

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2016 • ANNO IV

EDITORI
Mario Covelli, Aldo Cimmino

DIRETTORE RESPONSABILE
Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giuseppe Riccio

COMITATO SCIENTIFICO
Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Sergio Moccia (Napoli),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE
Pasquale Andria, Antonio Baldassarre,
Teresa Bene, Antonio Bonajuto, Aldo Cafiero,
Beniamino Calabrese, Antonio Cavaliere,
Melita Cavallo, Domenico Ciruzzi,
Alessandro Cocchiara, Claudio De Angelis,
Agostino De Caro, Patrizia Esposito,
Roberto Gentile,
Fausto Izzo, Alessandro Jazzetti,
Carlo Longobardo, Alarico Mariani Marini,
Mariano Menna, Ugo Pastore,
Vincenzo Pezzella, Alessandro Piccirillo,
Egle Pilla, Maria Francesca Pricoco,
Maria Vittoria Randazzo, Sandra Recchione,
Nicola Russo, Rossella Salvati,
Giuseppe Sassone, Paolo Sceusa,
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo, Mario Zevola

COMITATO DI REDAZIONE
Mario Afeltra, Piero Avallone, Paola Brunese,
Geremia Casaburi, Anna Maria Covelli,
Mariangela Covelli,
Annamaria D'Andrea, Maria de Luzenberger,
Marco de Martino, Fabiana Falato,
Arturo Frojo, Mario Griffo, Silvio Mancini,
Valentina Masarone, Antonio Nappi, Rossella
Nicodemo, Gennaro Demetrio Paipais,
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio, Sabatino
Romano, Daniela Savy,
Massimo Sensale, Adele Viciglione

COMITATO DI REVISIONE
Claudia Cesari, Carlo Fiorio, Glauco Giostra,
Elio Lo Monte, Luca Marafioti,
Oliviero Mazza, Paolo Patrono, Mauro Ronco,
Giancarlo Scalese, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Giuseppe Liguori

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli.
Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto proces-
suale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia
de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323
Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'EDITORIALE

Editoriale

GIUSEPPE RICCIO

6

L'OPINIONE

Spinelli e lo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia

LORENZO SALAZAR

12

Perché no alla soppressione del Tribunale per i minorenni

CLELIA IASEVOLI

15

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

Mafia-buona, mafia-criminale e mafia-mafia: il controllo integrato come unica strategia di contrasto ad un abbraccio letale

ANTONINO SESSA

19

Riciclaggio ed economia criminale: due mali inseparabili

EMANUELE SCLAFANI

29

Le camorre tra esibizione di violenza e occultamento degli affari

MICHELANGELO PASCALI

63

L'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi. Profili di indeterminazione

ILARIA MANCINI

85

DIRITTO
PROCESSUALE

Profili critici dello stato irreversibile di incapacità processuale penale, tra recenti sentenze della Consulta e proposte di riforma

FLAVIA ACCARDO

136

GIUSTIZIA MINORILE	La giustizia minorile in Spagna dinanzi alla violenza dei figli sui genitori FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO	145
-----------------------	--	-----

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

	Sentenza	168
--	-----------------	-----

NOTE A SENTENZA

DIRITTO SOSTANZIALE	La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione ai fatti della scuola Diaz CLAUDIA MASUCCI	172
------------------------	---	-----

	Epistemologia dell'imputabilità. Tra sofferenti psichici e medico correo EDDA NAPOLITANO	182
--	--	-----

	La tutela delle aree marine protette e la tensione tra istanze legalitarie e scelte politico-criminali MASSIMILIANO FRADDANNO	202
--	---	-----

	Una 'lettura' giurisprudenziale in materia di falsità materiale ed ideologica ANTONIO MENNA	209
--	---	-----

ESPERIENZE

GIUSTIZIA MINORILE	Brevi osservazioni sulla tenuità del fatto MARIO COVELLI	232
-----------------------	--	-----

	Arancia Meccanica. Il tentativo di un'esperienza strutturalistica ROSSELLA GAUDINO	234
--	--	-----

	La tutela del benessere del bambino nel tempo del lavoro ANTONELLA TROISI	245
--	---	-----

L'EDITORIALE

Editoriale

GIUSEPPE RICCIO

Ha ragione Lorenzo Salazar: è tempo della memoria; e questa volta mi andrebbe di interrompere la consuetudine di questa Rivista, quella dell'Editoriale del responsabile scientifico, per cedere il passo a chi, non solo per lunga permanenza nelle Istituzioni comunitarie, ma per intima convinzione, crede nel futuro dell'Europa. Gli sottraggo la scena solo per annotazioni politiche, quelle che la Storia detta, spesso invano, alla Politica; e perché, da noi, l'Editoriale è la sintesi ragionata e personale di chi lo scrive e, spesso, prende strade impervie per dimostrare che solo una reale esistenza dei valori espressi nella Carta dell'Unione, e condivisi dai Paesi aderenti, può dare sicurezza e giustizia e attraverso queste una vera libertà.

È un bene che qualcuno ricordi alle nuove generazioni l'Autore del sogno europeo, l'originario protagonista dell'Unione, eppure il primo deluso dai limiti che l'Unione si è posta rispetto al progetto che vagheggiava, soprattutto sul terreno politico, ritenendo gli Stati tasselli regionali per l'unità, non praticata per la resistenza degli Stati a cedere sovranità, pur riconoscendo che essi pagano prezzi notevoli sotto molteplici aspetti, senza raccoglierne i benefici, ad esempio, in politica internazionale o nella lotta al terrorismo o nei rapporti con i Paesi cc.dd. instabili; con buona pace delle direttive in materia di sicurezza e dei principi di Pace su cui fondano le Costituzioni occidentali, spesso in termini declamativi, non di effettiva cura del più alto valore della nostra comunità, che fu la ragione che spinse Altiero Spinelli sulla strada del sogno europeo, fortunatamente realizzatasi, perlomeno nel Continente.

È estremamente importante per le nuove generazioni; che certamente non amano le rappresentazioni televisive – ed hanno ragione – di personaggi a loro ignoti e, invece, tantocari alla mia generazione, almeno a quella che volle costruirsi intorno alla resistenza e che perciò comprese personaggi, concetti politici e storie sindacali, "riduttivamente" rievocati nello sceneggiato televisivo per la funzione diffusiva che perseguono le fiction; soprattutto perché risulta inenarrabile la tensione morale verso il "mondo nuovo" vagheggiato da Altiero Spinelli e da alcuni compagni di prigionia; personaggi e concetti il più delle volte caduti nel dimenticatoio, per l'insana preoccupazione della retorica storica; tutta gente che seppe guadagnarsi la libertà nell'ingiustizia e che seppe opporre i valori della sicurezza democratica all'oppressiva sicurezza fascista; ma di questo non si parla neanche nei licei, se non grazie a qualche docente interessato al futuro della generazione di cui s'è preso cura.

È estremamente importante; perché offre l'opportunità di denunciare l'enorme egoismo che governa il mondo ed il nostro Continente, in particolare, incapace di affrontare e gestire il più grande esodo umano dalla genesi dell'universo, in cui bambini e ragazzi cercano un futuro che l'ingordigia umana nega loro; un enorme eccidio voluto dalla Natura ma motivato da uomini e Stati che hanno rimosso Storia e Politica.

È estremamente importante; perché evidenzia la contraddizione istituzionale in cui vive l'Europa, guardiano dei diritti di chi li ha, ma refrattaria a riconoscerli a chi non li ha; di chi migra con

la flebile speranza di non essere inghiottito dal mare o di non essere fermato da fili spinati o da insormontabili muri.

Per carità. Queste preoccupazioni – note anche a lui – nulla tolgono al valore scientifico e didattico della analisi di Lorenzo Salazar, certamente più adeguata ad una rivista scientifica; e perciò mi scuso per l'invadenza. Me la permetto perché convinto – da sempre – che giuridico e politico non sono mondi separati.

E difatti, si lega al tema della effettività dei diritti e della sicurezza e giustizia trattato da Salazar il caso ricordato da Claudia Masucci, che evoca una brutta storia del nostro Paese; una lunga storia giudiziaria che ha suscitato letteratura e commenti giudiziari, entrambi affascinati dai mille angoli visuali di una complessa e violenta vicenda.

I fatti. Durante lo svolgimento del G8 di Genova, la sera del 21 luglio del 2001, nella scuola Diaz e in altre (Pertini e Pascoli) divenute centri del coordinamento del Genoa Social Forum fecero irruzione i Reparti mobili della Polizia con l'uso eccessivo della forza e, talvolta, in modo illecito.

La storia dei procedimenti penali contro i responsabili delle violenze e di irregolari e false ricostruzioni interessa poco in questa sede; a noi interessa richiamare la sentenza dell'aprile del 2015 con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo condannò lo Stato italiano al pagamento di risarcimento a favore del ricorrente per violazione dell'art. 3 CEDU, a dimostrazione dell'ampliarsi di fonti e Corti su cui la Masucci si intrattiene, inserendosi in quel grandangolo per un'ulteriore analisi ed un più aggiornato commento.

Ma quell'intimo rapporto si rintraccia ancora negli studi di Emanuele Sclafani, di Michelangelo Pascali e di Antonino Sessa, che si intromettono nelle attività illecite della criminalità organizzata (dal riciclaggio all'occultamento degli affari) oppure nella osservazioni di carattere più generale, in cui Sessa ammicca a categorie in apparenza contraddittorie "mafia-buona, mafia-criminale e mafia-mafia" non per descrivere situazioni illecite differenti, ma per rappresentare una possibile soluzione, quella del "controllo integrato come unica strategia di contrasto ad un abbraccio letale".

Il tema si apprezza per la mai sazia ricostruzione di questi eventi che affliggono i nostri territori, e non solo; anzi, appare certo che in altri territori esse (le mafie) si siano riciclate nell'ambito dei mille rivoli dell'economia, reale e virtuale; e forse è questo l'"abbraccio letale" da cui divincolarsi. Del resto, è troppo tempo che la nostra scuola sociologica denuncia la radicale mutazione dell'attuale generazione di mafiosi, mutazione messa a fondamento della Relazione della "Commissione interparlamentare sul fenomeno della criminalità organizzata" firmata nel 2014 da Rosi Bindi, che auspicava l'unificazione tra fenomeni corruttivi e crimini organizzati, a mio avviso, unificati nel capitolo della "infedeltà istituzionale", "bene giuridico" che supererebbe l'ipocrita distinzione codicistica che ancora colloca i delitti di corruzione nella visione burocratica della pubblica amministrazione: poteva consentirsi nel secolo scorso a Rocco, non all'attuale Parlamento, consapevole dell'enorme danno sociale che quelle forme di infedeltà di soggetti privilegiati creano all'economia del Paese, solitamente in combutta con la criminalità organizzata e che anche per questo può dirsi democratico.

Certo. Resistono sacche di violenza. Il ricordo va a "La paranza dei bambini", che nel recente seminario federiciano con Alex Zanotelli e Henry John Woodcock, liberamente "napoletanizzai" in

'a paranz re' guagliun, non perché, come falsamente inducono le attuali fiction su "gomorra", è esclusivo fenomeno di questa città, ma per sottolineare, per un verso, quanto detto poc'anzi a proposito delle generazioni di "mafiosi" e, per altro verso, per rappresentare che lo sciame di scugnizzi, nei quali mi intrufolavo da bambino per scorribande di quartiere e furtarelli innocenti, è diventato, in assenza dello Stato, il braccio armato di qualche munifico boss o più propriamente l'emulato bisogno di sentirsi "uomo" da parte di chi identifica quella "situazione sociale" nel prolungamento ferreo del braccio.

E capisco l'idea di Henry John Woodcock, che in quella "paranza" intravede metodiche terroristiche non mafiose.

Nuove le note a sentenza che magistrati, avvocati e ricercatori offrono sui temi di cui si interessa la giurisprudenza.

Flavia Accardo ricostruisce i profili critici dello stato irreversibile di incapacità processuale penale, informandoci sulle recenti sentenze della Consulta e sulle prospettive de jure condendo. Antonio Menna ed Edda Napolitano offrono letture giurisprudenziali in materia di falso e imputabilità, mentre Massimiliano Fraddanno ci informa sulle istanze legalitarie e sulle scelte politico-criminali per la tutela delle aree marine protette.

Il pezzo più rispondente all'auspicato contenuto della Rivista viene da lontano: Francisco Javier Garrido Carrillo offre una visione di diritto comparato con la vicina Spagna, peraltro su un tema particolare: si interessa della violenza invertita tra figli e genitori che in quel Paese trova espressa disciplina, in ragione di una escalation di quelle crisi familiari, offrendoci un punto terminale adeguato agli impegni scientifici, che i nostri autori hanno voluto documentare.

Lo stesso giudizio vale per il contributo di Clelia Iasevoli, che, opportunamente, insiste su tema politico che vede divisi radicali schieramenti, necessariamente, perché il problema della soppressione del Tribunale per i minorenni non ammette mediazione; perciò o sei da una parte o dall'altra. E Clelia Iasevoli dichiara da che parte sta, quando osserva l'evidente distonia di oggetto, di contenuto, di finalità e di ratio che realizza la sua sostituzione con la sezione specializzata; è un'evidente disomogeneità teleologica quella che si intende realizzata, non attenuata dall'ambizione di istituire il tribunale della famiglia e della persona. Infatti, le generalizzate attribuzioni di questa nuova Istituzione farebbero perdere la specificità dell'attuale Tribunale, che per l'Autrice trova fondamento in principi costituzionali e, perché no, nel finalismo teleologico che lo legittima, quello della peculiare tutela del minore. E, per me, per quanto possa valere ha ragione.

Forse, anziché realizzare un'irrazionale rivoluzione generalizzata, mi porrei il problema del rapporto di competenza tra Tribunale per i minori e Tribunale "ordinario" nelle occasioni in cui il fatto commesso dal minore sia di elevata gravità e, soprattutto, quando non sia la prima esperienza giudiziaria. Ed i fatti delle nostre terre dimostrano la miopia del Parlamento.

Nicola Carulli è morto

Se ne è andato come ha vissuto; in punta di piedi; di domenica mattina.

E tocca a me dare l'annuncio all'Accademia, soprattutto ai più giovani; e presentarlo a quanti non hanno avuto il privilegio di conoscerlo o di averlo come illustre collega.

Eppure questo non è un elogio; non è l'elogio funebre che Nicola Carulli merita; ad esso provvederà l'Università Federiciana a cui l'Emerito Carulli ha dedicato la vita.

È un saluto dettato dal dipanarsi della vita vissuta insieme, che ha accompagnato il nostro ultimo incontro, in Cappella, per l'ultimo saluto; un film a ritroso che due amici hanno visto in situazioni esistenziali diverse.

Un vissuto iniziato molti anni fa; io, giovane docente e, Lui, affermato accademico, attento alla mia vita professionale, che costruiva, ora chiamandomi a Salerno, ora con lui a Napoli, ora a Santa Maria Capua Vetere; e chissà dove altro; luoghi dove, grazie a Lui, imparavo comportamenti accademici e stile istituzionale e trasferivo insegnamenti ed impegno federiciano; Lui, docente accorto ed esperto, ed autorevole punto di riferimento non solo per la Facoltà partenopea; Lui, che ha attraversato le Istituzioni di questo Paese, chiamato a severe responsabilità dal Presidente, così chiamava Giovanni Leone, anche al tempo di una stretta colleganza; Lui, che con Dario Santamaria, prima, e con Antonio Pecoraro Albani, dopo, coltivava rapporti con le altre Scuole al tempo dell'autorevolezza dell'Accademia.

Non è un elogio; è un abbraccio solidale alla sua Signora ed alla sua famiglia.

Come a loro, il triste evento suscita in me una profonda commozione ed eguale malinconia; per risalenti incontri, quando era piacevole inseguire la Procedura penale qui e là per il Paese; soprattutto per i più recenti e frequenti colloqui in cui l'età aveva azzerato la differenza; due amici che si scambiavano confidenze ed aneddoti professionali.

Vorrei ricordare così, Nicola; vorrei ricordare ai più giovani la sua modestia in conflitto con i successi subito ottenuti; vorrei ricordare a tutti il suo tratto nobiliare, elegante, raffinato; vorrei ricordare il suo stile retorico; vorrei ricordare la capacità di costruire il pensiero nel momento stesso in cui lo professava e di intrattenere, anche l'uditorio meno sofisticato, con argomenti intrisi di difficoltà, da lui resi di immediata percezione.

Nei nostri più recenti incontri, a casa, nonostante la palese sofferenza, si divertiva a raccontare aforismi e detti incompatibili con la Giustizia, quella che lui amava, e che ora vedeva scorrere sotto gli occhi, stretta da prassi giudiziarie che riteneva incomprensibili perché prive di respiro garantista.

Avvertivo la sofferenza; ammiravo la lucidità nel descrivere declini e degradi del nostro tempo; apprezzavo la tenacia a non cedere alle lusinghe del quieto vivere; Lui, che amava vivere in tranquillità, dividendosi tra famiglia ed amici.

Nicola Carulli lascia a noi stile, pensieri, opere che consolano dal dolore quanti hanno avuto il privilegio di coltivarne l'amicizia; lascia ai più giovani un testamento di severità intellettuale e di senso critico; lascia uno stile di vita sobrio ma intenso eppure mai invadente;

lascia una umanità mai frenata dai complessi e delicati compiti che lo hanno visto protagonista, ancor meno da cure personali.
Arrivederci, Nicola. E....grazie.

L'OPINIONE

Spinelli e lo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia

LORENZO SALAZAR

ABSTRACT

The "Manifesto" signed in Ventotene by Spinelli, Rossi and Colorni does not explicitly mention the word "Justice" and, even in the "Federal Europe" to come, Judicial systems seemed to stay confined only into a national dimension. However, the values it advocates already include an embryo of the Space of Freedom, Security and Justice that will become a part of the scope and opportunities of the European Union only after the Treaty of Amsterdam. Thus, since the danger of new wars (at least) among the Member States of the Union seems to have definitively disappeared, the establishment of common rules about the crossing of internal and external borders, cooperation among national judiciaries and police, family matters or jurisdiction and enforcement of judgments could nowadays be perceived as both the real challenge to meet, and the best implementation of the "Spirit of Ventotene".

Inutilmente si ricercerebbe, all'interno delle belle ed ispirate parole del "Manifesto" sottoscritta da Spinelli, Rossi e Colorni, la parola "giustizia", anche se un sincero senso di giustizia ed eguaglianza pervade ed ispira un documento essenzialmente rivolto alla reazione nei confronti di ogni forma di totalitarismo, dittatura e privilegio delle oligarchie.

Tra i diversi compiti che il Manifesto assegna al dopoguerra, che già si profilava all'orizzonte, vien fatta invero menzione della "*indipendenza della magistratura*", per garantire "*l'applicazione imparziale delle leggi emanate*", ma tale considerazione – anche per lo studente di giurisprudenza che era Spinelli prima di finire nelle maglie della Giustizia del regime fascista – non lascia, neppure in controluce, intravedere alcuna dimensione federalista per un settore giudiziario apparentemente destinato a rimanere anch'esso "confinato" in una dimensione strettamente nazionale.

Se una tale assenza è indiscutibile, il preconizzato avvento della liberazione per interi popoli, quale conseguenza della caduta dei regimi totalitari, e la conseguente affermazione generalizzata delle libertà di parola e di associazione, possono di converso già apparire la prefigurazione di un pur embrionale "Spazio di Giustizia" comune, all'interno del quale sviluppare (almeno una parte di) quei diritti oggi solennemente proclamati nella Carta di Nizza.

