artt. 125 e 546, comma 1, lett. e), c.p.p., utilizzando la violazione di legge di cui all'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.

D'altronde, la riconduzione dei vizi di motivazione alla categoria di cui alla lett. c) stravolgerebbe l'assetto normativo delle modalità di deduzione dei predetti vizi, poiché la lett. e) limita la deduzione ai vizi risultanti "dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame". Se invece i predetti vizi motivazionali fossero deducibili quali vizi processuali ai sensi della lett. c), in relazione ad essi il giudice di legittimità sarebbe gravato da un onere non selettivo di accesso agli atti.

Immediata derivazione di tali considerazioni è che, qualora il ricorrente intenda denunciare contestualmente, con riguardo al medesimo capo o punto della decisione impugnata, i tre vizi della motivazione deducibili in sede di legittimità ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., ha l'onere, sanzionato a pena di a-specificità e, dunque, di inammissibilità del ricorso, di indicare su quale profilo la motivazione asseritamente manchi, in quali parti sia contraddittoria, in quali manifestamente illogica. Non è possibile, infatti, attribuire al giudice di legittimità la funzione di rielaborare l'impugnazione al fine di estrarre dal coacervo indifferenziato dei motivi proposti quelli suscettibili di un utile scrutinio, poiché i motivi aventi ad oggetto tutti i vizi della motivazione sono, per espressa previsione normativa, eterogenei ed incompatibili, e dunque non suscettibili di sovrapporsi e cumularsi in riferimento ad un medesimo segmento della motivazione.

Pertanto, il motivo di ricorso che deduca promiscuamente i vizi di motivazione indicati dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. difetta della specificità richiesta dagli artt. 581 e 591 c.p.p.

Invero, dal combinato disposto degli artt. 606, comma 1, lett. e) e 581, comma 1, lett. d), c.p.p. è possibile desumere come non sia consentita l'enunciazione perplessa ed alternativa dei motivi di ricorso, essendo onere del ricorrente specificare con la massima precisione possibile se la deduzione del vizio di motivazione sia riferita alla mancanza, alla contraddittorietà o alla manifesta illogicità della stessa, ovvero ad una pluralità di tali vizi, da indicare specificamente in relazione alle varie parti della motivazione censurata. Per tali ragioni, dunque, la censura alternativa ed indifferenziata di mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione risulta priva della necessaria specificità.

Di conseguenza, per quanto di nostro interesse, non è consentito il motivo di ricorso con cui si deduca la violazione dell'art. 192 c.p.p., anche se in relazione agli artt. 125 e 546, comma 1, lett. e), c.p.p., per censurare l'omessa od erronea valutazione degli elementi di prova acquisiti od acquisibili, in quanto i limiti all'ammissibilità delle doglianze connesse alla motivazione, fissati specificamente dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., non possono essere superati ricorrendo al motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p., ed in difetto di una espressa sanzione di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza.

## 7. Considerazioni conclusive.

Conclusivamente, le diverse considerazioni che precedono in merito all'importanza della correttezza del metodo cui il giudice di merito deve attenersi nella valutazio-

ne degli elementi indizianti non fanno altro che corroborare il ragionamento posto a fondamento della decisione della Corte di Cassazione nel caso in commento.

L'indizio è un fatto certo dal quale si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare secondo lo schema del c.d. sillogismo giudiziario. È possibile che da un fatto accertato sia logicamente desumibile una sola conseguenza, ma di norma il fatto indiziante è significativo di una pluralità di fatti non noti: in tal caso può pervenirsi al superamento della relativa ambiguità indicativa dei singoli indizi applicando la regola metodologica fissata nell'art. 192, comma 2, c.p.p. Occorre in primo luogo valutare ciascun indizio singolarmente per acquisirne la relativa valenza indicativa. Dopodiché si passerà al momento metodologico successivo dell'esame globale ed unitario, attraverso il quale la relativa ambiguità indicativa di ciascun elemento probatorio potrà risolversi. Nella valutazione complessiva, infatti, ciascun indizio si somma e si integra con gli altri: l'insieme potrà assumere quel pregnante ed univoco significato dimostrativo che consente di ritenere conseguita la prova logica del fatto. Tale prova logica non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta o storica quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del c.d. libero convincimento del giudice.

La correttezza del metodo, che da ultimo il giudice di legittimità ha l'onere di verificare, è dunque l'unica garanzia circa l'affidabilità del risultato ricostruttivo.

Questa forma di controllo esercitato dalla Corte di Cassazione, che si esaurisce sostanzialmente nella ricerca di quello standard probatorio minimo perché possa ritenersi legittima una sentenza di condanna, ha trovato peraltro una conferma normativa nella modifica operata dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46 all'art. 533, comma 1, c.p.p., il quale oggi prevede che l'imputato possa essere condannato se risulta "*colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio*"<sup>33</sup>. Per pervenire alla condanna il giudice non solo deve ritenere non probabile l'eventuale diversa ricostruzione del fatto che conduce all'assoluzione dell'imputato, ma deve altresì ritenere che il dubbio su questa ipotesi alternativa non sia ragionevole: deve cioè trattarsi di un'ipotesi non plausibile o comunque priva di qualsiasi conferma.

Ancora, una medesima *ratio* va rinvenuta nell'art. 530, comma 2, c.p.p., secondo il quale il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione "*quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*". Al di sotto del predetto standard probatorio minimo il giudice deve assolvere l'imputato.

Le suesposte considerazioni, conclusivamente, sono rapportabili all'imprescindibile principio fondamentale della presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 27, comma 2, Cost. e valgono a significare che l'ordinamento, se tollera l'assoluzione del colpevole, non tollera però la condanna dell'innocente.

---

<sup>33</sup> La disposizione ricalca fedelmente la formula anglosassone riassunta nel noto acronimo B.A.R.D. (*Beyond Any Reasonable Doubt*).

# ESTENSIONE DEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO AI PROSSIMI CONGIUNTI DELLA PERSONA OFFESA: NECESSARIA LA MOTIVAZIONE IN ORDINE ALLE SPECIFICHE ESIGENZE DI TUTELA. AUTONOMIA TRA GIUDIZIO CIVILE DI AFFIDAMENTO DEI FIGLI E PROCEDIMENTO CAUTELARE PENALE

Cass. Sez. V, 17.09.2020 (dep. 12.10.2020) n. 28393,  
Sabeone Presidente – De Gregorio Relatore

**Maria Letizia Sassi\***

## MASSIMA

In tema di misure cautelari coercitive personali, l'estensione della misura ex art. 282-ter Cpp a soggetti diversi dalla p.o può essere operata a condizione che siano opportunamente individuate e motivate le ragioni. Necessario contemperamento tra tutela della vittima e rapporti esistenti tra i soggetti terzi e l'indagato. Rapporto di autonomia e non ingerenza con giudizio civile pendente tra le parti per l'affidamento dei figli minori.

**Sommario:** **1.** Il tema della decisione. – **1.1.** Osservazioni introduttive sulla misura cautelare di cui all'art. 282-ter c.p.p. – **2.** La vicenda processuale all'esame della Corte di Cassazione. – **3.** La questione della determinatezza e dell'obbligo di motivazione in relazione alle specifiche esigenze di tutela. – **4.** La questione della indipendenza ed autonomia del giudizio civile di affidamento dei figli minori e del giudizio cautelare penale. – **5.** Considerazioni conclusive.

## Abstract

*La Sezione Quinta della Corte di Cassazione interviene nuovamente in tema di divieto di avvicinamento, in particolare ribadendo come l'obbligo motivazionale in ordine alle esigenze di tutela della persona offesa, che il Giudice è tenuto a rispettare nella emissione di tale misura cautelare, sussiste anche nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 282-ter cpp, e quindi anche in caso di estensione di tale misura ai prossimi congiunti, in particolari ai figli minori. Laddove la misura venga a contemplare le esigenze di tutela anche di tali soggetti, ricorda la S.C., non vi è alcuna possibile incidenza dei provvedimenti eventualmente emessi dal giudice civile in tema di affido dei figli minori sulla sostituzione o revoca della misura cautelare di cui all' art. 282-ter c.p.p. trattandosi di giudizi autonomi e distinti.*

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

*The Fifth Section of the Italian Supreme Court intervenes again on the restraining order subject, reaffirming that the obligation to state reasons, which the Judge is obliged to respect when issuing a precautionary measure related to the protection of an offended person, is still valid also in the hypothesis referred in the second paragraph of Article 282-ter of the Criminal Procedure, and therefore also in case of extension of the measures to next of kin, in particular to minors. Following the Supreme Court, if the measure also considers the need to protect these subjects, any provision issued by a Judge in matter of minor custody, cannot affect the replacement or revocation of the precautionary measure under art. 282-ter of the Code of Criminal Procedure, since they are autonomous and distinct judgments.*

## 1. Il tema della decisione.

Con la sentenza qui in commento la Suprema Corte ancora una volta si sofferma sull'obbligo motivazionale che deve sorreggere la emissione di una misura cautelare, in particolare anche quella di cui all'art. 282-ter c.p.p. (che segue le regole generali ex art. 272 c.p.p. e ss. imposte per tutte le misure cautelari personali e le condizioni di applicabilità delle misure coercitive ex art. 280 c.p.p.) nella parte in cui prevede la estensione del divieto di avvicinamento nei confronti dei prossimi congiunti della vittima.