Resta comunque innegabile che la "visione" dei firmatari del manifesto non recasse con sé la prospettiva della costruzione di uno "spazio" comune all'interno del quale potessero affrontarsi sfide non avvertite, al momento della scrittura del documento, come attuali od anche solo immaginabili.

L'idea che in futuro potesse rendersi necessaria l'introduzione di regole comuni tra gli Stati per disciplinare l'attraversamento delle loro frontiere (interne ed esterne); che l'intensificazione della libera circolazione delle persone e delle conseguenti relazioni interpersonali tra cittadini di diversi Stati membri conducesse ad una disciplina uniforme delle regole relative allo scioglimento di tali relazioni

e di quelle disciplinanti l'affidamento dei figli frutto delle stesse o la loro riconsegna al genitore legittimo affidatario ove quegli stessi figli fossero stati oggetto di rapimenti transfrontalieri; che occorresse dotare magistrature e polizie nazionali di rinforzati strumenti giuridici per meglio cooperare e far fronte comune nei confronti di una criminalità che, per parte sua, le frontiere le ha già da tempo abolite sfruttando appieno quel "deficit di sicurezza", che è inevitabile derivato del pieno sviluppo delle libertà fondamentali; tutto ciò non poteva (ancora) trovar posto in una riflessione maturata mentre ancora il rombo dei cannoni della guerra risultava percepibile sin nella piccola isola di Ventotene.

Spinelli non può non apparire strenuo difensore dell'individuo e dei suoi diritti inalienabili di fronte al Moloch dello Stato hegeliano, che si trattasse degli Stati nazifascisti o di quello sovietico. Proprio sotto tale aspetto, Egli non sarebbe probabilmente rimasto insensibile all'idea di costruire uno "spazio" dove termini solo in apparenza tra loro antitetici, quali libertà, sicurezza e giustizia, potessero trovare armonioso e non configgente sviluppo, riconoscendo, all'interno di ogni Stato parte di questo spazio, parità di diritti e di trattamento per tutti i soggetti che si trovassero all'interno dei suoi confini.

Le sfide odierne si giocano intorno alla creazione di un'area di giustizia che si fondi sulle regole e non sui rapporti di forza; dove i richiedenti asilo possano aspirare a vedere trattate le loro domande in maniera sostanzialmente uniforme a prescindere dallo Stato di esame delle stesse; dove la ricerca e la consegna dei criminali da uno Stato all'altro avvenga sulla base di decisioni adottate da giudici indipendenti e non attraverso "extraordinary renditions" od espulsioni camuffate; dove le persone a qualsiasi titolo coinvolte in processi penali, ovunque condotti, possano godere di un nucleo forte di diritti inderogabili – dotati di concreto valore aggiunto rispetto al quadro di tutela già apprestato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – in quanto proporzionati agli accresciuti poteri e strumenti di cui, all'interno dello stesso spazio, dispongono oggi polizie e magistrature nazionali; dove i dati personali ricevano adeguata protezione, anche al di là delle frontiere esterne; dove tutti i soggetti possano godere della tutela dei loro diritti, in materia patrimoniale, commerciale o familiare, indipendentemente dagli Stati membri dove gli stessi debbano venire azionati o difesi, prevenendo o risolvendo conflitti tra i giudici nazionali grazie alla fissazione di precisi criteri in materia di competenza ed esecuzione delle decisioni giudiziarie; dove "l'interesse superiore del minore" sia concretamente assunto quale effettivo criterio in tutte le decisioni in materia minorile senza che si instauri una forma di competizione tra giurisdizioni nazionali ciascuna delle quali parteggi per il coniuge avente la propria nazionalità. A siffatte questioni, ancora sconosciute al momento della sua stesura, il Manifesto del 1941 appresta anticipata risposta, ponendo l'individuo al centro dell'Europa che sarà ed affrontando in chiave federalista problematiche lasciate irrisolte dai massacri prodotti da due successivi conflitti mondiali.

Se, d'un lato, è ben vero che "non ci si innamora di un mercato" (e come si potrebbe...?), non può invece non subirsi il fascino della sfida consistente nel promuovere "sudditi" al rango di "cittadini", posti al centro dell'organizzazione sociale, dotando nel contempo questi ultimi di quel fascio di diritti necessario per garantire la difesa, lo sviluppo e l'effettivo godimento di tale acquisita posizione.

Spostando la prospettiva verso i nostri giorni, occorre riconoscere che il momento attuale appare caratterizzato da un'indiscutibile *stanchezza* nei confronti del progetto europeo, in generale, e della costruzione di uno spazio comune di giustizia, in particolare.

Al fine di interpretare e rinverdire lo "Spirito di Ventotene", potrebbe allora pensarsi di sollevare con determinazione l'interrogativo relativo al costo della non-Europa, anche per ciò che riguarda lo SLSG. In tale chiave potremmo (e dovremmo) forse chiederci e chiedere ai nostri responsabili politici quali e quante perdite i cittadini europei stiano subendo in termini economici, di minore libertà o di minor sicurezza, di minori prospettive di sviluppo nonché di accoglienza ed integrazione di quanti bussano alle nostre porte, a causa della mancata realizzazione di quello che, sin dal 1997 ad Amsterdam, è divenuto uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea, nonché del mancato utilizzo del pieno potenziale offerto dal titolo V del Trattato relativo al suo funzionamento. Valgano gli esempi della mancata attribuzione ad Eurojust degli accresciuti poteri pur previsti dall'art. 85 TFUE o del deludente andamento, sino ad oggi, dei negoziati sulla creazione di una Procura europea, che privano l'Europa e noi tutti di nuovi ed originali strumenti che potrebbero rivelarsi assai utili anche ai fini di una rinforzata lotta al crimine organizzato ed al terrorismo.

Rifacendosi alla celebre frase "*Si c'était à refaire...*", attribuita ad un altro grande protagonista della costruzione europea (e che peraltro sembra non essere mai stata realmente pronunciata), ora che almeno all'interno dei confini dell'Unione, e grazie alla stessa, il rombo dei cannoni è definitivamente venuto a cessare, non suonerà irriverente immaginare che proprio dalla difesa del Diritto e dei Diritti l'Esule di Ventotene forse (ri)comincerebbe oggi la propria avventura di pensiero.

Perché no alla soppressione del Tribunale per i minorenni

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

That are the reasons that don't allow the removal of the juvenile Court, when Europe favors the Italian juvenile justice model.

Non mi pare auspicabile in un momento di diffuse incertezze in ordine alla tutela delle prerogative individuali, in vari settori dell'esperienza umana, che esse vengano pregiudicate all'interno del processo. Mi chiedo allora a chi spetti la difesa dei diritti.

Per l'opinione pubblica la risposta è scontata (: spetta al giudice!), ma essa vale fino ad un certo punto, incidendo fortemente il fattore dell'organizzazione della funzione.

Da qui un'ulteriore domanda. Può ritenersi conforme a Costituzione un'organizzazione della giustizia, che sacrifichi le ragioni di specializzazione del Tribunale per i minorenni al fine del raggiungimento dell'efficienza del processo civile?

Eppure è evidente la profonda distonia di oggetto, di contenuto, di finalità e di *ratio*; è evidente la disomogeneità teleologica, non attenuata dall'ambizione di istituire il tribunale della famiglia e della persona. Le attribuzioni di questa nuova istituzione sarebbero comunque generalizzate, aspecifiche rispetto ai bisogni differenziati, che si rinvergono negli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 34, 37 e 48 Cost., cioè nei principi costituzionali che si estendono al minore, prescindendo dall'età, e con essi nei diritti dell'indagato e/o dell'imputato, o, all'opposto, della vittima del reato.

Lungo la linea costituzionale del diritto all'educazione, i rilievi privatistici della condizione minorile si intrecciano con i profili pubblicistici dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, manifestando il disegno dei padri costituenti, volto all'integrazione del minore che delinque nella società. Il termine educazione acquista una pregnanza semantica, rivestendosi di connotati che vanno ben oltre il concetto di istruzione; esso rinvia ad una situazione soggettiva la cui complessità è connaturale all'evoluzione dello stesso *status*, svelando il valore di sintesi delle necessità strumentali sia alla valorizzazione delle grandi potenzialità che caratterizzano il minore, sia al suo inserimento in una collettività, sempre più articolata e variegata.

Mantenere alta la tenuta di questi valori è la sfida alla quale non può sottrarsi il giurista, soprattutto quando il minore entra nel circuito penale.

D'altra parte, giova ricordare che il Tribunale per i minorenni fu istituito – come si legge nella relazione del Consiglio superiore della magistratura del 1971 sullo stato della giustizia – «proprio perché si ritenne che il minore, spesso portato al delitto da complesse carenze di personalità dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, dovesse essere valutato da giudici specializzati che avessero strumenti tecnici e capacità personali particolari per vagliare adeguatamente la personalità del minore al fine di individuare il trattamento rieducativo più appropriato».

E quest'ordine di idee è presente in molteplici e risalenti pronunce della Corte costituzionale (n. 25 del 1964; n. 25 del 1965, n. 46 del 1978, nn. 16 e 17 del 1981; n. 222 del 1983, n. 143 del 1996), che hanno avuto il merito di 'tipizzare' la giurisdizione minorile non come mera funzione di raccordo delle nuove istanze di tutela dei diritti del minore, ma come funzione la cui specificità si coglie sul versante della vicenda penale, dove l'interazione, tra le attività del pubblico ministero, del difensore e del giudice, pone il 'vissuto' del minore sotto la lente di ingrandimento, segnando l'inizio del percorso di responsabilizzazione, finalizzato ad anticipare nel processo aspetti di integrazione sociale o, comunque, di non ulteriore desocializzazione. Si tratta unicamente dei contenuti positivi della prevenzione speciale, che rappresentano soltanto il referente assiologico dell'azione di tutela del minore autore di reato, azione affidata necessariamente a soggetti con particolari competenze.

La Corte non si è mai discostata da quest'impostazione, pervenendo da ultimo al riconoscimento dell'inderogabilità del diritto all'educazione. In particolare, nella sentenza n. 1 del 2015 si precisa che il principio costituzionale espresso dall'art. 31 comma 2 Cost., «richiede l'adozione di un sistema di giustizia minorile caratterizzato dalla specializzazione del giudice, dalla prevalente esigenza rieducativa, nonché dalla necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante».

L'asserzione conferma, ancora una volta, la struttura complessa e differenziata del rapporto di diritto penale, che considera il trattamento del minore all'apice dei valori in gioco. Si resta però all'interno dei paradigmi del *giusto processo*; essi sono imposti anche ai magistrati laici, che coadiuvano i togati nell'esercizio della funzione giurisdizionale, proprio per assicurare l'integrazione dei saperi ovvero le conoscenze tecniche necessarie all'osservazione della personalità, nonché all'individuazione del trattamento e delle sue modalità.

Il trattamento, tuttavia, non può imporsi coattivamente: non sul piano della legittimità per il rispetto della dignità e dell'autonomia individuale; non sul piano dell'efficacia perché l'imposizione ne minerebbe la riuscita, per la quale è indispensabile la volontaria ed attiva adesione del soggetto, che nel processo compie un percorso di emancipazione dalle scelte di devianza. Ciò significa riaffermare lo scopo di accertamento di un fatto penalmente rilevante – che è del processo – aprendo nel contempo ad un'interazione tra misure processuali ed esigenze pedagogiche, senza sacrificare le prime alle seconde e senza trasformare gli indizi di reato in un giudizio sommario di responsabilità.

In buona sostanza si conferma, per il versante processuale, la validità di quell'opzione di politica criminale fondata sulla consapevolezza che la devianza giovanile sia strettamente connessa alla necessità che lo sviluppo psico-fisico non debba essere 'contaminato', né addirittura interrotto da cause esogene che possano esercitare sul soggetto, ancora immaturo, influenze determinanti la volontà di agire.

Il valore di sintesi del diritto all'educazione 'piega' le strutture, riversandosi nelle sequenze del *procedere*, ora come elemento condizionante l'applicazione concreta delle norme processuali e di taluni provvedimenti (artt. 1 comma 1; 20 comma 1; 21 comma 3; 22 comma 1; 30 comma 2 d.P.R. n. 448 del 1988), ora come esigenza di non interruzione dello sviluppo educativo in atto (art. 19 comma 2 d.P.R. n.448 del 1988), ora come situazione pregiudicata dall'ulteriore corso del procedimento o da specifici moduli procedurali (artt. 25 comma 2 ter; 27 comma 1 d.P.R. n. 448 del 1988).

Restano, però, distinti i diversi ambiti della pienezza dei diritti procedurali, delle esigenze dell'accertamento del fatto e delle soluzioni orientate al recupero del giovane imputato.

Dunque, la giurisdizione minorile ha tratti peculiari determinati sia dal soggetto che la 'subisce' sia dall'adozione di strumenti *lato sensu* 'solidaristici', dipendenti dalla complessa funzione a cui è chiamato ad assolvere quel tipo di processo. Ne consegue che il tribunale per i minorenni è l'istituto necessario alla protezione della gioventù, di cui la Repubblica si è impegnata a favorirne lo sviluppo ed il funzionamento, ai sensi dell'art. 31 comma 2 Cost. Esso è il simbolo istituzionale della preminenza dell'interesse del minore, non oggetto di una tutela eventuale, ma soggetto di diritti, e tra questi anche il diritto ad un organo giurisdizionale specializzato, composto da magistrati ed esperti in piena coerenza con il valore di sintesi del diritto all'educazione, costituzionalmente sancito e rafforzato dagli strumenti internazionali.

Se condividiamo questa premessa non possiamo non ritenere che la disposizione di cui all'art. 1 lett. b) del disegno di legge n. 2953 sia in profonda dissonanza con la normativa costituzionale ed in particolare con l'art. 31 comma 2 Cost., nella parte in cui delega il Governo ad emanare un decreto legislativo per la soppressione del tribunale per i minorenni e dell'ufficio del pubblico ministero presso tale tribunale.

Ma non solo.

La scomparsa del tribunale per i minorenni segnerebbe una contrapposizione insanabile tra forze ordinamentali che si muovono in senso opposto, dal momento che il prossimo 11 giugno entrerà in vigore la direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle *garanzie procedurali per i minori* indagati o imputati nei procedimenti penali, direttiva che appare modellata sui profili della giustizia penale minorile italiana. L'evidente esemplificazione è offerta dall'articolo 7 che eleva a presupposto cardine del modello europeo il diritto ad una valutazione accuratamente individualizzata, necessaria al fine di risalire alle specifiche esigenze del minore in materia di protezione, istruzione, formazione e reinserimento sociale. Sono palesi le assonanze con l'art. 9 d.P.R. n. 448 del 1988, cioè, con l'accertamento della personalità, volto all'acquisizione, da parte del pubblico ministero minorile e del giudice, degli elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali per stabilire l'imputabilità ed il grado di responsabilità e per valutare la rilevanza sociale del fatto, nonché le misure più adeguate all'interesse preminente del minore.

Nella Direttiva ritorna il tema del carcere come *ultima ratio*, delle misure alternative alla detenzione, della *formazione specifica*; ritornano, quindi, le connotazioni più forti dell'operato del tribunale per i minorenni e ciò accade proprio quando il Senato è chiamato ad approvare la soppressione della più alta Istituzione specializzata nella tutela dell'interesse superiore del minore autore di reato.

Allora va posto nel debito risalto il fatto che la premessa per ogni azione di riforma va ricercata all'interno della nostra Costituzione, punto di unificazione e di completamento delle dinamiche e dei processi di trasformazione, data l'attitudine dei suoi principi 'a fare sistema'. E su questo terreno va misurata la tenuta dei diritti fondamentali a fronte degli esiti connessi alle opzioni politiche sperimentate o da sperimentare.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Mafia-buona, mafia-criminale e mafia-mafia: il controllo integrato come unica strategia di contrasto ad un abbraccio letale

ANTONINO SESSA

ABSTRACT

The work analyzes, through focal points, the dogmatic evolution of the Mafia.

This is appropriate because the necessary description of the current mafia's reality by virtue of a method that, in abandoning traditionally destined to intimidate mode, leads, on the one hand, to the overcoming of a category, that of organized crime and, on the other, resulting in a complaint of severe limitations in the typical classical associative case.

With the "Mafia-the Mafia" the criminal economy penetration into the legal economy in ways the protection agency is the result of a lethal embrace that only rational integrated control strategies can curb for the confirmation of one of the political institutions as the only ones " struggle for the affirmation of an anti-mafia's effective .

SOMMARIO: 1. La mafia-buona: origine ed evoluzione di un fenomeno. – 2. La mafia-criminale: la tipizzazione di un metodo. – 3. La mafia-mafia: il superamento di una categoria con la penetrazione dell'economia criminale nella economia legale. – 4. Diritto penale dell'antimafia e antimafia dei diritti. Nuovi spazi per la politica delle istituzioni nella "lotta" alle mafie.

1. Considerare la mafia come un fenomeno meramente criminale, avulso da ogni legame con quella dimensione socio-culturale nella quale si annida e si sviluppa come organizzazione delinquenziale, vuol dire trascurare la polidimensionalità e la complessità di un problema che, oggetto di studio da parte di molteplici discipline (storia, antropologia, criminologia, economia, sociologia), merita di essere approfondito in ogni suo singolo aspetto, anche al fine di ridurre quelle pericolose divaricazioni tra aggiornamento teorico ed evoluzione criminale e 'non criminale' che caratterizzano una così grave forma associativa¹.

¹ Per una completa ed approfondita disamina di tali problematiche cfr. G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice penale* 1991, 30 ss.; AA.VV., *La mafia. Le mafie*, a cura di G. FIANDACA e S. COSTANTINO, Bari 1994, *passim*; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, II ed., Napoli 1997, 53 ss.

Sulle origini della mafia si sono succedute le più diverse costruzioni², tutte difficilmente suffragate da riscontri certi, a conferma della poliformità del fenomeno³. Il termine "mafia", di recente acquisizione⁴, ha registrato diverse e contrastanti imputazioni⁵, anche se semiologicamente è stato utilizzato, per il passato, prevalentemente per descrivere uno stato d'animo, un modo di essere, un atteggiamento tale da determinare un individuo, per sua natura, ad imporsi agli altri.

Individuata, così, la mafia c.d. 'buona', per lo più innocua, capace di esprimere un paradigma interpretativo rassicurante, ma fittizio, volto a scongiurare il riconoscimento dell'esistenza di una particolare forma di criminalità organizzata⁶, tuttavia, sin dalle sue prime manifestazioni storiche a ridosso dell'Unità d'Italia⁷, essa ha rivelato il suo stretto intreccio criminale con il sistema economico e con quello politico-istituzionale. Tale intreccio ha trovato conferma tanto nelle carte di polizia, quanto nei numerosi processi che, sin dalle origini, vennero ad interessare le organizzazioni di stampo mafioso, e che portarono alla presa di coscienza dell'esistenza di un fenomeno che poteva ritrovare la sua genesi nella dissoluzione della società feudale⁸, caratterizzata da un clima di incertezze e disordini, particolarmente in tre settori fondamentali: quello del controllo della forza-lavoro contadina, quello dei diritti di proprietà, quello di esclusività e priorità nell'utilizzazione delle risorse⁹.

Fu così che il processo di modernizzazione che investì la società siciliana, segnando il definitivo abbandono del sistema feudale, ma non della 'mentalità' feudale, portò all'esplosione di una serie di tensioni la cui risoluzione non fu affidata alle forze di mercato¹⁰, ma ad un diffuso utilizzo extralegale

² Suggestivo è il più antico precedente di fenomeno mafioso inteso come "movimento sociale primitivo" individuato nella setta dei Beati Paoli, dotata di suoi rituali e statuti, che sarebbe stata attiva in Sicilia, ma forse anche in Calabria, in epoca feudale e fino al Settecento, come setta di origine popolare sorta in opposizione al potere baronale. Essa sosteneva la legittimità dei delitti commessi per promuovere il bene pubblico. I Beati Paoli, ancora oggi, vengono ricordati, in un certo immaginario collettivo, come 'giustizieri' impegnati nella difesa dei deboli. Cfr. L. NATOLI, *I Beati Paoli*, Palermo 1993.