Al fine di procedere con una breve disamina della questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte occorre premettere che la principale se non l'unica esigenza di tutela per la adozione della misura cautelare del divieto di avvicinamento è il pericolo di reiterazione del reato<sup>1</sup>.

### 1.1. Osservazioni introduttive sulla misura cautelare di cui all'art. 282-ter c.p.p.

Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa è una misura cautelare personale di tipo coercitivo introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 9 recante "Modifiche al codice di procedura penale" del decreto legge n. 11 del 23 febbraio 2009 intitolato "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori" poi convertito in legge n. 38 del 23 aprile 2009<sup>2</sup> con la quale si fa divieto al destinatario di avvicinarsi a luoghi determinati, che siano abitualmente frequentati dalla persona offesa, oppure gli si impone di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla vittima.

Pur trattandosi di una misura palesemente correlata alla repressione del reato di atti persecutori p.e p. dall'art. 612-bis c.p., tale strumento cautelare si caratterizza per la generale portata applicativa rispetto ad altri reati "affini" per i quali la legge stabili-

---

<sup>1</sup> C. PARODI, *Stalking e Tutela Penale*, Giuffrè, 2009, 170. In senso contrario alcuni Autori hanno ipotizzato la possibilità di ricorrere a tale misura anche per le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. lett. a) e c), cfr. O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Il pacchetto sicurezza*, cap. VIII, *Il delitto di atti persecutori (il cd. stalking)*, a cura di F. ZACCHE, Giappichelli, 2009, 296.

<sup>2</sup> Relazione introduttiva al disegno di legge C 2232 - Conversione decreto legge 23 febbraio 2009, Risorsa Elettronica disponibile su [http://leg16.camera.it/\\_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0020550.pdf](http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0020550.pdf).

sce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni (si pensi ad es. al delitto di cui all'art. 572 c.p.).

Tale misura si è andata così ad aggiungere a quella già prevista dall'art. 282-*bis* c.p.p. (allontanamento dalla casa familiare) precedentemente introdotta con L. 4 aprile 2001 n. 154 (misure contro la violenza nelle relazioni familiari), legge quest'ultima che aveva inserito, nel versante civilistico (titolo IX *bis* del primo libro c.c., artt. 342-*bis* e 342-*ter* cc), gli ordini di protezione contro gli abusi familiari<sup>3</sup>.

Essa è stata poi oggetto di ulteriore "rivisitazione" con il d.l. n. 93/2013 (conv in l. dalla L. n. 119/2013) emesso a seguito della direttiva 2012/29/UE e dalla Convenzione di Istanbul ratificata dall'Italia con L. 77 del 2013, sotto la spinta cioè di un insieme di provvedimenti legislativi emessi con il comune intento di riconoscere alla vittima del reato di violenza una maggiore protezione, e con la quale si è previsto l'ulteriore onere della comunicazione, al PM ed al Giudice, della sottoposizione dell'indagato/imputato ad un programma di prevenzione della violenza, sottoposizione il cui esito positivo potrà costituire un elemento di valutazione ai fini di una eventuale revoca o sostituzione della misura cautelare.

Sempre nell'ottica di anticipazione della tutela della vittima, tale intervento normativo del 2013 (cd. Legge sul femminicidio) ha riconosciuto anche nelle primissime fasi procedurali, l'obbligo informativo nei confronti di quest'ultima, con conseguente possibilità per la stessa di intervenire proprio nelle ipotesi in cui si richieda al Giudice la sostituzione o la revoca della misura cautelare.

Ancora e da ultimo, con L.69 del 2019 (cd. Codice rosso), la previsione di cui all'art. 282-*ter* c.p.p. si è ulteriormente innovata prevedendo la possibilità di applicare a seguito della emissione di tale misura cautelare, le particolari modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis* c.p.p.

## 2. La vicenda processuale all'esame della Corte di Cassazione.

Con la sentenza qui esaminata la S.C. annulla l'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame di Firenze con cui era stata parzialmente modificata, attraverso una limitazione ai contenuti della stessa con specificazione dei luoghi di operatività del divieto di avvicinamento, la misura cautelare ex art. art. 282-*ter* c.p.p. precedentemente emessa dal GIP del Tribunale di Pisa nei confronti di un indagato per il delitto di atti persecutori.

Se da un lato infatti, nella sentenza qui in commento, la S.C. da atto della correttezza della intervenuta modifica operata dal Tribunale del Riesame di Firenze, dall'altro evidenzia come la stessa si sia limitata a confermare la misura di cui all'art. 282-*ter* c.p.p. anche rispetto ai figli minori della persona offesa mancando di specificare le esigenze cautelari ritenute astrattamente sussistenti in relazione agli stessi.

<sup>3</sup> Tra gli ordini di protezioni inseriti nel codice civile con art. 342 *ter* cc. già compare tra i contenuti tipici il divieto di frequentazione dei luoghi abitualmente frequentati dall'istante (coniuge, convivente, o altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente) che lamentava di aver subito un grave pregiudizio alla propria integrità (psico)fisica o morale ovvero alla libertà tenuta da altro componente del nucleo familiare.

La Corte, nel corpo della sentenza in esame, richiama una precedente conforme<sup>4</sup> con la quale la stessa aveva ribadito come la misura cautelare del divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-ter c.p.p. possa essere estesa anche a tutela di soggetti diversi (appartenenti al nucleo familiare della persona offesa o comunque legati a questa da vincoli affettivi), a condizione che vengano indicate dal giudice le specifiche ragioni che giustifichino una tale aggiuntiva limitazione alla libertà di circolazione dell'obligato dovendosi, anche in questo caso, contemperare le esigenze di tutela della vittima con quelle di salvaguardia dei rapporti esistenti tra soggetti terzi e l'indagato.

Ribadita la necessità di un obbligo motivazionale in capo al giudice anche in relazione a tale aspetto "applicativo", evitando così standardizzate ed automatiche estensioni dei soggetti "ulteriori" da ritenere meritevoli della tutela cautelare (posto che ciò comporta una evidente ulteriore limitazione dei diritti del prevenuto), la Corte di Cassazione si sofferma sulla ipotesi, sottoposta al proprio esame, in cui il divieto di avvicinamento alla persona offesa era stato esteso anche ai figli minori (della stessa e del destinatario della misura), senza chiarire quali fossero le ulteriori esigenze cautelari in merito a questi ultimi.

Concludendo la disamina della impugnazione sottoposta al proprio vaglio, la Corte di Cassazione muove poi una ulteriore censura al provvedimento emesso dal Tribunale del riesame di Firenze, quella cioè di aver fondato la conferma della estensione della misura del divieto di avvicinamento anche ai figli minori della persona offesa, sulla base di una errata supposta possibilità di modifica successiva di tale aspetto "applicativo-soggettivo" della misura in conseguenza della definizione del parallelo giudizio civile sull'affidamento dei minori.

La Suprema Corte ribadisce così, nella fase conclusiva della parte motiva della sentenza in esame, la assoluta autonomia ed indipendenza del giudizio civile rispetto al procedimento cautelare penale.

### **3. La questione della determinatezza e dell'obbligo di motivazione in relazione alle specifiche esigenze di tutela.**

Il divieto di avvicinamento consiste per l'appunto nel divieto, per il destinatario della stessa, di avvicinarsi a determinati luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa stessa.

Con l'introduzione degli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., il legislatore ha creato uno statuto di misure cautelari non custodiali specificamente finalizzato alla tutela della vittima del reato. Proprio al fine di perseguire più efficacemente questo obiettivo, le norme in questione non contengono prescrizioni integralmente predeterminate: esse, al contrario, attribuiscono al giudice spazi di discrezionalità, anche ampi, ma funzionali a "plasmare" la cautela alla situazione concreta sottoposta al suo esame.

Ciò non significa però indeterminatezza del precetto normativo né legittima indeterminatezza o legittima mancata motivazione della misura cautelare.

---

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. VI, sent. del 30.01.2020, n. 6563. Ma già si era espressa in tal senso Cass. pen., Sez. V, sentenza 17 novembre 2015, n. 45686 (Pres. Nappi, Rel. Pezzullo).