³ È quanto afferma P. L. ROVITO, *Le radici storiche della mafia*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinarie*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1999, 12 ss.

⁴ Nel 1832 un delegato di polizia, descrivendo un piccolo delinquente, lo definiva 'persona mafiosa', al fine di evidenziarne con accezione positiva il carattere baldanzoso e gagliardo; tuttavia, le prime tracce di delitti associativi di stampo mafioso si registrano sin dal 1230 quando, con la *Costituzione di Melfi* (1231) di Federico II, il fenomeno venne sottratto alla disciplina della legge comune. Per un approfondimento di tali argomentazioni cfr. P.L. ROVITO, *Le radici storiche della mafia*, cit., 20 ss.

⁵ Secondo alcuni deriverebbe dal toscano "maffia", cioè miseria; secondo altri sarebbe una correzione del francese "mauvais", cioè cattivo; vi è chi lo fa derivare dal termine arabo mahias, cioè spaccone; potrebbe, infine, riportarsi alle "mafie", cave o grotte di tufo che, presso Trapani, fungevano da rifugio per gli associati. Per una più ampia panoramica v. *Grande Dizionario Enciclopedico*, Torino 1988, 667; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano 1962*, V ed., vol. VI a cura di G. D. PISAPIA, Torino 1983, 199; G. DE CESARE, voce *Mafia*, in *Enc. Dir.*, vol. XXV, Milano 1975, 137.

⁶ Si tratta di quella interpretazione del fenomeno mafioso riportata da GIUSEPPE STOCCHI, autore di quattordici lettere pubblicate nell'agosto-settembre 1874 sulla Gazzetta d'Italia, ed oggi conservate in Archivio centrale dello Stato, *L'inchiesta sulle condizioni morali ed economiche della Sicilia e sull'andamento dei pubblici servizi*, a cura di S. CARBONE e R. GRISPO, Bologna 1968, 983-984. Analoghe e decise osservazioni si leggono in G. PITRÉ, *Usi e costumi, credenze e pregiudizi del popolo siciliano*, vol. II, Palermo 1889, 287 ss.

⁷ Anche se non manca un ulteriore tentativo prodotto da alcuni studiosi siciliani che hanno ritenuto di riconoscere i prodomi della mafia nell'inquisizione spagnola, tra il '500 ed il '600, quando i funzionari con poteri di controllo capillare degli apparati entrarono a far parte della Compagnia c.d. della Croce Bianca, che divenne ben presto il grande centro di potere della società siciliana, e da cui prese le mosse l'organizzazione poi definita mafia. Per una più ampia disamina di tale tesi cfr. P. L. ROVITO, op. ult. cit., 30 ss.

⁸ Concorde con l'origine e lo sviluppo della mafia nell'acuirsi della questione meridionale P. PEZZINO, *La tradizione rivoluzionaria siciliana e l'invenzione della mafia*, in *Meridiana*, 7-8, 1989, p. 45; ID., *Mafia, Stato e società nella Sicilia contemporanea: secoli XIX e XX*, in AA.VV., *La mafia le mafie*, cit., 10 ss.

⁹ Cfr. D. GAMBETTA, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino 1992, *passim*.

¹⁰ Così D. GAMBETTA, op. ult. cit., 121.

della violenza, non più oggetto di monopolio statale, e che, secondo uno specifico processo di “democratizzazione”¹¹ riferito all’accesso alla risorsa, segnava la nascita di forme sociali organizzate in modo libero e fuori dalla subordinazione alle gerarchie istituzionali nobili e borghesi.

Si trattava di organizzazioni segrete, sette, fratellanze¹² che avevano in comune la sola dipendenza da un capo, occupandosi principalmente di vendere protezione senza rinunciare a legami con funzionari pubblici¹³. È proprio questo legame originario tra strutture delinquenziali e circuiti politico-istituzionali che fa da sfondo alla questione mafiosa; essa non si concretizza in un rapporto organico di tipo strutturale¹⁴, ma essenzialmente in uno scambio di beni su un mercato particolare: quello appunto della protezione.

2. Facendo tesoro delle acquisizioni di cui sopra, risulta facile comprendere come fu proprio la “mafia agricola” che, nella sua funzione di sistema di protezione, ben presto si pose all’apice di un sistema parallelo a quello ufficiale e caratterizzato dal fenomeno del patronato e dall’assenza dei pubblici poteri, anche perché il controllo della vita delle comunità avveniva mediante bande segrete, collegate allo sfruttamento del territorio¹⁵. Mediante l’istituto del subaffitto, ben presto, i *gabellotti*¹⁶, cioè gli affittuari, sostituirono la classe proprietaria e divennero i beneficiari di questo nuovo sistema parallelo, facendo ricadere tutto il peso della produzione su chi lavorava la terra. Sono questi gli anni in cui getta le basi e si rafforza l’alleanza tra la mafia e l’aristocrazia siciliana dominante, sviluppatasi in un clima di intimidazione diffusa, tesa alla conservazione del regime del privilegio contro le rivendicazioni della classe contadina, evitando il rinnovamento della società siciliana ed impedendo che i ceti medi si trasformassero in una borghesia imprenditoriale moderna¹⁷.

In questo modo, complice un evidente inganno storico, la mafia costruiva intorno a sé un *consenso viziato* da un’imponente opera di mistificazione, orientata all’ampliamento delle rivendicazioni e del malcontento popolare, anche se con il celato intento di favorire i privilegi dei potentati locali, al fine di accentuare la divaricazione tra la società isolana e quella nazionale¹⁸. Si comprende facilmente, allora, come alla mafia fosse riconosciuto un ruolo di forte stabilizzazione, espressione anche della evidente commistione tra aristocrazia del crimine e funzioni di ordine pubblico, che confermano la

¹¹ È la classica analisi di L. FRANCHETTI, *Le condizioni politiche ed amministrative della Sicilia nel 1876*, Firenze 1993 (1877), passim.

¹² Per la diversa configurazione del fenomeno mafioso come modello di comportamento che, manifestandosi con espressioni violente, procura vantaggi e prestigio assolvendo ad una serie di funzioni culturali V. H. HESS, *Mafia*, Bari 1973, 83.

¹³ Per questa ricostruzione cfr. P. Calà Ulloa, *Considerazioni sullo stato economico e politico della Sicilia*, in E. Pontieri, *Ferdinando II di Borbone e la Sicilia. Momenti di politica riformatrice*, in *Archivio storico per le province napoletane*, XXVIII, 1942, rist. in *Il riformismo borbonico nella Sicilia del Sette e dell'Ottocento. Saggi storici*, Roma 1945, 222-225.

¹⁴ Cfr. G. FALCONE, *Cose di Cosa nostra*, Milano 1992, 166.

¹⁵ Si tratta dei caratteri peculiari che identificano la criminalità mafiosa come prospettata da E. J. HOBSBAWM, *I ribelli. Forme primitive di rivolta sociale*, Torino 1980, 41 ss.

¹⁶ Il termine *gabellotto* riporta a *gabella*, dall’arabo *qabala*, cioè cauzione, vale a dire il fitto imposto in Sicilia ai contadini. A proposito dei gabellotti cfr. E. SERENI, *Il capitalismo nelle campagne*, Torino 1980, 145 ss.

¹⁷ Così S. LUPO, *Storia della mafia dalle origini ai nostri giorni*, Roma 1993, 28 ss.

¹⁸ È quanto osserva M. MELIGRANA, *Sull’origine e sulla funzione sociale della mafia*, in AA.VV., *Le ragioni della mafia*, Milano 1983, 41. Al consenso viziato fa espresso riferimento G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano 1995, 44.

genesi del fenomeno della *coabitazione*¹⁹, ispirata allo scambio di protezione reciproca tra potere politico ed organizzazioni mafiose²⁰, e funzionalizzata a massimizzare quella corruzione politico-elettorale che, poi, avrebbe caratterizzato quest'ultimo secolo di storia²¹.

Con l'avvento del fascismo²², l'*escalation* mafiosa subì una brusca battuta d'arresto; infatti, i governi locali, che fino ad allora avevano tollerato la mafia per conquistare cariche pubbliche, ora si profondevano in panegirici alla forza dello Stato, del Duce e dei suoi fedeli servitori, contrapponendo la trasparenza e l'onestà del nuovo regime alla corruzione amministrativa del tramontato sistema liberale²³. In verità, però, l'atteggiamento del fascismo nei confronti della mafia fu caratterizzato da sentimenti ambivalenti: dura lotta e condanna ferma²⁴, che nascondevano tuttavia l'obiettivo primario del regime che era quello di sostituirsi ad essa nel controllo delle amministrazioni locali e dei flussi finanziari, per una maggiore verifica sulla destinazione delle risorse e una migliore distribuzione dei carichi fiscali²⁵.

Tuttavia, nonostante il grosso sforzo, il regime fascista non riuscì a scalfire l'alta mafia dei latifondisti, parte della quale si camuffò nel nuovo sistema di potere, tanto da avere, storicamente, un ruolo di primo piano quando, nel 1943, attraverso un presunto accordo con la mafia americana, la mafia siciliana favorì lo sbarco alleato nell'isola²⁶. Venivano poste, così, le premesse della nuova *coabitazione* che avrebbe caratterizzato parte della storia repubblicana e che, con l'affermarsi del suffragio universale (1946), avrebbe allargato il suo raggio di azione dal circuito locale a quello nazionale, tanto da consentire alla mafia di occupare i punti nevralgici del sistema politico-istituzionale statale²⁷, condizionando l'eventuale attività legislativa antimafia e promuovendo la complicità dei giudici e l'inattività degli organi dell'esecutivo.

Rispettosa dei cambiamenti nella società, a cavallo tra gli anni '50 e '60, la mafia abbandona il terrorismo agrario per spostare i suoi principali interessi verso le città, dove il punto naturale di contatto con la campagna era costituito dai mercati all'ingrosso, quale settore oggetto di una lucrosa attività di intermediazione: nasce la "mafia urbana"²⁸. Quest'ultima, sia per lo sviluppo dei moderni

¹⁹ È proprio il fenomeno della coabitazione, che ha sempre differenziato la mafia dalle altre forme comuni di criminalità organizzata. Così L. VIOLANTE, *Non è la piovra. Dodici tesi sulle mafie italiane*, Torino 1994, 3.

²⁰ In tal senso la tesi di GAMBETTA della mafia come venditrice di protezione viene completata da P. PEZZINO, *Mafia, Stato e Società nella Sicilia contemporanea*, cit., 23.

²¹ Su questo tema registriamo il significativo contributo di U. PECCHIOLI- M. MARTURANO, *Mafia e corruzione*. Un libro scritto da 150.000 italiani, Milano 1994, passim.

²² Tale periodo è analizzato attentamente da R. MANGIAMELI, *La regione in guerra*, in *La Sicilia*, Torino 1987, passim.

²³ Così G. RAFFAELE, *Comunità, notabili e politica negli anni del fascismo*, in *Meridiana*, 78, 1989, 197.

²⁴ Si pensi alla repressione poliziesca e giudiziaria affidata al prefetto Mori, che portò il regime fascista a dichiarare l'allontanamento della mafia dalla politica ufficiale, relegandola ai margini della società civile. Cfr. F. RENDA, *Per una storia dell'antimafia*, in AA.VV., *La mafia le mafie*, cit. 78.

²⁵ Cfr. A. BIANCO, *Il fascismo in Sicilia*, Catania 1923, 53 ss; P. LAURO, *Classe dirigente, mafia e fascismo*, Palermo 1988, 1112.

²⁶ Sul ruolo della mafia nello sbarco alleato in Sicilia v. COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, XI legislatura. *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, pubblicata in *Mafia e politica*, Roma-Bari 1993.

²⁷ Infatti, il governo alleato, affidando il ruolo di sindaco a notabili prefascisti, finì col nominare sindaci mafiosi in numerosi comuni della Sicilia. In questo fenomeno è possibile ancorare il passaggio dalla mafia *dell'anti-Stato* alla mafia *dell'infra-Stato*. Su questi temi, più ampiamente, cfr. L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., 42 ss. e F. C. PALAZZO, *Mafia, politica e strategie antimafia*, in *Mafia e politica*, Atti del Convegno di Firenze 1993, laddove, pure, si fa riferimento ad una dimensione *sincronica* per qualificare la conflittualità tra criminalità organizzata e istituzioni statali.

²⁸ Il controllo sui mercati generali fu oggetto della "prima grande guerra di mafia" che vide coinvolte le famiglie dei Greco di Ciaculli e dei La Barbera (sconfitti), e che sfociò in una dura repressione penale da parte dei pubblici poteri, con

partiti, sia per il diffondersi di movimenti di massa nel Mezzogiorno, si trova a fronteggiare una profonda crisi di legittimazione del potere mafioso, tant'è che lo Stato si riappropria gradualmente del monopolio della violenza, ritirando ogni delega alle élites locali per il controllo dell'ordine pubblico, mentre sul piano normativo assistiamo alla elaborazione di strategie antimafia affidate alle misure preventive della l. 1423/56, ed alla Commissione antimafia, varata nel 1962²⁹. Ma la "mafia urbana", a ben vedere, segna anche un punto di svolta nella storia della mafia, costituendo lo spartiacque tra mafia 'vecchia', accompagnata da un consenso sociale, anche se viziato, e mafia 'nuova'³⁰, tendenzialmente priva di consenso³¹.

3. – Inutile dire, però, che il superamento della crisi di potere si registra e si afferma negli anni '70 quando, penetrando nelle catene clientelari della *lobby* politica isolana, la mafia allarga i confini delle sue attività tradizionali, aggredendo il mercato edilizio, delle commissioni, degli appalti, dei rifiuti³² ed, infine, il mercato della droga, della prostituzione, dell'usura e del gioco d'azzardo. In una tale spirale evolutiva, non risulta difficile comprendere, allora, come si sia venuto a sviluppare il fenomeno della "c.d. mafia 'impresa'"³³, cioè, di un'organizzazione criminale che, ispirata al binomio potere-imprenditorialità, avrebbe finito per trasferire in campo economico il proprio metodo basato sulla forza di intimidazione, tanto da raggiungere, negli anni '80 e '90, il suo massimo grado di imprenditorialità, ampliando i suoi interessi anche ai mercati finanziari e a quello delle armi, ma allo stesso tempo registrando il massimo grado di *dissenso sociale*.

Le origini di un tale dissenso vanno rinvenute, infatti, proprio in quel lento, ma progressivo processo di 'aziendalizzazione' del sistema mafioso, di quella mafia-*holding* che, in nome di rigide e spietate regole economiche asservite alla massimizzazione del profitto, non poteva più attardarsi nel

l'intento di scompaginare i ranghi di Cosa Nostra sino a provocare, nel 1963, lo scioglimento della "Commissione". Per una più dettagliata versione dei fatti v. P. ARLACCHI, *Gli uomini del disonore. La mafia siciliana nella vita del grande pentito Antonino Calderone*, Milano 1992, 72.

²⁹ Sulle iniziative del Parlamento repubblicano e sulla funzione di stimolo della commissione antimafia cfr. G. DE CESARE, *Mafia*, cit., 139 ss.

³⁰ Essa è contrassegnata dalla figura del mafioso *gangster* che privilegia l'accumulazione violenta di ricchezza come strumento per consolidare un prestigio perduto o in via di affievolimento. Così P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna 1983, 86 ss.

³¹ L'espressione è di G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 50. Essa prende atto di una trasformazione graduale, ma irreversibile che porterà al dissenso manifesto negli anni '90 come reazione direttamente proporzionata al consenso coartato, cioè imposto attraverso il terrore, la potenza economica e l'influenza politico-elettorale.

³² Siamo alle origini di una criminalità imprenditrice, la c.d. *ecomafia*, che aggredisce una materia prima, l'ambiente, mediante attività con un rischio penale, tra ammende e possibili condoni, prossimo allo zero. Cfr. E. FONTANA, *Le ecomafie*, in *Mafie e antimafia*, a cura di L. VIOLANTE, Roma-Bari 1996, 197 ss. Per una politica criminale che punti alla razionalizzazione dei valori di riferimento nel controllo di un fenomeno criminoso che, ormai, assume ambiti di diffusione universali cfr. le stringenti osservazioni di E. LO MONTE, *Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività*, in AA.VV., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transazionale*, a cura di V. PATALANO, Torino 2003, 235 ss.

³³ Sul fenomeno della mafia 'impresa', su tutti P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, cit., *passim*.

recupero coatto di imprenditori recalcitranti da ‘addomesticare’³⁴, ma doveva necessariamente sostituirli con dei propri³⁵, nell’ambito di una economia di mercato in cui la ‘nebulosa’ traduzione del mito mafioso nella legislazione penale³⁶ finiva per diventare fattore di concentrazione economica, dal momento che i grandi gruppi imprenditoriali venivano favoriti da un protezionismo irrazionale, in cui la selettività economica lasciava spazio a facili forme arbitrarie di selettività penale, che finivano per scaricare sulla stessa collettività il prezzo dell’incertezza dell’investimento legale³⁷.

È facile comprendere, allora, come in un tale contesto, si sia potuta sviluppare una nuova fase volta a sancire in modo sempre più evidente lo stato di crisi che via via si è aperto nello stereotipo della “società mafiosa”³⁸, quando gli stessi attori della società civile, ai diversi livelli, hanno cominciato a prendere coscienza di una tale situazione sociale, rendendo sempre più evidente e deciso il distacco da quelle forme classiche di adesione al ‘sentire mafioso’, de-istituzionalizzando in modo sempre più palese l’irresistibilità della forza di intimidazione propria dei sodalizi criminosi di cui qui si tratta³⁹.

³⁴ Per una sintesi critica del dibattito concernente la pericolosa confusione e fluidità dei confini tra la accettazione di una realtà ineluttabile e una colpevole complicità che, nello specifico, ha interessato l’atteggiamento non conflittuale di “cavalieri del lavoro” catanesi nei confronti della mafia locale cfr. G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.* 1991, c. 476; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, 327 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli 2003, passim; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino 2014, passim; in giurisprudenza resta emblematica la pronuncia del Tribunale di Catania, 28 Marzo 1991, Amato ed altri con nota di R. ACQUAROLI, *Una discutibile applicazione dell’art. 54 terzo comma c.p.*, in *Giust. pen.* 1993, 579 ss.

³⁵ Così L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., 231 ss. parla di mafia-azienda che, grazie ad un volume di affari che si aggira sui 69.000 miliardi l’anno delle ‘vecchie lire’, è in grado di sostituire gli imprenditori onesti con i propri imprenditori, inquinando irrimediabilmente il sistema bancario e finanziario.

³⁶ Il riferimento, d’obbligo, è alla fattispecie di cui all’art. 416 bis c.p. che, riflettendo la comune “tipicità inafferrabile” del fatto associativo in generale, sembra rinunciare ad una struttura di diritto penale in senso stretto per rispondere più alle funzioni proprie di un c.d. diritto penale del processo, asservito alle necessità di indagine e alle scorciatoie probatorie per fatti che focalizzano il loro disvalore penale in una mera tipologia d’autore. Più ampiamente, e per una sintesi del dibattito sul tema cfr. V. PATALANO, *L’associazione per delinquere*, Napoli 1971, 141 ss.; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna 1996, 36 ss.; ID., *La macchina «ingolfata» della giustizia penale, il processo e la pena*, in *Questione Giustizia* 1999, 868 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 65 ss. e 175 ss.; P. TRONCONE, *La legislazione penale dell’emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli 2001, passim; conferme in tal senso vengono anche in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. V, 16-3-2000, in Cass. pen. 2001, p. 1194; Cass. pen., sez. VI, 10-2-2000, in *Diritto e giustizia* 2000, n. 10, 13.

³⁷ In una prospettiva di forti incertezze, tutto ciò può avvenire sia attraverso una astensione imprenditoriale da investimenti, con incidenza sulle politiche occupazionali, sia attraverso la ricerca di profitti decisamente sproporzionati rispetto alle dimensioni dell’investimento. Sul punto più approfonditamente E. R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. MOCCIA, 83-84.

³⁸ Per una nuova prospettiva di antimafia che parte proprio dalla presa di coscienza di quello stato di crisi che investe la stessa ‘società mafiosa’ dal suo interno cfr. la suggestiva analisi di S. LUPO, *Di fronte alla mafia: consenso, passività, resistenza*, in AA.VV., *Mafia e società italiana. Rapporto '97*, a cura di L. VIOLANTE, Roma-Bari 1997, 9 ss.

³⁹ Si pensi alle breccie aperte dal fenomeno del pentitismo, ovvero a quelle dell’associazionismo antiracket, ovvero, sul piano istituzionale, alle politiche di coesione sociale promosse con i Patti territoriali, insomma a quei mutamenti nell’atteggiamento di soggetti quali la Chiesa cattolica, il mondo imprenditoriale, della cultura, dei mass-media, dei movimenti sociali, delle amministrazioni regionali e locali, delle istituzioni formative ed educative, tutti impegnati nell’evidenziare e determinare lo stato di crisi della società mafiosa. Più ampiamente sul tema, con approfondimenti esemplificativi cfr. A. LA SPINA, *La reazione della società civile e la prevenzione degli enti locali in Italia*, in AA.VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. MILITELLO - L. PAOLI - J. ARNOLD, Milano-Freiburg, 2000, 438 ss. e 443 ss. Per una disamina, poi, in via più particolare, dello specifico ruolo che la Chiesa cattolica sta svolgendo sia mediante decise azioni di contrasto alle economie criminali, sia attraverso forti strategie di “socializzazione del territorio”, capaci di consentire alla cultura popolare di una comunità di riappropriarsi del territorio in cui vive cfr. L. CIOTTI, *Lo Stato e la società civile uniti in un nuovo riscatto dalla mafia e dalle sue ricchezze inquinanti: dall’analisi sul terreno alla riforme*

È in questi anni, allora, che la transizione socio-politica, originata dal progressivo logoramento delle regole istituzionali, ha finito per fare da sfondo, alla transizione mafiosa, ispirata fundamentalmente al superamento della organizzazione della mafia come soggetto politico, non eversivo⁴⁰, con il preciso programma di spezzare il circuito procure-polizia giudiziaria-pentiti⁴¹. La perdurante vulnerabilità di uomini politici, anche investiti di rilevanti responsabilità, ha finito con l'evidenziare la sfiducia ed il conseguente abbandono della politica della coabitazione per il varo di una strategia della tensione e del conflitto sociale, che si è venuta a consumare, da un lato, attraverso la scalata della famiglia dei Corleonesi ai vertici dell'associazione criminale e, dall'altro, promuovendo una forte alleanza con logge massoniche esterne alla struttura mafiosa, alternative alle forze politiche tradizionali, ma allo stesso tempo in grado di interferire affidabilmente nell'azione dello Stato, nell'ambito di una più ampia strategia che, confermando le difficoltà con la base sociale, ben potesse liberarsi e prescindere da forme di consenso, anche viziato, tanto da radicarsi sempre più in un complesso di relazioni statuali verticistiche e occulte⁴².

In un tale contesto socio-politico, allora, guardando alla mafia (o alle *mafie*⁴³) come ad un sistema di relazioni funzionali⁴⁴, si è sviluppata sempre più la convinzione secondo cui è solo in una società capace di riappropriarsi in modo deciso di tutti quei valori antitetici al mondo mafioso⁴⁵, da minare nelle sue fondamenta proprio attraverso il progressivo consolidarsi di un 'indotto' e diffuso dissenso sociale, che si possono rinvenire le tracce di quei fattori positivi in grado da soli di fungere da sicuro rimedio per il definitivo affermarsi di quella tanto auspicabile crisi relazionale tra Stato-

per dare forza alla legge sulla destinazione dei beni confiscati, in AA.VV., *La difficile antimafia*, a cura di M. VALLE-FUOCO - A. GIALANELLA, Roma 2002, 225 ss.; C. SCORDATO, *Chiesa e Mafia*, in AA.VV., *Mafia e società italiana. Rapporto '97*, a cura di L. VIOLANTE, cit., 64 ss. e specialmente 84-87.

⁴⁰ Sulla criminalità mafiosa come forma di criminalità politico-eversiva, infatti, oltre a qualche sparuta presa di posizione in dottrina, anche in giurisprudenza si riscontra un caso isolato in una sentenza della Corte d'Assise di Caltanissetta del 24 luglio 1984 subito sconfessata, in secondo grado, dalla Corte di Assise di appello della stessa città con la sentenza del 14 giugno 1985. Per un compiuto panorama del dibattito sul tema, cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Democrazia e diritto* 1983, IV, 43-44; G. FIANDACA, *Strage mafiosa e giurisprudenza sociologica*, in *Foro it.* 1985, II, 10 ss.; Id., *Riflessi penalistici del rapporto mafia politica*, in *Foro it.* 1993, V, 137 ss.

⁴¹ Così M. BRUTTI, *Cosa nostra nella crisi del sistema politico italiano*, in *Mafie e antimafia*, cit., 62 ss.; U. SANTINO, *La mafia come soggetto politico. Ovvero: la produzione mafiosa della politica e la produzione politica della mafia*, in AA.VV., *La mafia le mafie*, cit., 118 ss.

⁴² Cfr. M. BRUTTI, *op. ult. cit.*, 59; L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., 169 ss.

⁴³ Il termine è utilizzato da L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., 3 ss. e si riferisce alla organizzazione mafiosa in generale costituita essenzialmente da quattro grandi organizzazioni criminali: Cosa Nostra in Sicilia; Camorra in Campania; 'ndrangheta in Calabria; Sacra Corona Unita in Puglia. Non è senza rilievo sottolineare che solo Cosa Nostra e la 'ndrangheta hanno un retroterra culturale, in quanto nascono da un *movimento sociale*, mentre la Camorra e la Sacra Corona Unita si presentano hanno sin dalle origini come confraternite criminali. Così G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 59 ss e p. 90 ss. Il fenomeno mafioso si è caratterizzato anche per una forte espansione transnazionale: la mafia russa e i cartelli colombiani si sono aggiunti alla originaria mafia italo-americana, per un approfondimento di tali fenomeni cfr. V. VASILE, *La Maastricht della mafia e la frontiera dell'est*, in AA.VV., *La mafia le mafie*, cit., 349 ss.; L. FITUNI, *I padrini della nazione. Il ruolo delle mafie nella crisi russa*, in AA.VV., *Mafie e antimafia*, cit., 7-49; C. STERLING, *Un mondo di ladri. Le nuove frontiere della criminalità internazionale*, Milano 1994, 87-171-253 ss. dove l'A., nel definire il fenomeno, parla di '*alleanza criminale planetaria*'.

⁴⁴ Si tratterebbe di quelle relazioni capaci di collegare lo Stato-apparato e lo Stato-società con la stessa organizzazione mafiosa. Per un approfondimento di una tale impostazione cfr. A. BARATTA, *Mafia e Stato. Alcune riflessioni metodologiche sulla costruzione del problema e la progettazione politica*, in AA.VV., *La mafia le mafie*, cit., 96 ss.

⁴⁵ Dello stesso avviso C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 1305; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 1 ss.

apparato ed entità mafiose⁴⁶.

Dunque, solo mediante la completa valorizzazione di una consapevole e crescente opposizione civile, si potranno, allora, aprire seri spiragli per il definitivo superamento di quell'irrazionale politica penale dell'ordine pubblico che, servendosi costantemente della giurisdizione come unico strumento di contrasto alla criminalità organizzata, ha finito per creare le condizioni per la negazione di diritti fondamentali dell'individuo. E tutto questo è sicuramente anche il frutto dell'utilizzo, nella legislazione penale, di una categoria fallita - quella della criminalità organizzata -, che, come concetto gravemente indeterminato, oltre a contribuire ad un forte arretramento delle garanzie proprie di un diritto penale liberale⁴⁷, sembra spingere anche verso la presa d'atto del passaggio ad una "mafia-mafia" come fenomeno in cui la società del rischio e la crisi economica realizzano quei fattori determinanti alla rivoluzione degli schemi tradizionali della "mafia-criminale".

Con il passaggio alla mafia-mafia, infatti, economia criminale ed economia legale vengono a confondersi in un mercato in cui la protezione degli investimenti non è più imposta, ma invocata dalle imprese pronte a riconoscere il ruolo agenziale che le mafie interpreterebbero come espressione di un letale ed evidente connubio tra il potere economico-finanziario ed il potere politico nell'ambito di una nuova stagione della *coabitazione* molto più ampia e penetrante di quella che per il passato pure aveva caratterizzato un tale rapporto⁴⁸. Dalla tutela penale dell'ordine pubblico alla tutela penale dell'ordine pubblico economico, allora, il passo è breve e indotto da una ricostruzione giuridico-penale del tessuto sociale in cui i fatti si verificano laddove, con il conseguente abbandono della violenza strutturale in luogo di una violenza ipoteticamente sanzionatoria, tutto sembra spingere verso la chiara riducibilità del binomio efficienza-garanzie quale inevitabile risultato degli evidenti limiti di una tipicità, quella delle fattispecie associative, i cui confini vincolanti costituiscono il veicolo indotto verso reati, si pensi all'art. 513 *bis* c.p., chiaramente impreparati a governare una tale evoluzione sistematica⁴⁹.

4. È, allora, di fronte al simbolismo e alla irrazionalità degli strumenti di controllo sopra evidenziati, nonché agli evidenti costi insopportabili in termini di tensioni scaricate sul sistema delle garanzie⁵⁰, che si fa pressante la presa di coscienza della specificità della criminalità mafiosa, come di un *unicum*, che, meritevole di una adeguata progettazione normativa e istituzionale, diventa espressione di soluzioni anch'esse uniche e non generalizzabili. Queste ultime, infatti, devono muoversi all'interno di un nuovo progetto di *diritto promozionale* che, accanto a quello repressivo, si possa

⁴⁶ Sul tema, più ampiamente cfr. M. PAVARINI, *Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Dei delitti e delle pene* 3/1992, 37-38; E. R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., 63 ss. e spec. 84 ss.

⁴⁷ Sul tema, più ampiamente cfr. M. PAVARINI, *Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Dei delitti e delle pene* 3/1992, 37-38; E. R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., 63 ss. e spec. 84 ss.

⁴⁸ Per maggiori approfondimenti sul punto cfr., da ultimo AA. VV., *Prodotto interno mafia*, a cura di S. DANNA, Torino 2011, *passim*.

⁴⁹ È la conclusione che sembra essere avvalorata dalla acuta riflessione di LO BELLO, *Mafia e mercato*, in AA. VV., *Prodotto interno mafia*, cit., pp. 73 ss.

⁵⁰ Per una visione critica d'insieme alle problematiche sottese al tema cfr. AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, in *Quaderni di critica del diritto*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, *passim*.

articolare in settori rivolti non solo alla statuizione di forme di controllo capillare del territorio, attuate mediante un adeguato sviluppo della sicurezza privata, ma anche, e soprattutto, incentivando strumenti di resistenza alle organizzazioni criminali mediante lo sviluppo di forti politiche di coesione civile ed economica, volte a rafforzare il processo di sganciamento della cultura e della società civile dalla ferrea e tacita “organicità” alla mafia⁵¹.

Pertanto, se in uno stato sociale di diritto, colto nelle sue opzioni di stretta derivazione costituzionale⁵², i rapporti tra politica penale e politica sociale dovranno essere sempre improntati alla massima sussidiarietà⁵³, allora sarà compito della politica penale perseguire solo fatti legalmente previsti, offensivi di valori costituzionalmente significativi ed afferrabili⁵⁴, rispettosi di quelle esigenze di personalità della responsabilità penale, nonché processualmente accertabili⁵⁵, lasciando così alla sanzione *sussidiaria di natura extrapenale* lo spazio razionalmente riconducibile a strategie di controllo preventivo⁵⁶, in ossequio ad un giusto temperamento tra esigenze di garanzia ed efficienza nell’adozione di strumenti punitivi espressione di un radicale mutamento nelle future strategie di politica criminale di settore⁵⁷.

⁵¹ Così A. LA SPINA, *La reazione della società civile e la prevenzione degli enti locali in Italia*, in AA.VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, cit., 442 ss.

⁵² È questa, senza dubbio, la forma di Stato che si adatta perfettamente al nostro contesto ordinamentale e alle sue caratterizzazioni fondamentali permeate di quelle anime solidaristiche e liberali che vivono nel nostro sistema. Fondamentale, in tal senso, è il contributo di A. M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, n. 44, 1963, 8 ss.; VILLANI, *Stato sociale di diritto. Decifrazione di una formula* (1966), in *Studi di filosofia politica e sociale*, Napoli 1983, 55 ss.; G. AZZALI, *La conoscenza della legge penale nella Costituzione della Repubblica*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, vol. 1, Milano 1991, 117 ss.

⁵³ Per tutti, cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino 1973, *passim*; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1996, 325 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 177 ss. e 185 ss.; K. VOLK, *Sistema penale e diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, vol. II, Napoli 2002, p. 103 ss.; M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice penale* 2003, 75 ss.

⁵⁴ Secondo la proposta di W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli 1985, 387 ss.; Id., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, L. PHILIPPS E G. SCHOLLER (a cura di), Heidelberg 1989, 86 ss.

⁵⁵ È sempre viva la lezione di P. J. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. II, Chemnitz 1800, ristampa anastatica Aalen 1966, pp. 12-13 secondo cui «il legislatore non può sottoporre a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato». Per il recupero di un tale principio nella elaborazione di un sistema penale complessivo di giustizia penale di stretta derivazione costituzionale cfr. la lucida analisi di V. MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato. In margine al VII Congresso dell'Unione delle Camere Penali*, in *Critica del diritto* 1998, 285 ss.; nella dottrina tedesca cfr. per tutti K. VOLK, *Wahreit und materielles Recht im Strafprozess*, Konstanz 1980, *passim*.

⁵⁶ Per un esempio di acclarata simbolicità ed ineffettività della misura della confisca quale strumento di contrasto alle economie criminali, e per una razionale riformulazione delle “confische speciali” secondo i parametri di una politica criminale efficiente e garantista, capace di investire anche le sanzioni patrimoniali preventive nell’ambito di un sistema coordinato di controlli extrapenali da porre alla base di figure di reato d’obbligo *opportunitamente determinate* cfr. S. MOCCIA, *La confisca come mezzo di contrasto al crimine organizzato*, in AA.VV., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. PATALANO, cit., 349 ss. e spec. 369.

⁵⁷ Si abbia presente ancora la critica sul tema operata da F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *La questione criminale* 1975, 221 ss., il quale già paventava i disastri prodotti dalla strumentalizzazione di un bisogno diffuso di sicurezza sociale ad opera di una irrazionale politica penale dell’ordine pubblico che, foriera di un diritto penale massimo, è sicuramente più funzionale a catturare consensi, che non a sostituire leggi sempre più repressive con idonee politiche sociali, ovvero ad astenersi da politiche antisociali. Più approfonditamente sul punto per tutti cfr. L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Critica del diritto* 2001, 45 ss.

Tutto ciò, infine, deve trovare adeguata collocazione nella elaborazione di tecniche di tutela integrata per il controllo di fatti di criminalità organizzata, laddove, accanto a razionali strategie di politica criminale, portatrici di ampi margini di sicura effettività, sarà auspicabile, inoltre, la ricerca di spazi sempre più ampi per gli strumenti di una più generale politica sociale⁵⁸ che, con la piena valorizzazione di una crescente e sempre più radicata opposizione civile, riesca a farsi concretamente interprete di quella condivisibile idea di corresponsabilità della società nel delitto (Mitverantwortung)⁵⁹, tanto da promuovere una decisa affermazione di quella rivoluzione della cultura della legalità come unico mezzo capace, al di fuori da ogni logica preventiva ‘situazionale’⁶⁰, di riportare lo scontro con la criminalità organizzata sul piano delle istituzioni, le uniche veramente in ‘lotta’ per la definitiva inaugurazione di quella tanto attesa nuova stagione dell’antimafia dei diritti⁶¹.

⁵⁸ Secondo quanto auspica ancora L. VIOLANTE, *Una strategia globale contro la mafia*, in AA.VV., *Mafia e società italiana. Rapporto '97*, cit., X.

⁵⁹ Sul tema, per tutti, cfr. P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen 1962, p. 14; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe (1966)*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, 27 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 21 ss. Per i risvolti criminologici di una tale impostazione, debitrice nelle sue acquisizioni a quelle teorie che vedono le origini del crimine nella conflittualità sociale cfr. S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, Padova 2004, 78 ss. con gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁶⁰ Così A. BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti e delle pene* 1993, 120-121.

⁶¹ Una forte perequazione socio-economica tra gli individui sarebbe alla base del superamento della mafia come fattore principale di arretratezza. Cfr., più ampiamente, L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, cit., 279 ss.

Riciclaggio ed economia criminale: due mali inseparabili

EMANUELE SCLAFANI

ABSTRACT

In Italy the mafia was born as a criminal organization during the unification of northern and southern Italy in which it was verified in Sicily the transformation from the feudel system to the capatalistic system. After many years the mafia organization claimed their territory and maintained the control of various zones and began to expand outside of Italy using their econmic power and started their growth to achieve the ultimate objective to gain riches and wealth. With violent criminal action and the finacial investments the italian criminal organizations maintained control of their territory and for these reasons when you speak about the phenomanon of criminal economic globalization (which had an affect on world globalization) brought two of the following results: the increase of relationships between the italian mafia and other criminal organizations around the worldand also the increase of corruption in politics. The economic activiy of the mafia presented a power of social capital and the laundering of money gave them the opportunity to enter the legal economy. The entrance into the legal and illegal world economy made the italian mafia an international criminal organization favored the development of relation between the italian mafia and other criminal organizations such as the russian mafia. Italy is a country used by the russian mafia to create ties with italian mafia bosses and important upper management of agencies entering in the italian economy. The war on criminality is a process that requires a combination of actions at a national and international level and like the famous judge Giovanni Falcone said "the mafia isn't invincible. It's something humane in which it has a begining and an end. For these reasons we need to focus and use the power of the state to win the war against the mafia."

SOMMARIO: 1. Cenni storici e sviluppo del fenomeno mafioso italiano. – 2. Gli anni' 70-80: la metamorfosi della mafia in impresa a partecipazione mafiosa. – 3. Il riciclaggio ed il reimpiego di capitali di provenienza illecita nell'economia legale. – 4. La risposta legislativa al fenomeno del riciclaggio. – 5. Il rapporto tra il *laundering money* e l'associazione di stampo mafioso. – 6. La nuova fattispecie di *selflaundering* dei proventi delle associazioni criminali di stampo mafioso. – 7. La mafia russa e la mafia italiana: due esperienze di mafie "imprenditrici" a confronto.