L'introduzione della nuova misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa si colloca, comunque, in un orientamento volto a calibrare la cautela con lo specifico *periculum libertatis* sotteso alle particolari connotazioni dell'ipotesi criminosa per cui si procede.

Per essere valida, la misura del divieto di avvicinamento, deve operare un giusto contemperamento tra le esigenze di sicurezza incentrate sulla vittima e il minor sacrificio della libertà di movimento della persona sottoposta alla misura e, dunque, in difetto di precisi contenuti e prescrizioni in merito ai luoghi ed a i mezzi interessati dal divieto di avvicinamento, il provvedimento deve essere considerato invalido per vizio di motivazione della ordinanza cautelare<sup>5</sup>.

Una prima chiave di lettura è stata offerta dalla S.C. con una sentenza del 2015<sup>6</sup> che, richiamando le due fattispecie applicative in cui la misura di cui all'art. 282-ter c.p.p. si realizzerebbe (obbligo di mantenere una determinata distanza dai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima e obbligo di tenere una determinata distanza dalla persona offesa), ha precisato che la scelta da parte del giudice tra l'una o l'altra tipologia di applicazione della misura dipende dalle concrete modalità e caratteristiche della condotta del prevenuto così come descritte ed emergenti dalla querela o dalla notizia di reato comunicata dagli agenti di PG.

Laddove dunque venga disposto il divieto di avvicinamento rispetto ai luoghi frequentati abitualmente dalla persona offesa, la concreta individuazione degli stessi diviene essenziale sia per ragioni di giustizia che di praticabilità della misura, mentre invece laddove venga disposto l'obbligo di mantenere una certa distanza dalla persona offesa, allora la individuazione dei luoghi di abituale frequentazione della vittima diventa irrilevante perché, al di fuori degli stessi, la persona offesa rischierebbe di ritrovarsi esposta a pericoli<sup>7</sup>.

Ebbene, rispetto a tale ultima osservazione, occorre allora esaminare la ulteriore ipotesi in cui la misura cautelare del divieto di avvicinamento, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, venga estesa "ai prossimi congiunti della persona offesa o a persone con questa conviventi o comunque legate da relazione affettiva".

Una simile previsione "estensiva" della misura difatti introduce sì, una sorta di tutela anche virtuale all'offeso creando una sorta di "schermo di protezione" attorno alla stessa, creando pertanto uno schermo protettivo al "soggetto debole", ispirato all'esperienza comparata *dell'order of protection* della legislazione angloamericana<sup>8</sup> ma,

---

<sup>5</sup> Nota a Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2011 - dep.8 luglio 2011 n. 26819, in *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziaria*, a cura di L. COLINI, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, I, e R. DE ROSSI, *Commento alla sentenza della Cassazione, sezione VI del 18 marzo 2014*, in *Archivio Penale*, n. 2/2014, Risorsa Elettronica consultabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014, 9; Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2011 n. 26819, Cass. pen., Sez. V, 27 aprile 2013, n. 27798.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. V, 06.02.2015 n. 5664.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. III, del 27.03.2019, n. 23472; Cass. pen., Sez. V, del 26.03.2018, n. 18139; Cass. pen., Sez. V, sent. 1.10.2020 n. 2721.

<sup>8</sup> Per un confronto tra la misura di cui all'art. 282-ter c.p.p. e i *restraining orders* (o *injunctions*) dei Paesi di common law, cfr., dettagliatamente, MORELLI, *Commento sub art. 9 D.L. 23 febbraio 2009, n. 11*, in *Commento articolo per articolo al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif.*, in L. 23 aprile 2009, n. 38 - *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, 497 e 498.

non per questo, la sottostante decisione di procedere in tal senso può essere sfornita di una adeguata e completa motivazione sul punto.

Una tale necessità di motivazione è particolarmente richiesta al giudice penale proprio nei casi in cui, tra i prossimi congiunti della vittima a tutela dei quali debba essere emessa la misura cautelare, vi siano i figli minori della vittima e dell'indagato, posto che è in questo caso soprattutto che occorre necessariamente contemperare i diritti e le esigenze di tutela di ciascun soggetto coinvolto tenendo conto che la relazione genitore-figlio solitamente va sempre salvaguardata<sup>9</sup> a meno che quest'ultimo non sia anch'egli destinatario diretto del reato o strumento per la commissione dello stesso<sup>10</sup>.

#### 4. La questione della indipendenza ed autonomia del giudizio civile di affidamento dei figli minori e del giudizio cautelare penale.