1. È il 1 maggio 1861: «qui v'è pure la camorra, non meno cattiva della napoletana. La chiamano mafia». La prima testimonianza scritta del fenomeno mafioso la ritroviamo già in questa lettera

di fine 800 del famoso generale Alessandro Delle Rovere, di stazionamento a Palermo, inviata a Genova al suo fedele amico senatore e politico, Thaon Di Revel¹. Successivamente, nel 1863, l'opera teatrale dialettale "I mafiusi di Vicaria", un dramma ambientato nel carcere della Vicaria di Palermo, consentì la diffusione di questo nuovo "lemma" verso un pubblico più ampio. In realtà gli autori di tale opera, Giuseppe Rizzotto e Gaetano Mosca², ed anche il generale Delle Rovere, non ebbero il merito di coniare *ex novo* questo termine che, al contrario, era già ampiamente diffuso nei quartieri popolari palermitani, ma la vera novità fu l'accezione negativa che gli venne attribuita. In tale periodo i primi studi relativi al fenomeno mafioso tendevano a definire la mafia in senso antropologico o "subculturale", ovvero come mentalità, come modo di essere del mafioso, che rifiutava l'ordine legale costituito³. Henner Hess⁴, sostenitore della tesi culturalista, riteneva che il clan avesse le caratteristiche della sottocultura delle comunità locali, negando quelle di un'organizzazione formale. Infatti, egli sosteneva che la cosca mafiosa fosse strutturata in base a dei rapporti tra mafiosi e persone tra loro indipendenti, senza sentirsi parte di un'organizzazione e l'adesione avveniva per gradi, escludendo sia riti di iniziazione che cerimonie solenni per farne parte. Al vertice del clan vi era un "capo" che articolava le strategie e fissava gli obiettivi. Anche Arlacchi⁵ affermava che la mafia si definisse in base al comportamento degli stessi mafiosi non come organizzazione formale. Tuttavia Arlacchi si differenziava da Hess perché riteneva che il clan fosse caratterizzato da stretti legami di parentela e da rilevanti legami di affari. La cosca rappresentava una protezione per i suoi affiliati, ergendosi come organizzazione dominante in grado di distruggere ogni forma di manifestazione contraria e creando una sorta di sudditanza nei confronti di quei cittadini inermi che ha contribuito ad innalzare il muro della paura, del silenzio e dell'omertà. Altri studiosi consideravano, invece, la mafia come un fenomeno organizzativo con rapporti sia interni, tra i vari affiliati, sia esterni, con imprenditori e politici. Infatti, secondo indagini recenti le mafie originarie avevano una struttura di tipo feudale, organizzata in cosche o bande, dedite alla risoluzione dei conflitti con la violenza, in assenza dello Stato; il potere legale tendeva addirittura a delegare al potere mafioso compiti di controllo sociale, economico, in particolare con la riscossione organizzata di rendite, tributi e "pizzi" ed elettorale della popolazione contadina, dando così luogo ad una commistione tra aristocrazia del crimine e funzioni di ordine pubblico⁶. Il potere locale mafioso era diretto ad espandere il proprio dominio oltre i confini territoriali.

Dopo il periodo fascista, in cui si ebbe un inasprimento del controllo penale delle organizzazioni mafiose, limitato, tuttavia, ai loro livelli inferiori, continuò ad esistere un rapporto ambiguo tra mafia

¹ E. CICONTE, *Storia criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, Universale Rubettino, 2008, 7.

² G. TESSITORE, *Il nome e la cosa: quando la mafia non si chiamava mafia*, Milano, 19.

³ A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993, 4-45.

⁴ R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 1998, 19.

⁵ M. LONGO, "Sacra Corona Unita. Storia, struttura, rituali.", Pensa Multimedia, 1997, 45 ss.

⁶ Cfr, fra gli altri, G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano 1995, 31ss., 40, con ulteriori riferimenti bibliografici.

potere economico e potere politico, documentata dalla presenza di sindaci mafiosi e dalla commissione di diversi omicidi mafiosi di sindacalisti⁷.

A partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, le associazioni mafiose assunsero, via via, il controllo dei mercati generali, dei lavori pubblici e dell'edilizia, nonché del contrabbando di tabacchi e, successivamente, del traffico di stupefacenti; grazie ai cospicui proventi del contrabbando, ma soprattutto del traffico di stupefacenti e, spinte anche dalla necessità di riciclarli, esse svilupparono la loro capacità "imprenditoriale", inserendosi nell'economia legale e nei circuiti finanziari, senza abbandonare tradizionali attività criminali, come quelle estorsive, ed assumendo, corrispondentemente a tale evoluzione, caratteri organizzativi nuovi ed una più spiccata dimensione internazionale⁸. Anche la camorra che, nell'Ottocento, si presentava già come fenomeno urbano, di tipo essenzialmente estorsivo, ha attraversato, dopo la seconda guerra mondiale, un'evoluzione per molti versi simile a quella della mafia, con il controllo del contrabbando di tabacchi e il traffico di stupefacenti, l'assunzione di una dimensione imprenditoriale, l'intensificarsi dei legami con la politica⁹. Sul piano organizzativo, la camorra viene per lo più distinta dalla mafia per una sua più spiccata connotazione "pulviscolare", ossia per la tendenziale assenza di una struttura complessiva di tipo verticale¹⁰.

Accanto a tali associazioni di tipo mafioso vanno menzionate la "ndrangheta" calabrese simile, per struttura ed evoluzione, alla camorra e tristemente nota da anni soprattutto per i sequestri a scopo di estorsione; e la "sacra corona unita" pugliese, nata intorno agli anni Ottanta, anche grazie ai contatti con le altre organizzazioni mafiose, paradossalmente favoriti dall'applicazione della misura di prevenzione del soggiorno obbligato¹¹.

In base a recenti studi le principali cosche mafiose italiane quando assumono il potere economico e territoriale attraversano tre differenti fasi¹²: la fase "parassitaria"; la fase "predatoria" e la fase "simbiotica".

Nella fase "parassitaria" le associazioni mafiose hanno il medesimo ruolo e si dedicano principalmente ad attività malavitose locali, quali rapine, furti, estorsioni.

Nella fase "predatoria" esse riescono ad assumere il controllo di altre attività illegali, quali il contrabbando ed il traffico di stupefacenti.

Nella fase "simbiotica" le organizzazioni mafiose assumono le sembianze di vere e proprie attività imprenditoriali, inserendosi in vari settori legali quali il mercato dell'edilizia e degli appalti pubblici.

⁷ Cfr., COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Mafia e politica*, Roma-Bari 1993, 70 ss.; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano 2000, 44 ss.; G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2^a ed., Bologna 2000, 228-229.

⁸ V. ad es. COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Mafia e politica*, cit., p. 36 ss.; R. CATANZARO, *Il delitto come impresa* (1988), Milano, 1991, 227.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli 1997, 55-56; G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 5^a ed., Padova 1997, 1 nota 1; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 47 ss.

⁹ Cfr. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 59 ss.

¹⁰ V. Commissione PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Camorra e politica*, Roma-Bari 1994, p.9; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 73.

¹¹ In argomento, v. specialmente G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 76 ss., 90 ss.

¹² M. CENTORRINO, A. LA SPINA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo nel Mezzogiorno*, 1999, Roma, 7.

Per tali motivi, ultimamente, studi di carattere socio-criminologico inquadrano i fenomeni di tipo mafioso, unitamente ad altri fenomeni di criminalità associata, nella categoria della “criminalità organizzata” ed inoltre è stato affermato da più parti l’impossibilità a stabilire una netta distinzione tra criminalità organizzata ed economica, visto lo svolgimento da parte di entrambe di attività sia legali che illegali¹³. Infatti, la mafia si contraddistingue rispetto alle altre forme di criminalità per meccanismi peculiari di cooperazione/collusione tra operatori politici ed economici “legali” e criminalità, nonché per una componente subculturale non trascurabile¹⁴. Il riferimento ad un concetto di “criminalità organizzata”, inteso come rapportato ad un’identità ben definita ed isolabile, trascura il dato secondo cui il fenomeno mafioso va visto, invece, nel contesto di un sistema di relazioni che coinvolgono, purtroppo, la società civile e le istituzioni¹⁵. Come afferma R. Sciarrone, riferendosi al fenomeno mafioso: «lo scambio e la cooperazione con classi politiche ed istituzionali, è sinonimo della ricerca di potere». Inoltre, per mantenere il controllo del territorio le associazioni mafiose sono disposte a sostenere costi elevati e, per tal motivo, si parla del fenomeno della “globalizzazione dell’economia mafiosa” in cui da un lato è la stessa globalizzazione a favorire i rapporti economici tra diversi gruppi criminali e dall’altro essa comporta l’indebolimento della classe politica e la conseguente ascesa della mafia che riesce a sostituirsi alle amministrazioni locali. I campi privilegiati in cui la mafia ricicla i propri proventi illeciti sono i cosiddetti settori “protetti” come quello degli appalti pubblici o delle infrastrutture che le permettono di accrescere tra l’altro anche il proprio favore tra gli stessi cittadini, riuscendo a creare nuovi posti di lavoro, mentre in realtà comprime le occasioni di sviluppo¹⁶. Questo fenomeno di deterritorializzazione dovuto alla globalizzazione non comporta, tuttavia, una rottura con i propri territori di riferimento, che restano fondamentali per lo sviluppo dei processi di consolidamento dell’organizzazione¹⁷. Da ciò si evince che le organizzazioni mafiose, nelle aree di insediamento tradizionale, tendono a controllare il territorio e a subordinare i rapporti economici rispetto a quest’ultimo, mentre, in riferimento alle aree non tradizionali di insediamento, gli obiettivi primari di tali organizzazioni sono l’accumulo di denaro e ricchezze¹⁸.

2. Il legame tra le associazioni criminali e l’imprenditoria è stato oggetto di numerosi procedimenti giudiziari a partire dagli anni ’70. Durante questo periodo c’è stata una rapida evoluzione delle cosche mafiose italiane in imprese a “composizione mafiosa” che investono i propri capitali illeciti

¹³ Cfr. in proposito V. RUGGIERO, *Economie sporche. L’impresa criminale in Europa*, Torino 1996, 141 ss.; A. BARATTA, *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, in Aa. Vv., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di Moccia, Napoli 1999 pp. 104-105; K. VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, Napoli, 1999, pp. 362-363; E. R. ZAFFARONI, *La criminalità organizzata: una categorizzazione fallita* ivi, 78-79.

¹⁴ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 8-9.

¹⁵ Cfr. specialmente A. BARATTA, *Mafia e Stato. Alcune riflessioni metodologiche sulla costruzione del problema e la progettazione politica*, in Aa. Vv., *La mafia le mafie*, a cura di G. Fiandaca e S. Costantino, Roma-Bari 1994, 91 ss.; ID., *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, cit., 105 ss.; G. FALCONE – M. PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, Milano 1991, 93 e passim; G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.* 1993, V, 137, 143 ss.; P. PEZZINO, *Mafia, stato e società nella Sicilia contemporanea: secoli XIX e XX*, in Aa. Vv., *La mafia le mafie*, cit., 17 ss.; U. SANTINO, *La mafia come soggetto politico. Ovvero: la produzione mafiosa della politica e la produzione politica della mafia*, in Aa. Vv., *La mafia le mafie*, cit., 127-128.

¹⁶ R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, Mafie nuove*, Roma, Donzelli, 1998, 34 ss.

¹⁷ R. SCIARRONE, *Mafia e imprenditori in tempi di globalizzazione*, in *Questione Giustizia*, 2002, I, 525 ss.

¹⁸ R. SCIARRONE, *Mafia e imprenditori in tempi di globalizzazione*, *ibidem*, 527 ss.

nei settori dell'economia legale, come l'edilizia e gli appalti pubblici. I primi riscontri di tale trasformazione a livello territoriale si sono avuti già nel 1960 nelle regioni della Sicilia e della Calabria, dove le organizzazioni mafiose locali iniziano ad investire nei settori economici legali, mentre tale cambiamento avverrà più tardi in Campania, dal 1980. A tal fine, le cosche mafiose si sono dedicate maggiormente all'acquisizione di nuove ricchezze mediante l'acquisto di proprietà immobiliari e terriere. Durante tale periodo si è assistito ad un aumento di sequestri di persona da parte delle cosche mafiose che erano collegati agli investimenti pubblici e, per esempio, in Calabria divennero una delle risorse principali per le cosche 'ndranghetiste calabresi. Altri fonti di guadagno per le mafie italiane di quel periodo sono state il contrabbando delle sigarette con i paesi dell'Est o il traffico di droga, armi e i proventi di tali capitali illeciti sono stati reinvestiti nei settori dell'economia legale, riuscendo a gestire inizialmente poche fasi del ciclo produttivo delle imprese fino a diventare delle vere e proprie imprese "a composizione mafiosa" in grado di gestire interi settori pubblici. In tal modo la criminalità organizzata ha raggiunto tre obiettivi: l'aumento dei capitali illeciti, il riciclo di denaro "sporco" in settori legali e il rafforzamento del proprio potere economico e territoriale. Lo studioso Raimondo Catanzaro ha individuato due parametri che caratterizzano la capacità mafiosa delle imprese affiliate alla criminalità organizzata: la caratteristica lecita o illecita dell'attività imprenditoriale svolta; l'utilizzo di mezzi violenti per poter accaparrarsi le vittorie nei settori economici¹⁹. Altri studiosi, come Enzo Fantò, hanno dato un'interpretazione differente dell'impresa "a composizione mafiosa", ritenendo fondamentale non solo l'attività imprenditoriale compiuta ma anche i capitali illeciti provenienti da queste operazioni che vengono reinvestiti in settori legali e, mediante il vincolo associativo, permettono a tali imprese di affermarsi più velocemente nei mercati²⁰. La peculiare caratteristica di queste imprese è la struttura che è simile alla organizzazione della cosca mafiosa in cui l'imprenditore rappresenta il capo mafioso che si avvale dell'utilizzo della violenza, della forza e dell'aiuto della famiglia e delle persone conniventi con l'organizzazione criminale per investire i capitali illeciti in vari settori dell'economia legale. Tutto ciò ha comportato nel tempo una forte intensificazione dei rapporti tra il potere politico e quello mafioso fino a creare consolidate alleanze in base a favori reciproci ed assicurati ingenti guadagni. Infatti, la collusione tra la mafia e la politica ha rappresentato un altro profondo cambiamento delle organizzazioni criminali moderne in quanto politici sono riusciti a far accrescere la loro potenza economica, affidando appalti pubblici ad imprese mafiose in cambio di denaro e sostegno elettorale. Non a caso gli anni '60 e '70 sono stati considerati i periodi della speculazione sia edilizia che urbana, della distruzione delle coste e delle grandi opere mai compiute²¹.

Successivamente l'impresa mafiosa è stata favorita anche dagli istituti bancari e creditizi ed è riuscita ad ottenere tassi agevolati per mutui e finanziamenti grazie alla sua potenza economica, riuscendo ad annientare la concorrenza. A tal proposito c'è da dire che anche la conquista di questa tipologia di mercato, come tutti gli altri, non disdegna mai metodi e tecniche intimidatorie basate sulla violenza²².

¹⁹ R. CATANZARO, *Il delitto come impresa: storia sociale della mafia*, Liviana editrice, 1988

²⁰ E. FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Bari, 1999.

²¹ E. FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Bari, 1999.

²² P. MANCUSO, *La camorra negli anni '90: dalla conquista dell'impresa all'egemonia sulla società civile*, in *Questione Giustizia*, 1990, III, 719.

Negli anni '80 c'è stato un profondo cambiamento dell'impresa mafiosa che ha riguardato la titolarità dell'azienda in capo al mafioso. Infatti la mafia, per tutelarsi dalle normative antimafia appena emanate, ha trasferito fittiziamente la proprietà dell'azienda a soggetti fidati, i cosiddetti "prestanome" per evitare che questi capitali fossero ricondotti a traffici illegali ed evitare conseguentemente la confisca da parte delle autorità giudiziarie. Inizialmente si è servita di persone di famiglia, inserendoli nella gestione delle imprese, per poi passare a dei veri "prestanomi professionali", ovvero persone con un potere di gestione, seppur minimo, in virtù delle loro capacità tecniche in questi settori, per trasformare le imprese mafiose in strutture complesse e sfuggire alle indagini giudiziarie. Proprio per tal motivo si è assistito in questi anni alla trasformazione e al mutamento delle imprese, che riguardano diversi elementi delle stesse²³. Inoltre il cambiamento delle imprese a composizione mafiosa non ha riguardato solo la struttura gerarchica delle aziende ma anche la diversificazione degli investimenti in altri settori come ad esempio lo smaltimento di rifiuti tossici, il settore sanitario. Ciò è stato possibile perché gli utili dell'impresa principale venivano reinvestiti in altri mercati mediante la costituzione di altre imprese. Queste società sono riuscite a convivere insieme grazie ad una rete di rapporti che prevedono trasformazioni, fusioni ed incorporazioni. Si sono spartiti debiti, crediti, beni mobili, immobili ed altri investimenti, riuscendo anche a vivere stabilmente in modo autonomo e riuscendo a realizzare la circolazione di capitali e ricchezze²⁴.

Il cambiamento di strategia delle cosche mafiose italiane è stato confermato anche dagli imprenditori: «i mafiosi, da alcuni nostri industriali, non volevano più il pizzo per la protezione. Pretendevano di divenire soci, in modo da avere una copertura legale per le loro attività illecite»²⁵. Tutto ciò era già stato evidenziato nel 1986 dall'allora Ministro degli Interni, Oscar Luigi Scalfaro, che aveva affermato, in un intervento in una seduta della Commissione Parlamentare Antimafia, «l'esistenza di molti soci occulti che venivano imposti con il denaro o con le minacce all'imprenditoria siciliana e il fatto che molti imprenditori avevano dovuto accettare denaro di provenienza illecita, versato direttamente sui conti bancari societari o sui conti personali dei vari proprietari. Questo fenomeno stava assumendo una dimensione allarmante in Sicilia, in Calabria ed in Campania»²⁶.

L'occultamento di queste attività da parte delle organizzazioni criminali è nato per evitare le sanzioni introdotte dalla Legge 646/1982. L'art. 416-bis c.p. ha stabilito espressamente come sanzionabili penalmente tutte le attività economiche nelle quali le cosche mafiose hanno la gestione o il controllo, sia in modo diretto che indiretto. A tal proposito è stata fatta una distinzione tra acquisire la gestione o il controllo delle attività economiche e acquisire il controllo di concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici. Con riferimento al termine gestione ci si è ricollegati all'esercizio di attività economiche, mentre con il termine controllo a situazioni di fatto, mediante le quali è possibile controllare e condizionare le attività di interi settori economici. La norma ha previsto che queste attività di gestione o di controllo possano avvenire anche in forma indiretta, favorendo i casi di interposizione personale ed il ricorso a forme societarie. Per tal motivo il mezzo maggiormente utilizzato

²³ E. FANTÒ, cit., 63.

²⁴ G. PELLEGRINO, *Una seduta spiritica (criminalità organizzata e imprese commerciali)*, in *Dir. Fall.*, 1993, I, 110 ss.

²⁵ A. CALABRÒ, *Lavorare con la pistola alla tempia*, in http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1991/08/31/lavorare-con-la-pistola-alla-tempia.html?refresh_ce, 31 agosto 1991.

²⁶ E. FANTÒ, cit., 98.

dalle cosche mafiose è stata la compartecipazione mediante la quale i mafiosi sono riusciti ad appropriarsi di intere aziende, sfruttando la loro crisi economica, che operavano da molto tempo in vari settori economici, riuscendo ad intraprendere operazioni legali, data la rispettabilità sul mercato di tali aziende, e al contempo riuscendo a sfuggire ai controlli delle forze di polizia²⁷. La compartecipazione nell'impresa mafiosa si è verificata mediante società di persone oppure tramite società di capitali. Nel primo caso i mafiosi sono diventati soci a seguito del conferimento di capitali ad interposte persone che avevano il compito di fare gli interessi della cosca oppure diventavano soci di fatto senza che venisse formalizzato nulla legalmente. In entrambi i casi i mafiosi ricevevano gli utili, non partecipando alla ripartizione dei costi. Tuttavia la forma di compartecipazione più utilizzata dalle cosche mafiose è stata quella sotto forma di società di capitali perché esse garantivano un maggiore occultamento dei capitali illeciti, consentivano al mafioso di partecipare alla vita dell'azienda mediante un 'prestanome', evitando legami con l'imprenditore originario, ed ha consentito di non svelare ai soci preesistenti la propria identità²⁸. Per tal motivo sul piano fenomenologico si è distinto tra impresa mafiosa in senso stretto ed imprese ad infiltrazione mafiosa. Nel primo caso si è fatto riferimento a quelle costituite o acquisite per iniziativa di una organizzazione criminale che ne ha la gestione; a quelle gestite in modo diretto o indiretto da un singolo criminale mafioso nel proprio esclusivo interesse. In queste imprese vi è stata una totale compenetrazione dell'organizzazione criminale nel capitale sociale della società che gestisce l'impresa; la costituzione dell'elemento sociale o l'acquisto della società, il finanziamento delle attività della stessa sono stati sostenuti con i proventi illeciti dell'attività criminale del soggetto criminale, detentore reale della società; ed infine vi è stato il ricorso sistematico a forme di intestazione fittizia. Nelle imprese ad infiltrazione mafiosa, invece, l'imprenditore, seppur estraneo all'organizzazione criminale, ha instaurato rapporti di convivenza stabili con questa, accettando i servizi offerti e ricambiandoli con altri servizi ed attività complementari. In questo caso le imprese mafiose hanno creato rapporti stabili con le organizzazioni criminali, senza essere inserite o contigue, per concludere affari vantaggiosi. Per tal motivo, in base al tipo di rapporto o protezione instauratosi tra imprenditoria e mafia, si è attuata una netta distinzione tra imprenditori subordinati, collusi e strumentali. Nel primo caso è stata creata una protezione di tipo passivo in cui gli imprenditori sono costretti ad essere assoggettati alla mafia attraverso un rapporto fondato sulla intimidazione o sulla coercizione e si sono distinti ulteriormente in: imprenditori oppressi e dipendenti. Gli imprenditori oppressi sono quelli con cui la mafia ha instaurato un rapporto di puro dominio, grazie alla sua forza militare, per ricevere una garanzia, seppur provvisoria, di continuare a svolgere la propria attività. Gli imprenditori dipendenti sono quelli che non solo devono pagare la mafia per ricevere protezione ma devono ottenere l'autorizzazione per svolgere la propria attività che viene selezionata in base agli interessi mafiosi di impresa.

Gli imprenditori collusi sono quelli che creano con la mafia un rapporto di scambio basato sulla cooperazione reciproca e sullo scambio che coinvolge l'intera attività e la stessa persona. Essi si differenziano da quelli subordinati perché hanno sviluppato all'esterno un tipo di azione dinamica mentre quelli subordinati sono stati costretti ad orientare il loro agire in maniera statica, in virtù della

²⁷ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 221.

²⁸ E. FANTÒ, cit., 121.

presenza del vincolo mafioso. Inoltre gli imprenditori collusi riceveranno dai mafiosi prestazioni diffuse nel quadro vero e proprio di una relazione clientelare mentre la mafia pretenderà coattivamente solo prestazioni specifiche come il pagamento della protezione, l'assunzione del personale nei confronti degli imprenditori subordinati. Gli imprenditori collusi offriranno una vasta gamma di prestazioni ai mafiosi come informazioni per l'accesso a determinati circuiti politici e finanziari fino alla costituzione di vere e proprie società fra cliente-imprenditore, come accade spesso nel campo delle opere pubbliche.

Gli imprenditori strumentali sono una categoria intermedia perché instaurano con la mafia un accordo non continuativo ma limitato nel tempo e definito nei contenuti, secondo le esigenze contingenti e attraverso un compromesso fra partner che hanno utilità e convenienze differenti ma complementari. Si tratta di imprese esterne che operano nei settori pubblici o della grande distribuzione commerciale e che permettono che le interazioni con i mafiosi coinvolgano solo le prestazioni. Infatti l'imprenditore strumentale considera la presenza mafiosa come occasionale e limitata per un tempo circoscritto e come un costo aggiuntivo previsto fin dall'inizio, visto l'ambiente dove esercita la propria attività.

Le cosche mafiose, partendo dalle piccole imprese, sono riuscite a creare strutture rilevanti, grazie agli ingenti capitali di denaro di provenienza illecita. Attraverso l'acquisizione di quote sociali e azioni, i mafiosi sono diventati comproprietari di aziende, delle quali sfruttano la rispettabilità e le conoscenze relazionali dei proprietari per i propri interessi²⁹. In tal modo essi hanno ottenuto notevoli benefici: hanno occultato i canali di riciclaggio di attività illecite, diversificato gli investimenti, si sono inseriti nel contesto imprenditoriale per legalizzare le loro attività illecite ed hanno reso fisiologici i rapporti relazionali, che hanno contribuito al controllo dei mercati locali e del territorio³⁰.

L'impresa a partecipazione mafiosa non ha più rappresentato la fisionomia del clan di riferimento ma è diventata un vero e proprio soggetto giuridico che ha rapporti di scambio e di cooperazione con altre imprese e con soggetti appartenenti alle istituzioni statali. Il capitale sociale non è stato più solo di provenienza illecita ma a composizione mista e la produttività delle aziende è calata perché esse sono state spesso utilizzate per operazioni illecite e fatturazioni di attività inesistenti.

3. L'associazione mafiosa, attraverso lo strumento dell'impresa mafiosa impiegata specialmente ai fini del riciclaggio, incide nell'economia e nei mercati finanziari determinando una serie di conseguenze negative in quanto favorisce lo sviluppo di attività di tipo parassitario anziché di tipo produttivo con effetti destabilizzanti nei diversi settori dell'economia e nelle diverse aree di mercato³¹.

La gestione mafiosa di attività imprenditoriali sconvolge le condizioni che assicurano la libertà di mercato e di iniziativa economica nonché la funzione sociale della proprietà privata violando gli

²⁹ E. FANTÒ, *op. cit.*, 115.

³⁰ E. M. MASTRODDI, *Imprenditoria mafiosa e collusioni politiche nel Mezzogiorno*, in www.proteo.it.

³¹ D. MASCIANDARO - A. PANSA, *La farina del diavolo. Criminalità imprese e banche in Italia*, Milano, 2000, 128 ss.

artt. 41 e 42 Cost. e quindi l'ordine economico³². In un'economia infiltrata dalle mafie la libera concorrenza viene distorta per molte vie: un commerciante vittima del racket può finire con il considerare il "pizzo" come il compenso per un servizio di protezione contro la concorrenza nel suo quartiere; il riciclaggio nell'economia legale di proventi criminali impone uno svantaggio competitivo alle imprese che non usufruiscono di questa fonte di denaro a basso costo; i legami corruttivi con la pubblica amministrazione condizionano la fornitura di beni e servizi pubblici³³.

In relazione all'ordine economico, del quale la giurisprudenza della Corte costituzionale ha riconosciuto un preciso ruolo quale oggetto di tutela penale³⁴, è stata altresì introdotta con la legge del 1982 la fattispecie di cui all'art. 513 *bis* c.p. proprio parallelamente al reato di associazione di stampo mafioso³⁵. In tal modo il Legislatore, per evitare il trapianto dei tipici metodi criminali sul terreno delle attività economiche legittime, ha introdotto una fattispecie di "illecita concorrenza con minaccia o violenza". L'intimidazione rappresenta uno degli strumenti utilizzati dalla criminalità organizzata per imporsi sul mercato, eliminando la concorrenza nei settori economici più propizi, e con la conseguente affermazione di veri e propri monopoli criminali, inizialmente a livelli locali, ma via via dilaganti in più vasti ambiti territoriali. Per tal motivo la definizione dell'associazione di tipo mafioso, nell'art. 416 *bis*, pone l'accento sulle ricadute di tipo economico: sul fine di acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo delle attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici³⁶. Pertanto l'art. 416 *bis* c.p. va interpretato e letto insieme alla legge con cui è stata emanata e che evidenzia la saldatura tra l'ordine pubblico e l'ordine economico e quindi tra la criminalità organizzata e la criminalità economica³⁷. In tal senso è orientata anche la posizione di coloro secondo cui sarebbe escluso che l'oggetto della tutela possa essere ricondotto al concetto di patrimonio in un'ottica personalistica. In base a tale impostazione, «il ricorso al bene giuridico patrimonio non risulterebbe concludente in quanto la dimensione lesiva del reato non può essere ristretta in un ambito patrimoniale-individualistico, ma si allarga ad una dimensione macro-economica, richiamando così direttamente l'ordine economico e l'ordine pubblico»³⁸. È stato anche osservato che «una delle caratteristiche più significative di questo tipo di criminalità pare essere quella di rivolgersi a beni giuridici superindividuali. Si tratta della tutela di funzioni e di istituzioni. Le relative fattispecie penali non conoscono una vittima nel senso classico del termine. Le vittime sono anonime, sono lo stato, l'economia»³⁹.

³² G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, 266.

³³ M. DRAGHI, *Le mafie a Milano e nel Nord: aspetti sociali ed economici*, in *www.diritto penale contemporaneo*, 11 marzo, 2011, 5.

³⁴ F. BRICOLA, *Premessa al commento alla legge 13-9-1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 241; Corte cost., 23 marzo 1983, n. 73, in *De Jure*.

³⁵ A. ANTONINI, *Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, 293.

³⁶ C. PREDAZZI, *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999, 369.

³⁷ G. M. FLICK, *L'associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 853; A. INGROIA *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 91; P. MOROSINI, *Mafia e appalti. La rilevanza penale delle condotte del politico e dell'imprenditore*, in *Questione giustizia*, 1999, 1055.

³⁸ M. ANGELINI, *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, II Agg., 2005., 1408 ss., 1411.

³⁹ K. VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, 349 ss., 352, 353 ss.

Peraltro, sono proprio gli aspetti imprenditoriali che conferiscono al fenomeno mafioso quella dimensione nazionale ed internazionale che gli viene universalmente riconosciuta, dal momento che la mafia, nelle sue manifestazioni più attuali, si insinua insidiosamente e surrettiziamente nel tessuto economico del nostro Paese superando ogni schema regionale ed ogni delimitazione territoriale⁴⁰.

L'imprenditorialità mafiosa, nel momento in cui investe ricchezza, si avvicina alla criminalità economica e degli affari, senza cessare di essere mafiosa e senza rinunciare ai suoi metodi tipici. Essa entra in contatto con gli ambienti finanziari ed accedendo con facilità al circuito bancario riesce a disporre rapidamente di denaro liquido in una situazione di netto privilegio rispetto agli imprenditori non mafiosi⁴¹. Infatti è stato rilevato, «la facilità, la rapidità e l'imponenza, con cui il delitto, e più in particolare la delinquenza organizzata, possono finanziare le operazioni economiche, sono tali che si prestano a sovvertire ogni regola di mercato, dall'andamento dei prezzi al regime della concorrenza, dalle transazioni di borsa all'esercizio del credito ed alla formazione del risparmio e della proprietà⁴².

La mafia imprenditrice costituisce quindi un notevole pericolo per gli interessi economici nazionali: è in grado di conquistare posizioni di predominio rispetto all'imprenditorialità non mafiosa, ed inoltre, come abbiamo visto, tende a saldarsi con la grande criminalità economica e degli affari in modo da ottenere un dominio quasi totale, sovrapponendo la società criminale a quella civile⁴³.

Infatti l'attività d'impresa costituisce l'occasione per instaurare reti di relazioni, nella logica della reciprocità di favori, con esponenti sia del mondo economico-imprenditoriale che della politica, istituzioni e pubblica amministrazione. Le attività imprenditoriali costituiscono per le mafie un potenziamento del loro capitale sociale e sostanzialmente il cuore del loro potere⁴⁴.

Orbene, il principale punto di contatto che rende quasi indistinguibile il concetto di criminalità economica da quello di criminalità organizzata è costituito dalla fenomenologia delittuosa del riciclaggio. Sia a livello nazionale che sovranazionale il riciclaggio non si limita a gettare un ponte tra i due paradigmi criminologici ma consente di individuare una consistente area di intersezione per sovrapposizione dei due fenomeni in questione⁴⁵.

Il riciclaggio, inoltre, rappresenta il moltiplicatore del peso economico sociale e politico di ogni organizzazione o soggetto criminale in quanto svolge la funzione di trasformare una certa liquidità di origine illecita da potere d'acquisto potenziale in potere d'acquisto effettivo a vantaggio dei soggetti

⁴⁰ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 329.

⁴¹ Sulle interferenze tra i due paradigmi cfr. C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 141 ss. V. anche P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983, p. 118 ss; AA. Vv. *Comm. Parlamentare antimafia, Relazione conclusiva 1976*, relatore Luigi Carraro, VI legislatura, Doc. XXIII, n. 2, Senato della Repubblica, Roma, 1976, 200; D. MASCIANDARO - A. PANSA, *La farina del diavolo. Criminalità imprese e banche in Italia*, op. cit., 271.

⁴² G. M. PALMIERI, *La prevalenza di interessi patrimoniali nella disciplina del riciclaggio e La punibilità dell'autoriciclaggio come simbolica incriminazione del bis in eadem*, in *Ind. pen.*, 1, 2016, 65.

⁴³ C. A. DALLA CHIESA, *Mafia e potere oggi*, in *Dem e dir*, 1983, 4, p. 12 ss; M. DONINI, *La criminalità organizzata come freno allo sviluppo economico*, in *La mafia le mafie*, Roma, 1994, 212.

⁴⁴ C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014, 3.

⁴⁵ C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 145.

criminali. Inoltre, aumentando il tasso di inquinamento finanziario e di quello economico finisce per tradursi in una più forte capacità di influenzare la vita sociale e quella politica⁴⁶.

Pertanto il riciclaggio rappresenta il punto più alto dell'attacco mafioso all'ordine economico ed in tale settore si collocano le problematiche relative alla connivenza dell'universo mafioso, imprenditoriale e finanziario.

Orbene, oggi assistiamo ad una finanziarizzazione della criminalità, nel senso che la criminalità, soprattutto quella più grave e allarmante, genera imponenti flussi finanziari, movimenti di capitale all'interno e al di sopra dei confini nazionali⁴⁷. Il riciclaggio ed economia criminale sono due mali che si tengono per mano, che si autoalimentano. Senza il riciclaggio, il denaro delle mafie sarebbe un ricavato inerte. È necessario che rientri in circolo. Dal riciclaggio spicciolo, ad esempio il reinvestimento nel mattone, sino alla creazione di fiduciarie estere, diventa parte rilevante dell'economia planetaria⁴⁸. Il riciclaggio costituisce un ponte tra i paradigmi criminologici della criminalità d'impresa e della criminalità organizzata tanto da determinare delle intersezioni e sovrapposizioni. Queste interrelazioni acquistano rilevanza sia su di un piano nazionale che internazionale⁴⁹. Tra il 2009 ed il 2013 le operazioni sospette segnalate all'Unità di informazione finanziaria (Uif) della Banca d'Italia sono aumentate di quasi il 212%. Quasi il 60 per cento delle segnalazioni registrate a livello nazionale è concentrato in Lombardia (11.575 segnalazioni), Lazio (9.188), Campania (7.174), Veneto (4.959) ed Emilia Romagna (4.947)⁵⁰. Per tal motivo l'attenzione dei criminologi e dei legislatori si è concentrata su due momenti tipici di questi circuiti finanziari: il riciclaggio in senso stretto e l'investimento. Nel primo caso il riciclaggio ha assunto il significato di mascheramento della provenienza delittuosa di determinati beni, in specie capitali, ai quali viene assicurata una nuova identità perché possano circolare liberamente, sfuggendo alle reti di giustizia e ai relativi provvedimenti⁵¹. Il passaggio successivo è quello dell'investimento. I capitali di provenienza illecita non restano inoperosi ma sono investiti sempre più spesso nell'economia legale e perciò si parla di investimenti in senso tecnico-economico da parte delle cosche mafiose, di impieghi atti a produrre nuova ricchezza, nel rispetto apparente della legge. Tale duplice fenomeno rappresenta una forma di autofinanziamento della criminalità organizzata ed ha un effetto moltiplicatore dei suoi proventi illeciti. Oggi l'attenzione delle organizzazioni criminali si è concentrata sempre più su imprese che si trovano in condizioni economiche critiche, che vengono rilevate e rivitalizzate grazie all'immissione di ingenti capitali illeciti. In tale contesto, il processo di accumulazione del capitale mafioso è unitario, ma si attua in tre momenti: l'estrazione e la formazione di risorse finanziarie e "reali" attraverso le più svariate attività criminali; il reinvestimento di una parte di tali risorse nel mantenimento della struttura associativa e nella riproduzione di nuove attività criminali; la "pulitura" o riciclaggio della parte restante dei capitali, conosciuta come *money laundering*, ed il reinvestimento del denaro ormai "pulito", detto

⁴⁶ D. MASCIANDARO- A. PANSA, *op. cit.*, 172 ss.

⁴⁷ C. PEDRAZZI, *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, cit., 368.

⁴⁸ R. SAVIANO, *La necessità del riciclaggio per l'economia criminale*, in <http://www.robertosaviano.com/l-economia-criminale-si-regge-sul-riciclaggio-tra-crisi-mafia-e-banche/>.

⁴⁹ C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, cit., 145.

⁵⁰ R. SAVIANO, *La necessità del riciclaggio per l'economia criminale*, in <http://www.robertosaviano.com/l-economia-criminale-si-regge-sul-riciclaggio-tra-crisi-mafia-e-banche/>.

⁵¹ C. PEDRAZZI, *loc. cit.*

recycling, nei normali circuiti finanziari ufficiali e nell'economia "reale". In questo modo la mafia si integra con l'economia e con la finanza legale⁵². Inoltre, in diversi casi non risulta semplice distinguere la fase del riciclaggio da quella dell'investimento perché le organizzazioni criminali hanno interesse ad accorciare il tempo tra la fase di pulitura e quella del reinvestimento per evitare di lasciare in giro il denaro sporco che potrebbe indurre gli inquirenti a scoprirne la matrice criminale ed i reali possessori. Pertanto, attraverso strategie di intervento nell'economia e forme di compartecipazione economico-finanziaria le associazioni di stampo mafioso tentano di realizzare, con un'unica operazione, sia il riciclaggio, che rende spendibile il denaro, che il reinvestimento, che permette di conseguire i profitti⁵³. In tal modo, le organizzazioni criminali, attraverso il metodo intimidatorio o l'utilizzo della violenza, conquistano interi settori dell'economia legale. In questo contesto esse riescono a realizzare concretamente obiettivi di natura economica formalmente leciti, senza nemmeno ricorrere ad espliciti atti di violenza o di coartazione, ma limitandosi a sfruttare la propria rendita di posizione ovvero la carica intimidatoria e minacciosa che la contraddistingue⁵⁴.

4. In un quadro così allarmante il legislatore penale ha sentito l'obbligo di dare una risposta energica per combattere, dal punto vista economico, la criminalità organizzata, bloccando i canali di riciclaggio e reimpiego e isterilendo l'incentivo rappresentato dal moltiplicatore finanziario per proteggere dal contagio l'economia sana.