La sentenza sin qui esaminata, nella fase ultima della propria parte motiva, ribadisce la autonomia, anche nei casi di violenze intra familiari, dei giudizi civili e penali affermando che il giudizio civile di affidamento dei minori, che, ricordiamo è *in primis* volto a garantire il pieno esercizio della responsabilità genitoriale a meno che la condotta del genitore non sia di pregiudizio al figlio, non può in alcun modo incidere sulla sostituzione o revoca della misura cautelare penale rispondendo quest'ultimo a criteri e logiche di tutela assolutamente differenti dal primo.

È chiaro in ogni caso che laddove i reati per i quali è prevista l'applicazione della misura cautelare di cui all'art. 282-ter c.p.p. incidano in un contesto familiare in cui

<sup>9</sup> Tribunale di Napoli, Sezione Giudice per le Indagini Preliminari, Ufficio Quarto, Dott. Giordano, Napoli 23 febbraio 2011 si legge: «tra i prossimi congiunti ovviamente sono ricompresi anche i figli. Nel caso di specie dagli atti di indagine non emergono elementi tali da far ritenere che il reato ipotizzato a carico dell'indagato consista anche in condotte relative al figlio. Nessuna indicazione in questo senso si evince dalle dichiarazioni della persona offesa e dalle persone informate sui fatti ascoltate. Dagli atti risulta solo un difficile rapporto tra l'indagato ed il primo figlio della B.C. Il dato normativo pertanto non consente un intervento del giudice penale in detto ambito né può o deve essere impedito il rapporto tra il padre ed il figlio. Del resto si tratta di una relazione affettiva essenziale alla crescita del minore che ha già tredici anni e che è seguito dal padre costantemente come affermato dal genitore durante l'interrogatorio di garanzia. Ne consegue che il gip debba limitarsi a precisare che il divieto di avvicinamento riguarda solo la persona offesa B. C, ed i prossimi congiunti di costei (in particolare il proprio figlio della donna in particolare) e che l'indagato può liberamente frequentare il figlio A.A. con le modalità che ritiene opportune nel rispetto dei limiti derivanti dal rispetto del provvedimento cautelare in esecuzione...».

<sup>10</sup> Cass. Pen. Sez. V, sentenza 17 novembre 2015, n. 45686 (Pres. Nappi, Rel. Pezzullo) si legge: «con specifico riguardo alla estensione del divieto di avvicinamento anche nei confronti del figlio minore convivente con la p.o. il Tribunale con motivazione immune da vizi ha evidenziato che l'art. 282-ter c.p.p. c. 2, prevede che il divieto di avvicinamento possa essere imposto anche in riferimento ai prossimi congiunti della persona offesa od a persone con queste conviventi o comunque legati da relazione affettiva, qualora sussistano "ulteriori esigenze di cautela" ravvisabili anche nei loro confronti e nella specie il fatto che due degli specifici episodi contestati al T. si erano verificati presso l'abitazione della P., in occasione della consegna del figlio minore, determinava l'esigenza di impedire attraverso l'applicata misura la strumentalizzazione del diritto di visita nei confronti del figlio minore, al fine di porre in atto comportamenti minacciosi nei confronti della ex coniuge».



sono presenti figli minori, è inevitabile che della più complessiva vicenda familiare venga interessato anche il giudice civile (che appunto ha il diverso compito di adottare i provvedimenti di affidamento e dell'esercizio del diritto di visita nell'interesse preminente dei figli) ed il cui intervento si dispiega quasi sempre parallelamente alla attività del giudice penale.

È altresì chiaro che stante il principio immanente della autonomia e della non ingerenza delle diverse giurisdizioni possa accadere anche che le pronunce incidentali adottate autonomamente dai due giudici vadano a collidere o a trovarsi in contraddizione le une con le altre.

Si può verificare ad esempio che il giudice penale emetta una ordinanza cautelare nei confronti del genitore ed il giudice civile, all'esito di una valutazione complessiva della vicenda, analizzata da un diverso punto di vista e che parte notoriamente da presupposti diversi, possa invece giungere a conclusioni assolutamente divergenti da quelle tratte dal primo, quali ad esempio consentire l'esercizio di visita al genitore già destinatario di una misura cautelare in sede penale del divieto di avvicinamento anche al figlio.

Può addirittura accadere anche che i due provvedimenti, del giudice civile e del giudice penale, possano diventare incompatibili tra loro.