Da sempre gli ordinamenti penali conoscono la figura della ricettazione. Dell'art. 648 c.p., che punisce il fatto di acquistare, ricevere od occultare denaro o cose provenienti da delitti, o di intramettersi per farli acquistare, ricevere od occultare, la dottrina usa rilevare l'impropria collocazione tra i delitti contro il patrimonio; la ricettazione offende interessi anche più importanti del patrimonio, perché offre un incentivo alla criminalità primaria e ne intralcia la repressione⁵⁵. Ma questa fattispecie classica è stata considerata insufficiente ed invece di modificarla si è preferito introdurre pedissequamente all'art. 648, gli artt. 648 *bis* e 648 *ter*, che prevedono sanzioni pesanti e si trovano incongruamente inseriti del titolo dei delitti contro il patrimonio. Infatti, la tutela del patrimonio può dirsi quantomeno secondaria posto che nell'odierno delitto di riciclaggio può talora mancare un autentico danno patrimoniale⁵⁶.

Pertanto, secondo alcuni, la fattispecie avrebbe una natura plurioffensiva lesiva, in particolare, dell'amministrazione della giustizia⁵⁷. Infatti, questi hanno affermato che «tra i vari beni giuridici tutelati, sembra prevalere l'amministrazione della giustizia [in quanto] nucleo centrale di disvalore [sarebbe] il compimento di operazioni su denaro, beni o altre utilità, di provenienza delittuosa in

⁵² E. FANTÒ, *op. cit.*, 16.

⁵³ E. FANTÒ, *op. cit.*, 23.

⁵⁴ L. LA GRECA, *Il riciclaggio dei proventi delle associazioni mafiose*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2683.

⁵⁵ C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 370.

⁵⁶ P. MAGRI, (*sub*) art. 648 *bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G. MARINUCCI, III, 3ª ed., Milano, 2011, p. 6574; S. RIONDATO, (*sub*) art. 648 *bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI- G. ZUCCALÀ- F. STELLA, 12ª ed., Padova, 2011, 2559.

⁵⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, ed. 15ª, Milano, 2008, p. 463; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II-2, 6ª ed., Bologna, 2014, p. 264; P. PISA, *La riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti "tecnici" e nuove esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 824.

modo da ostacolare la identificazione di detta provenienza»⁵⁸. Nell'ambito di tale oggettività giuridica, è stato affermato che l'oggetto di tutela della fattispecie penale di riciclaggio corrisponde al tentativo di evitare il pericolo di intralcio del processo di accertamento della provenienza del bene⁵⁹.

Altri, invece, proprio con riguardo all'utilizzo preminente dell'art. 648 *bis* c.p. in chiave di contrasto della criminalità organizzata, pongono l'attenzione sul bene giuridico dell'ordine pubblico⁶⁰. In questo contesto rileva, in particolare, l'ordine economico-finanziario, minacciato dall'effetto inquinante che i capitali di illecita provenienza provocano sull'economia, sui mercati e sulla libera concorrenza nonché sulla affidabilità degli intermediari finanziari⁶¹.

In ogni caso la natura plurioffensiva del reato in esame è stata recentemente riconosciuta dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁶².

Introdotta nel panorama normativo nazionale mediante il Decreto Legge 03/1978 intitolato: "Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati" e ripetutamente modificato, l'art. 648 *bis* si intitola al "riciclaggio". La clausola iniziale "fuori dai casi di concorso di reato" stacca questa figura dalla criminalità primaria: riciclatore non può essere lo stesso autore o concorrente nel reato principale, per il riciclaggio costituisce un postfatto non punibile⁶³. Tale previsione trova il proprio fondamento politico-criminale nella non punibilità del post-fatto, in osservanza del dato secondo cui il disvalore derivante dalla fattispecie di riciclaggio risulta assorbito nel disvalore della fattispecie presupposto⁶⁴. Per quanto riguarda il presupposto della provenienza dell'oggetto materiale vi è stato un importante passo in avanti perché in principio il riciclaggio era circoscritto ai proventi di reati di estrema gravità come rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione, produzione e traffico di stupefacenti. Ciò impediva di far rientrare in quest'ambito la criminalità fallimentare e societaria e i delitti contro la pubblica amministrazione ed essa è stata ritenuta ingiustificata. Pertanto la nuova norma, forse cadendo nell'eccesso nel lato opposto, prende in considerazione denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo: qualunque delitto doloso, anche di scarsa gravità, per cui il riciclatore finisce facilmente per risultare punibile assai più gravemente del colpevole del delitto principale⁶⁵.

Per quanto riguarda la condotta di riciclaggio nulla sostanzialmente è cambiato nella nuova norma rispetto alla precedente formulazione secondo cui essa consisteva nella sostituzione del denaro o dei beni con alto denaro o con altri beni oppure in qualunque ostacolo frapposto all'identificazione della provenienza criminosa. La norma attuale ha previsto soltanto, oltre alla sostituzione e al trasfe-

⁵⁸ M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, p. 387; ID., *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, XII, 1997, 205.

⁵⁹ K. VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, cit., 353 ss., 359.

⁶⁰ G. M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1255.

⁶¹ A. COSSEDDU, *Riciclaggio: complessità di un percorso normativo*, in *Cass. pen.*, 2010, 3644; V. B. MUSCATIELLO, *Associazione per delinquere e riciclaggio: funzioni e limiti della clausola di riserva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 96.

⁶² Cass. pen., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 25191, in *Cass. pen.*, 2014, 4052.

⁶³ C. PREDAZZI, *loc. cit.*

⁶⁴ G. M. PALMIERI, *op. cit.*, 61.

⁶⁵ C. PREDAZZI, *loc. cit.*

rimento, il compimento di altre operazioni “in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa”. Di particolare evidenza l’aggravamento di pena quando il fatto è commesso nell’esercizio di un’attività professionale. Spesso accade che sia l’abuso di professioni di tipo intermedio a rendere il riciclaggio più agevole. Diversa, invece, l’attenuante che rinvia alla formula dell’art. 648 comma 2 c.p. che diminuisce la pena quando il fatto è di particolare tenuità⁶⁶.

A differenza delle altre legislazioni che colpiscono il riciclaggio, l’art.648 ter costituisce una peculiarità del nostro codice, sotto la rubrica “impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita”. Il delitto consiste nell’impiegare in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, fuori dal caso di concorso nel reato, di ricettazione e riciclaggio⁶⁷. Il concetto di “impiego”, secondo alcuni, è suscettibile di una lettura più ampia rispetto a quello di investimento e si configura in qualunque uso dei proventi illeciti a prescindere da intenti speculativi⁶⁸. Secondo altri, invece, va individuato solo nei casi in cui l’uso dei proventi abbia proprio intenti speculativi⁶⁹. Nella nozione di “attività economica o finanziaria” rientra qualunque settore idoneo a far conseguire profitti⁷⁰. Il concetto di “attività” può essere interpretato in un duplice modo. Secondo un’accezione più ampia si caratterizza come l’insieme delle attività riguardanti la produzione e la circolazione di beni e servizi, la circolazione di denaro o di titoli nonché le intermediazioni che possono verificarsi in tali settori⁷¹. Secondo un’interpretazione più limitata si esclude la rilevanza degli impieghi di carattere solo sporadico oppure occasionale⁷². L’elemento soggettivo prevede il dolo generico: consapevolezza della provenienza illecita e coscienza e volontà di destinarle in modo economicamente utile⁷³.

Il reato si consuma con l’impiego ed il tentativo è configurabile⁷⁴.

All’apparenza tali norme sembrerebbero aver dato una risposta efficace alla lotta alla criminalità organizzata ormai sempre più infiltrata nell’economia legale ma la realtà è ben diversa. Ciò lo si evince dal fatto che il riciclaggio in senso lato, comprensivo anche dell’impiego, si risolve nella creazione di una cortina di apparente liceità, difficilmente penetrabile dagli organi di polizia e dalla magistratura⁷⁵. Per tal motivo è stato introdotto l’art. 12 quinquies comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992, n. 356), che reca “Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”. Il reato di cui

⁶⁶ F. ANTOLISEI, *loc. cit.*

⁶⁷ C. PREDAZZI, *op. cit.*, 371.

⁶⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 470; G. COLOMBO, *Il Riciclaggio*, Milano, 1990, 121.

⁶⁹ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II-2, cit., 272; F. TOSCHI, *Le disposizioni relative ai delitti di riciclaggio, impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita, favoreggiamento e ricettazione introdotte o modificate dalle leggi n.55/1990 e 328/1993*, in *Mafia e criminalità organizzata*, I, Torino, 1995, p. 411.

⁷⁰ G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, 273.

⁷¹ G. COLOMBO, *Il Riciclaggio*, cit., 123; F. TOSCHI, *Le disposizioni relative ai delitti di riciclaggio, impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita, favoreggiamento e ricettazione introdotte o modificate dalle leggi n. 55/1990 e 328/1993*, cit., 441.

⁷² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 470; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II-2, cit., p. 273; G. PECORELLA, *Circolazione di denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 236.

⁷³ G. FIANDACA- E. MUSCO, *loc. cit.*

⁷⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 471.

⁷⁵ C. PEDRAZZI, *loc. cit.*

trattasi prevede la punizione con la reclusione da due a sei anni, salvo che il fatto costituisca più grave reato di «chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli artt. 648, 648 *bis* e 648 *ter*»⁷⁶. Anche questo reato si inserisce, dunque, nel quadro della strategia repressiva del crimine economico, soprattutto quello organizzato, attraverso l'identificazione di capitali sospetti⁷⁷. L'obiettivo è quello di sanzionare una casistica di comportamenti il cui comune denominatore consiste nel mantenimento dell'effettivo potere sulla cosa trasferita in capo al soggetto che effettua il trasferimento, o per conto o nell'interesse del quale il trasferimento è compiuto⁷⁸. Tuttavia tale disposizione appare superflua in quanto già rientra nell'ipotesi di riciclaggio ed è di difficile applicazione. Inoltre, bisogna dimostrare il dolo da parte di soggetti che non sono mai compartecipi del delitto a monte; dolo che presuppone la consapevolezza della provenienza delittuosa. Anche ricorrendo alla nozione del dolo eventuale non si può prescindere da una rappresentazione di tale realtà retrostante, ancorché in termini di possibilità⁷⁹.

Non compare la clausola di esonero presente nel reato di riciclaggio e di impiego illecito pertanto i fatti di autoriciclaggio e di autoimpiego saranno ove ricorrano i presupposti contemplati dalla norma⁸⁰.

Infine, è stato chiarito che il reato si consuma nel momento in cui è posto in essere il trasferimento del bene, pertanto si tratta di un reato istantaneo ad effetti permanenti⁸¹.

5. Il rapporto tra il riciclaggio e l'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p. non è facilmente risolvibile. Al riguardo si erano formati diversi orientamenti giurisprudenziali che davano diverse soluzioni⁸².

Da un lato vi era un primo e prevalente indirizzo della giurisprudenza della Corte che partiva dal presupposto che non vi fosse, fra il delitto di riciclaggio e quello di associazione per delinquere, alcun rapporto di presupposizione. La clausola di riserva, pertanto, in questa ipotesi non avrebbe mai operato ed il concorrente nel reato associativo ben avrebbe potuto essere chiamato a rispondere del delitto di riciclaggio (o reimpiego) dei beni provenienti dall'attività associativa, tanto quando il delitto

⁷⁶ In argomento F. BRIZZI, *Il trasferimento fraudolento di beni tra sistema penale e sistema di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 7 marzo 2014, 1.

⁷⁷ S. MILONE, *Il rapporto tra i delitti di riciclaggio e reimpiego e il delitto associativo di tipo mafioso al vaglio delle sezioni unite. Il precario bilanciamento del divieto di incriminazione dell'autoriciclaggio e degli obiettivi di contrasto dell'infiltrazione criminale nell'economia. The Relationship between Money Laundering and Illegal Investment Offences and "Mafia" Criminal Association Offence before the Court. The Unstable Balance between the Interdiction of Criminalizing Self-Laundering and the Aim of Fighting Criminal Infiltration into the Market*, in *Cass. pen.*, 2014, 4073.

⁷⁸ F. MUCCIARELLI, *Commento all'art. 12 quinquies D.L. 8/6/1992*, n. 306, in *Legl. pen.*, 1993, 159.

⁷⁹ C. PEDRAZZI, *loc. cit.*

⁸⁰ M. BIANCHI, *Reimpiego di proventi illeciti e concorso in associazione di tipo mafioso nella lettura chiarificatrice della suprema corte. The Supreme Court Clarifies the Relationship between Reinvestment of Illegal Proceeds and Participation in Mafia-Association*, in *Cass. pen.*, 2014, 4065.

⁸¹ *Cass. pen.*, sez. I, 26 aprile 2007, n. 30165, in *CED Cass.*, n. 237595.

⁸² A. GALLUCCIO, *Illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *www.diritto-penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2014.

presupposto fosse il frutto dei delitti fine attuati in esecuzione del programma criminoso dell'associazione, tanto nell'ipotesi in cui il delitto presupposto fosse costituito dallo stesso reato associativo di per sé idoneo a produrre proventi illeciti. Un secondo, più recente orientamento affermava - viceversa - l'impossibilità di configurare il reato previsto dall'art. 648 *ter* c.p. «quando la contestazione del reimpiego riguarda denaro, beni o utilità la cui provenienza illecita trova la sua fonte nell'attività costitutiva dell'associazione per delinquere di stampo mafioso ed è rivolta ad un associato cui quella attività sia concretamente attribuibile», evidenziando il tenore letterale della norma e l'insussistenza di ragioni ermeneutiche che depongano in senso contrario. Preso atto del contrasto giurisprudenziale, la questione di diritto, oggetto di un primo ricorso presso la prima sezione della Corte di Cassazione, veniva assegnata alle Sezioni Unite perché si pronunciassero sul seguente punto: «se sia configurabile il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648-*bis* o 648-*ter* c.p. e quello di cui all'art. 416-*bis* c.p., quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa»⁸³.

Le Sezioni Unite forniscono risposta negativa al quesito. Il collegio professa di condividere il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'associazione di cui all'art. 416 *bis* c.p. è autonomamente in grado di generare proventi illeciti, sottolineando come tra i fini dell'associazione per delinquere di stampo mafioso rientri anche quello di trarre vantaggi o profitti da attività di per sé lecite, servendosi tuttavia del metodo mafioso⁸⁴. Tale decisione non risulta condivisa da chi, invece, considera necessaria una distinzione tra le ipotesi in cui i proventi illeciti derivino dalla fattispecie associativa e quelle in cui provengano dai reati fine. Nel primo caso la clausola di esordio escluderebbe la possibilità di concorso di reati; nella seconda ipotesi, invece, il riciclatore, che partecipi alla associazione solo per svolgere questo specifico compito senza concorrere nella commissione dei reati fine, potrebbe rispondere sia per la fattispecie associativa che per riciclaggio⁸⁵. Secondo un altro orientamento il concorso dovrebbe essere escluso solamente quando l'associazione sia essenzialmente finalizzata all'occultamento della provenienza dei beni illeciti e, dunque, in questo contesto il riciclaggio costituisce il naturale sbocco di quelle precedenti attività delittuose. Viceversa, il cumulo dovrebbe essere ammesso quando alla commissione di delitti di diversa natura faccia seguito il compimento o la istigazione di operazioni di riciclaggio⁸⁶. Differente ancora l'idea di chi ritiene che qualora il riciclatore sia concorrente eventuale nell'associazione mafiosa per i soli fatti di riciclaggio il ruolo di concorrente esterno potrebbe essere assorbito nel reato di riciclaggio⁸⁷. Un altro orientamento giurisprudenziale affermava che l'art. 416 *bis* c.p. si collocasse senza problemi in rapporto di presupposizione con gli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p. una volta riconosciuta l'idoneità dell'associazione a produrre *ex se* proventi illeciti. Per tali motivi, l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, mediante quest'ultima sentenza, si è reso necessario per chiarire tale questione di diritto⁸⁸.

⁸³ A. GALLUCCIO, *Illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *www.diritto-penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2014.

⁸⁴ A. GALLUCCIO, *Illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *www.diritto-penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2014.

⁸⁵ M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, 355.

⁸⁶ Per riferimenti v. A. MACCHIA, *Spunti sul delitto di riciclaggio. Points on the Crime of Money Laundering*, in *Cass. pen.*, 2014, 1449.

⁸⁷ In argomento G. TRAVAGLINO, *Riciclaggio: storia, comparazione, struttura*, in *Cass. pen.*, 2008, 3722.

⁸⁸ *Cass. pen.*, Sez. Un., 27 febbraio 2014, n. 25191, *cit.*, 4052.

In tal modo è stato chiarito che l'associazione di tipo mafioso è idonea a produrre capitali. Infatti, tra gli obiettivi delle organizzazioni criminali rientra anche l'acquisizione di attività economiche che possono rappresentare fonte di ricchezza per i sodali e ciò diviene penalmente rilevante perché perseguito dall'organizzazione mediante il metodo mafioso. In questa prospettiva, i capitali prodotti sia con quelli dei delitti fine sia con quelli che derivano dalle attività poste in essere per realizzare varie finalità. Inoltre è stato rilevato che nonostante il legislatore abbia tipizzato l'art. 416 *bis* c.p. riferendosi a diverse finalità poste in modo alternativo non è necessario che vengano realizzate tutte perché il vero fine ultimo dell'associazione è quello di appropriarsi di flussi di denaro pubblico e privato con cui sostenere i traffici illeciti e per poter controllare vari settori economico-finanziari. Viene quindi in essere un circolo vizioso con cui il reato associativo mafioso è essenzialmente funzionale alla produzione di capitali ed in relazione a ciò il riciclaggio costituisce uno strumento privilegiato per l'attuazione dello scopo tipico del sodalizio ovvero per l'accrescimento del patrimonio associativo integralmente inteso⁸⁹.

Vi sono altre due argomentazioni che sostengono la tesi dell'associazione mafiosa come delitto idoneo a produrre capitali illeciti.

La previsione della confisca obbligatoria per il condannato, *ex art.* 416 *bis* comma 6 c.p., delle cose costituenti il prezzo, il profitto, il prodotto o l'impiego dei proventi, che obbliga a ritenere acquisita la capacità della consorterìa di generare autonomamente valori illeciti e quindi confiscabili. A ritenere diversamente si avrebbe una *interpretatio abrogans* della norma⁹⁰.

A tal proposito occorre chiamare in causa anche l'art. 12 *ter* l. 125 del 2008 (c.d. pacchetto sicurezza) che ha introdotto l'art. 76 comma 4 *bis* del D.p.r. n. 115 del 2002 in virtù del quale rispetto ai soggetti condannati in via definitiva *ex art.* 416 *bis* c.p. o per aver consumato un delitto avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 *bis* c.p. o per agevolare le attività delle associazioni mafiose si presumono redditi più alti per accedere al patrocinio a spese dello stato. Tale scelta è stata dettata dal fatto che la fattispecie 416 *bis* c.p. è in grado di produrre *ex se* cospicui redditi in modo indipendente rispetto ai delitti fine.

Riguardo all'interazione tra i due reati sono intervenute le Sezioni Unite che hanno stabilito quattro ipotesi: l'associato o il concorrente esterno ricicla valori provenienti dai delitti-fine ma da lui non commessi; l'associato o il concorrente esterno ricicla le ricchezze prodotte all'interno dell'associazione con il solo utilizzo del metodo mafioso; il concorrente nel reato fine ma non partecipa né concorrente esterno dell'associazione ricicla i proventi da esso derivanti; il riciclatore è un soggetto non partecipa né concorrente esterno dell'associazione ed estraneo al delitto fine⁹¹.