In tali casi dovrebbe probabilmente considerarsi prevalente il provvedimento del giudice penale rispetto a quello di altri giudici per la ragione sostanziale che il provvedimento cautelare penale partecipa di una natura intrinsecamente ablativa dei diritti della potestà e dei diritti civili riconducibili allo *status libertatis*, tra cui deve dirsi rientrante anche l'esercizio del diritto di visita.

Del resto più volte la Corte di Cassazione ha ribadito che la misura del divieto di avvicinamento – ove applicata nei confronti di un genitore – non è volta ad impedire il diritto di visita/frequentazione genitore-figlio, bensì ad impedire che l'indagato possa reiterare la condotta recandosi presso i luoghi frequentati dalla persona offesa, sicché ad esempio, ove lo stesso intenda incontrare il minore anche in forma protetta ed al limite anche tramite servizi sociali, dovrà rivolgere apposita istanza in sede civile per la diversa regolamentazione del diritto di visita ed incontro<sup>11</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive.

La sentenza sin qui esaminata non offre sostanzialmente una interpretazione nuova o difforme rispetto al passato delle questioni che investono la misura cautelare di cui all'art. 282-ter c.p.p., ma è certamente di interesse nella parte in cui la si esamina alla luce della innovativa disposizione introdotta con la legge 69 del 2019 volta a promuovere una tempestiva comunicazione tra le dette due giurisdizioni, civili e penali, in tema di violenza intra-familiare.

Il cd. codice rosso difatti ha previsto l'obbligo per il giudice penale, laddove risultino pendenti procedimenti civili di separazione dei coniugi o procedimenti relativi ai figli minori o alla responsabilità genitoriale, di trasmettere senza ritardo al giudice civile copia dei provvedimenti adottati in relazione a procedimenti penali per delitti

---

<sup>11</sup> Massima a cura di G. BUFFONE, *Competenza del giudice civile per regolare i rapporti tra padre e figli, in presenza di misura cautelare penale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

di violenza domestica o di genere (ordinanze dispositive, sostitutive o di revoca di misure cautelari personali, avviso di conclusione indagine, provvedimento di archiviazione e sentenze).

Essendoci, come detto sino ad ora, una naturale compenetrazione delle vicende sottoposte alla attenzione del giudice penale con quelle poste al vaglio del giudice civile nelle varie e sempre più frequenti fattispecie di violenza domestica, la novella legislativa impone, correttamente, un “dialogo” tra le due giurisdizioni e questo soprattutto al fine di garantire la tutela preminente del minore (troppo spesso lesa ad esempio sotto l’aspetto della disciplina del regime di affido e del diritto di visita, da infondate denunce sporte da un genitore in danno dell’altro, in attesa che le stesse vengano ad essere archiviate o, al contrario, troppo spesso messa in pericolo da un mancato tempestivo esame, prima che vengano assunti i provvedimenti provvisori ed urgenti dal Giudice della famiglia, del rilievo penale di cui la condotta del genitore è avvinta), ma, la S.C. ribadisce, ed a ragione, anche nella sentenza qui esaminata, che ciascuno di tali giudizi deve mantenere la propria indipendenza ed autonomia perché gli stessi rispondono a criteri e logiche assolutamente differenti.

# PAGINE SENZA TEMPO

## Ricordo del Professor Stile

**Sergio Moccia**

Ho avuto la fortuna di incontrare Alfonso Stile non appena mi ero laureato: Egli faceva parte della Commissione per una borsa di studio che volle fermamente mi fosse assegnata. La Sua presenza è stata per me la buona stella che ha accompagnato il mio percorso accademico, come testimonia, tra tanto altro, la Sua partecipazione alla Commissione del concorso a professore straordinario che, sicuramente anche grazie alla Sua benevolenza, vinsi. Ma durante tutto il tempo della mia attività ho avuto il privilegio di averlo sempre accanto. Ed ho potuto apprezzarne la generosità, la disponibilità, la signorilità, il consiglio sempre prezioso e non solo per le cose della scienza. Egli era sempre pronto a valorizzare iniziative, studi, relazioni accademiche, senza pregiudizi di 'scuola' o 'provincialismi di sede'. Aperto al confronto e pronto a valorizzare il merito, Alfonso Stile oltre ad un *Conlega Maior* era per me un caro amico con il quale dividevo anche la passione per l'arte, di cui avevamo modo di parlare specialmente durante i tanti viaggi che ho avuto la fortuna di fare insieme a Lui.

Alfonso Stile si laureò a pieni voti a Napoli nel 1963, perfezionando i suoi studi in Germania presso il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. A Napoli ebbe modo di formarsi in un periodo felicissimo per la nostra materia, dovuto alla presenza in quel momento, oltre che di Enrico Contieri, di cui divenne assistente ordinario nel 1967, in particolare di Dario Santamaria, di Carlo Fiore e di Lello Latagliata, dai cui studi, eccellenti, sulla discrezionalità Alfonso Stile prese le mosse per la Sua fondamentale monografia su "*Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*" del 1971, in cui ricostruisce secondo modulazioni del tutto originali il concetto di discrezionalità, tracciando le linee giuridiche dell'istituto e, così, delimitando il possibile arbitrio del giudice penale. Tema felicemente ripreso anche in seguito.

Altro contributo monografico è stato "Omissione rifiuto e ritardo in atti di ufficio" del 1974; lo studio si segnala per aver fornito un apporto notevole alla dottrina del reato omissivo proprio, oltre che ad orientare ai principi costituzionali l'interpretazione di una figura di reato, non a caso ritenuta vaga e generica: questa interpretazione innovativa fu fatta propria, seppur a distanza di anni, dalle Sezioni Unite della Cassazione.

Ma, a parte un'ampia, rimarchevole produzione minore, va ricordata la Sua attività di curatore attento di tantissime opere collettanee di sicuro pregio che, sovente, rappresentano l'esito degli incontri dei professori di diritto penale, ma anche di magistrati ed avvocati, tenutisi presso il mitico Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali di cui Alfonso Stile sin dal 1976 è stato illuminato Preside. Questi memorabili convegni avevano ad oggetto le tematiche emergenti nel dibattito penalistico e coinvolgevano accanto ai giuristi più autorevoli, non solo italiani, pure gli studiosi più giovani, a cui Egli ha sempre saputo guardare, offrendo loro l'opportunità di una palestra formativa impareggiabile.

Alfonso Stile ha conseguito la libera docenza nel 1968 per meriti speciali. È stato Professore incaricato di Diritto penale presso l'Università di Urbino dall'anno accademico 1969-1970 e poi Straordinario dall'1.11.1975, conseguendo l'ordinariato dopo il triennio. Nel 1982 è stato chiamato alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Federico II" per l'insegnamento di Istituzioni di diritto penale, per poi, dal 1992 al 2011, ricoprire la Cattedra di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza", ove è stato nominato Emerito nel 2013.

Va posto nel debito risalto anche il Suo felice, proficuo magistero: Egli ha dato vita ad un'illustre Scuola già a partire dagli anni giovanili, formata da eccellenti giuspenalisti – e per me in molti casi anche da amici carissimi –; l'elenco sarebbe troppo lungo in questa sede: dunque, per tutti, menziono il primo allievo, Vittorio de Francesco, ed i suoi geniali contributi.

Alfonso Stile ha avuto ampi riconoscimenti di stima anche a livello internazionale: non vi era Paese di cultura affine alla nostra ove Egli non riscuotesse tra i colleghi ammirazione e simpatia. E ciò è testimoniato dal fatto che, oltre ad essere per molti anni, dal 1990 al 2015, Presidente della sezione italiana dell'*Association Internationale de Droit Pénal*, della medesima Associazione è stato apprezzato Vicepresidente dal 1994 al 2019.

Vorrei segnalare anche la Presidenza del Comitato scientifico della meritoria Associazione Silvia Sandano, che, anche grazie all'impegno di Alfonso Stile, nel corso del tempo si è andata imponendo all'attenzione della comunità internazionale degli studiosi per aver conferito il suo Premio, molto ambito, ad alcuni dei più prestigiosi giuspenalisti. E il conferimento è avvenuto sempre all'interno di Convegni di studio di altissimo profilo per la partecipazione di esponenti tra i più illustri della dottrina penalistica italiana e straniera.

Va segnalata, infine, anche la Sua eccellente attività di difensore competente, appassionato, apprezzato, che lo ha visto stimato protagonista nei più significativi processi italiani sin dagli anni Settanta. Dunque, una figura esemplare anche di avvocato: signorile, efficace e vincente.

Ci mancherà Alfonso carissimo, ci mancherà di Te il sorriso, la generosità, la saggezza, l'onestà, l'equilibrio e tanto altro e, per me, in particolare, anche la Tua preziosa, antica amicizia.