Nel primo caso è stato affermato che il partecipe che ha impiegato o riciclato ricchezze provenienti da un illecito che non ha contribuito a commettere risponderà tanto di associazione mafiosa quanto del reato di riciclaggio o di impiego, in questo caso, infatti, la clausola di esclusione opererà

⁸⁹ L. LA GRECA, *op. cit.*, 2683.

⁹⁰ N. AMORE, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. N. 25191 del 2014*, cit., 17.

⁹¹ M. BIANCHI, *Reimpiego di proventi illeciti e concorso in associazione di tipo mafioso nella lettura chiarificatrice della suprema corte. The Supreme Court Clarifies the Relationship between Reinvestment of Illegal Proceeds and Participation in Mafia-Association*, cit., p. 4065; A. GALLUCCIO, *Le Sezioni Unite sui rapporti fra riciclaggio, illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 settembre 2014.

in relazione al delitto fine⁹². Ciò è dovuto al fatto che quel contributo, rispetto ai delitti scopo, non può costituire altro che un atto meramente preparatorio, peraltro sprovvisto del necessario elemento soggettivo⁹³: chi viene ritenuto responsabile della organizzazione o partecipazione all'associazione penalmente illecita, infatti, presta il proprio contributo al fine di rafforzare quest'ultima, e non di assicurare direttamente il buon esito del determinato fatto tipico posto successivamente in essere⁹⁴.

Nell'ipotesi successiva la Cassazione afferma come qualsiasi atto di riciclaggio costituirà quindi partecipazione al reato presupposto di tipo associativo e non condotta rilevante sotto il profilo del riciclaggio e di reimpiego⁹⁵. Presupposto fondamentale è la prova dell'esatta provenienza dall'associazione della ricchezza illecita oggetto delle condotte di riciclaggio. Solamente in questi casi il concorso di reati deve essere escluso. Peraltro, alle difficoltà probatorie a ciò connesse soccorre una giurisprudenza della Suprema Corte che afferma come ai fini della configurazione dell'art. 416 *bis* c.p. non è necessario individuare con precisione la provenienza delle somme e la loro esatta misura in quanto il delitto di cui all'art. 648 *bis* c.p. mira proprio all'occultamento dell'origine criminale dei beni e pertanto non è sempre possibile ricostruire l'esatto iter produttivo degli stessi⁹⁶. Ovviamente, rimane fermo l'obbligo di dover accertare il reato presupposto nei suoi elementi essenziali oggettivi e soggettivi⁹⁷. Pertanto i riciclatori interni al sodalizio mafioso, ivi compresi coloro che svolgono il compito stabile ed esclusivo di compiere atti di riciclaggio sui profitti del sodalizio, non possono essere chiamati a rispondere del reato di cui all'art. 648 *bis* e 648 *ter* c.p. posto che questi ultimi trovano applicazione soltanto al di fuori dei casi di concorso nel reato presupposto⁹⁸. In questo contesto potrà aversi una vera e propria impresa mafiosa c.d. paravento ossia che svolge in misura minima e inessenziale attività produttive essendo essenzialmente dedicata ad adempiere una funzione di riciclaggio⁹⁹.

La spiegazione delle altre due ipotesi richiede un chiarimento preliminare sulla figura del concorso esterno. Il Collegio, invero, fa questa precisazione, dopo aver inquadrato le due fattispecie, per poter correttamente inquadrare il significato giuridico delle condotte dell'*extraneus* interagenti con

⁹² Cass. pen., Sez. Un, 27 febbraio 2014, n. 25191, cit., 4052.

⁹³ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2012, 39.

⁹⁴ Si veda, ex multis, Cass. n. 3194 del 2007: "il ruolo di partecipe rivestito da taluno nell'ambito della struttura organizzativa criminale non è di per sé solo sufficiente a far presumere la sua automatica responsabilità per ogni delitto compiuto da altri appartenenti al sodalizio, anche se riferibile all'organizzazione e inserito nel quadro del programma criminoso, giacché dei reati-fine rispondono soltanto coloro che materialmente o moralmente hanno dato un effettivo contributo, causalmente rilevante, volontario e consapevole all'attuazione della singola condotta criminosa, alla stregua dei comuni principi in tema di concorso di persone nel reato, essendo teoricamente esclusa dall'ordinamento vigente la configurazione di qualsiasi forma di anomala responsabilità di "posizione" o da "riscontro d'ambiente".

⁹⁵ Cass. pen., Sez. Un, 27 febbraio 2014, n. 25191, cit., p. 4052. Cfr. anche G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 535, che riporta riferimenti giurisprudenziali in senso contrario e relativi all'associazione per delinquere ex art. 416 c.p.

⁹⁶ Cass. pen., 9 gennaio 2009, n. 495, CED Cass., n. 242374; Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2008, n. 369340, in CED Cass., n. 241581; Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2006, n. 36779, in CED Cass., 235060; Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 1997, in CED Cass., n. 209393.

⁹⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 440. Sul punto si era già espressa la Cassazione Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 25633, in *De Jure*.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. Un, 27 febbraio 2014, n. 25191, cit., 4052.

⁹⁹ Per riferimenti v. E. FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, cit., 80. Cfr. anche R. CATANZARO, *Impresa mafiosa, economia e sistema di regolazione sociale: appunti sul caso siciliano*, in *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986, 179.

le attività ricollegate al sodalizio criminale, è necessario anzitutto essere in grado di qualificarne la natura¹⁰⁰. In questo senso, le Sezioni Unite richiamano i principi già espressi dalle stesse in occasione della nota sentenza Mannino¹⁰¹, e affermano che «risponde del delitto previsto dagli artt. 110, 416-bis c. p. il soggetto che, pur se non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione di tipo mafioso e privo dell'*affectio societatis*, fornisca, mediante l'attività di riciclaggio o di reimpiego dei relativi proventi, un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo che espliciti un'effettiva rilevanza causale e si configuri, quindi, come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o, quanto meno, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale, se si tratta di un sodalizio particolarmente articolato. In tale ipotesi, infatti, l'apporto di colui che pone in essere le condotte di riciclaggio o reimpiego caratterizzate, in base ad una valutazione *ex post*, da effettiva efficienza causale in relazione alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo, costituisce un elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale»¹⁰².

Al di fuori di questo caso, sarà allora agevole affermare che, nella situazione indicata nella terza ipotesi, il soggetto attivo risponderà dei soli reati-fine commessi, aggravati ai sensi dell'art. 7, I comma del Decreto Legge n. 152 del 1991 (convertito con modificazioni dalla Legge n. 356 del 1992); mentre nell'ultimo caso, invece, verrà punito esclusivamente per il delitto di riciclo o reimpiego commesso, essendo egli estraneo sia «all'organizzazione mafiosa che ai delitti fine»¹⁰³. Tale ultime osservazioni hanno permesso alla Corte di stabilire definitivamente che: non è configurabile il concorso fra i delitti di cui gli artt. 648 *bis* o 648 *ter* c.p., e quello di cui all'art. 416 *bis* c.p., quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa»¹⁰⁴. Su tale punto anche la prevalente dottrina si è trovata d'accordo con le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Inoltre il collegio coglie l'occasione - offerta dalle peculiarità del caso di specie - di pronunciarsi anche circa i rapporti che intercorrono tra il delitto di cui all'art. 648 *ter* c.p. e quello *ex art.* 416 *bis* c.p., quando sussista l'aggravante del sesto comma e riguardo la fattispecie disciplinata dall'art. 12-*quinquies* del Decreto Legge n. 306 del 1992 (convertito con modificazioni dalla Legge n. 356 del 1992), fornendo così un quadro completo sulla effettiva estensione del c.d. privilegio dell'autoriciclaggio in materia di criminalità organizzata di tipo mafioso¹⁰⁵.

¹⁰⁰ N. AMORE, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. n. 25191 del 2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁰¹ SS.UU. n. 33748 del 2005.

¹⁰² SS.UU. n. 25191 del 2014, punto 8, sesto capoverso della motivazione.

¹⁰³ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 8, primo capoverso, della motivazione.

¹⁰⁴ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 8, settimo capoverso, della motivazione, che pone perciò in non cale il contrario filone ermeneutico portato avanti, tra le altre, da Cass. nn. 1439 e 2451 del 2009. Sulla linea tracciata dalle Sezioni Unite converge anche la prevalente dottrina: v. ex plurimis S. CAVALLINI- L. TROYER, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014, p. 13 ss.; G. DONADIO, art. 648 *bis*, in *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina* a cura di G. LATTANZI-E. LUPO, vol. XII, Milano, 2010, p. 881; G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato, Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 106 ss.; G. TURONE, op. cit., 534 ss.

¹⁰⁵ N. AMORE, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. n. 25191 del 2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Nel primo caso essa prevede un aumento da un terzo alla metà delle pene previste per l'associazione di stampo mafioso «se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti». Si tratta di una circostanza aggravante ad effetto speciale, inserita allo scopo evidente di agevolare il c.d. *paper-trail* e ostacolare, perciò, la penetrazione dei capitali d'origine mafiosa nel tessuto dell'economia legale, a tutela dell'ordine economico e della concorrenza. Si configura come una sorta di progressione criminosa rispetto al delitto associativo, esprimendo una maggiore pericolosità del gruppo¹⁰⁶. Fattualmente, ad ogni modo, essa sarà destinata a trovare applicazione quasi indefettibilmente, «dato che per i gruppi mafiosi [...] è normale il riciclaggio dei relativi profitti e il loro reimpiego in attività anche formalmente lecite»¹⁰⁷. Come concordemente affermato dalla dottrina, il VI comma rappresenta una vera e propria aggravante di riciclaggio¹⁰⁸. L'investimento deve indirizzarsi nello svolgimento di attività economiche lecite¹⁰⁹ con proventi derivanti, genericamente, da delitto, e perciò non necessariamente da un fatto tipico commesso dall'associazione mafiosa. Il che implica, per il Collegio, l'esclusione delle ipotesi in cui le attività finanziate siano tout court illecite, vista la sua funzione e la sua collocazione sistematica nel contesto dell'art. 416-*bis* c.p.¹¹⁰. Di contrario avviso lo studioso Turone che apre a questa possibilità precisando però, successivamente, come la ratio della norma sia volta principalmente a chiudere le porte dell'economia legale alla criminalità organizzata mafiosa. Pertanto la norma troverà applicazione anche rispetto nel caso di denaro proveniente da delitti commessi da terzi: altre associazioni criminali oppure singoli individui¹¹¹. Inoltre, essendo un'aggravante oggettiva, nel caso in cui il sodale ricicli valori provenienti da delitto commesso da terzi, la circostanza si estenderà a tutti i componenti dell'associazione ed al concorrente esterno¹¹²: «Pertanto, se - come osservato da autorevole dottrina - l'associazione di stampo mafioso, fungendo da 'impresa di riciclaggio' per conto di altre consimili organizzazioni, reimpiega i proventi conseguiti da queste ultime nelle proprie attività economiche formalmente lecite, la circostanza aggravante in esame viene, comunque, valutata a carico di tutti i membri del sodalizio mafioso nei termini e nei limiti indicati dall'art. 70 c.p., comma 1, n. 1, e art. 59 c.p., comma 2»¹¹³. Da ciò ne deriva che come concordemente affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la normalità e frequenza dell'attività di laundering fa ritenere normale la sua conoscenza, e colposa la sua ignoranza¹¹⁴; il partecipe o il concorrente nel reato associativo mafiosa che impieghi capitali derivanti da illeciti commessi da terzi, attiverà non soltanto l'art. 416-*bis*, I e VI comma c.p., ma, in quanto abbia direttamente svolto le

¹⁰⁶ N. AMORE, Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. n. 25191 del 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁰⁷ Cfr. G. TURONE, *op.cit.*, 288.

¹⁰⁸ G. DONADIO, *op. cit.*, p. 880; G. TURONE, *op. cit.*, 289.

¹⁰⁹ Cfr. SS. UU. n. 8 del 2001. A riguardo, si veda anche Cass. n. 1616 del 2010, con nota di F. VANORIO, L'applicabilità del delitto di trasferimento fraudolento di valori a plurime e consecutive operazioni simulate: l'orientamento della Cassazione tra post-factum non punibile e "nuove" attribuzioni fittizie, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 novembre 2011; Cass. n. 10024 del 2009.

¹¹⁰ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 11.1, quarto capoverso, della motivazione.

¹¹¹ G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 124.

¹¹² N. AMORE, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. n. 25191 del 2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, cit., 20.

¹¹³ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 11.3, primo capoverso, della motivazione.

¹¹⁴ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 11.2, terzo capoverso, della motivazione.

operazioni di riutilizzo delle risorse, anche l'art. 648-ter c.p., non avendo concorso nel reato-presupposto che quei proventi ha generato; infine, se il reinvestimento avrà per oggetto attività penalmente illecite oppure proventi conseguiti lecitamente dalla gestione delle attività imprenditoriali espressione della finalità di monopolio allora l'aggravante non troverà applicazione¹¹⁵. La complessità del quadro appena delineato non è stata però valorizzata dalla Corte, la quale in chiusura si limita ad affermare che «l'aggravante prevista dall'art. 416 bis c.p., comma 6, è configurabile nei confronti dell'associato che abbia commesso il delitto che ha generato i proventi oggetto, da parte sua, di successivo re impiego»¹¹⁶.

L'ultima questione affrontata dalle Sezioni Unite si riferisce all'art. 12-*quinquies* del Decreto Legge n. 306 cit., che stabilisce la pena della reclusione, da due a sei anni per colui il quale occulti la titolarità di beni al fine di «eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale». Si tratta di un reato istantaneo ad effetti permanenti, a forma libera e a dolo specifico¹¹⁷, che mira a colpire l'occultamento di beni e attività mediante le forme più varie, a prescindere dalla riconducibilità a precisi schemi civilistici¹¹⁸. Non essendo diversamente specificato, si deve ritenere che i valori possano essere anche di provenienza lecita¹¹⁹. Non è stata inoltre inserita alcuna clausola di riserva, indi per cui l'art. 12-*quinquies* troverà applicazione anche nei casi in cui sia l'autore del delitto presupposto a compiere o a collaborare alla realizzazione delle operazioni volta a dissimulare la reale disponibilità o titolarità di proventi di illecita provenienza¹²⁰. Deve, invece, ritenersi esclusa ogni possibilità di concorso con i delitti *ex artt.* 648-*bis* e *ter* c.p., a cagione della marcata autonomia strutturale¹²¹ e funzionale dell'ipotesi criminosa qui analizzata¹²². Infine, per quanto concerne la posizione del soggetto che agevola il compimento dell'operazione fittizia, egli risponderà di concorso nel reato presupposto secondo i generali schemi della fattispecie plurisoggettiva eventuale di cui all'art. 110 c.p. «ove abbia la consapevolezza che colui che ha effettuato l'attribuzione è motivato dal perseguimento di uno dei scopi tipici indicati dalla norma»¹²³.

¹¹⁵ N. AMORE, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. N. 25191 del 2014*, cit., 22.

¹¹⁶ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 11.5 della motivazione.

¹¹⁷ SS.UU. n. 25191 del 2014, punto 12.1, secondo capoverso della motivazione.

¹¹⁸ Cfr. SS.UU. n. 25191 del 2014, punto 12.1 della motivazione. In senso conforme, in giurisprudenza, v. Cass. n. 30165 del 2007: «Pertanto, se - da un lato - l'impiego dei termini "titolarità" e "disponibilità" impongono di comprendere nell'ambito della previsione normativa non solo le situazioni del possessore e del proprietario ma anche tutte quelle nelle quali, pur non essendo le stesse inquadrabili secondo precisi schemi civilistici, il soggetto viene a trovarsi in un rapporto di signoria con il bene, il termine "attribuzione" impone - dall'altro lato - di prescindere dalla realizzazione di trasferimenti in senso tecnico-giuridico, idoneo essendo qualsivoglia meccanismo che realizzi siffatta "attribuzione", consentendo nel contempo al soggetto agente di mantenere il proprio effettivo potere sul bene "attribuito" (cfr. oltre a sent. cit., le sentenze n. 38733/2004 e n. 1665/93)»; in dottrina, v. F. MUCCIARELLI, *Commento all'art. 12-quinquies D.L. 8/6/1992 n. 306, in Legislazione penale*, 1993, 159.

¹¹⁹ In argomento si veda D. CERQUA, *Il delitto di riciclaggio nel sistema penale italiano (II)*, in *Revista brasileira de estudios políticos*, v. 98, 2008, p. 28; G. DONADIO, op. cit., p. 890; G. INSOLERA, *Prevenzione e repressione del riciclaggio, e dell'accumulo di patrimoni illeciti*, in *Legislazione penale*, 1998, 162 ss.

¹²⁰ Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 12.2 della motivazione.

¹²¹ N. AMORE, *Il punto e l'accapo sull'autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le SS. UU. N. 25191 del 2014*, cit., 22.

¹²² Cfr. SS.UU. ult. cit., punto 13 della motivazione.

¹²³ Cass. pen., Sez. Un, 27 febbraio 2014, n. 25191, cit., 4052.

6. L'introduzione dei reati di autoriciclaggio e di autoimpiego si inseriva nel dibattito concernente i legami tra mafia e sistema economico che si fondava sulla considerazione che attraverso la penetrazione della criminalità organizzata nel tessuto imprenditoriale si assiste ad una pesante alterazione delle più elementari regole dell'agere economico con conseguenze inaccettabili sul piano dell'esercizio di libertà costituzionalmente tutelate quali quelle di libertà di iniziativa economica¹²⁴. Infatti si sosteneva che mentre la previsione di questa esclusione della responsabilità poteva avere una giustificazione quando il reato di riciclaggio era collegato ad un numero limitato di delitti presupposto, oggi, posta la latitudine conseguita dalla fattispecie in questione e segnalata l'autonoma offensività raggiunta, da più parti, si auspicava una scelta politica criminale diversa¹²⁵. Inoltre occorre evitare il rischio che il soggetto chiamato a rispondere di impiego o riciclaggio possa dichiarare di essere concorrente dell'organizzazione criminale o partecipe della stessa al fine di sottrarsi all'applicazione del reato contestato. Infatti, l'operatività della clausola di riserva dei reati di riciclaggio determinava forti difficoltà di applicazione proprio nelle situazioni in cui la condotta illecita avesse avuto per oggetto proventi posti in essere dalla criminalità organizzata.

In tale contesto, l'introduzione di un reato di autoriciclaggio avrebbe risolto anche un problema di disallineamento normativo. Infatti, il contrasto al riciclaggio sul piano amministrativo prevede che gli intermediari finanziari, i professionisti e altri operatori identifichino i propri clienti e ne stabiliscano il livello di "rischio", registrino le operazioni più importanti e segnalino eventuali operazioni sospette di riciclaggio alla UIF (unità di informazione finanziaria). Tuttavia tale questione comportava dei profili di incertezza: in quanto che senso avrebbe segnalare alla UIF il sospetto riciclaggio dell'autore del reato se quest'ultimo non può essere perseguito?¹²⁶

Su tale questione era intervenuto anche l'allora Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi, nell'ambito della testimonianza alla Commissione Parlamentare Antimafia rilevava come la «positiva esperienza di altri Paesi, richiamata anche nel 2005 dal FMI, suggerisse di allineare la nozione penale a quella amministrativa, introducendo il reato di autoriciclaggio»¹²⁷.

Alla luce di ciò era, dunque, diventata necessaria la previsione di un autonomo reato di autoriciclaggio che eliminasse il privilegio previsto dagli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. per l'autore del reato presupposto¹²⁸.

¹²⁴ G. TEDESCO, *Le Sezioni Unite su rapporti tra associazione a delinquere di stampo mafioso e riciclaggio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 11, 1319.

¹²⁵ In argomento cfr. R. GAROFOLI, *Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte di intervento e riforma. Rapporto della commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità*, in www.governo.it, 2013, p. 88.

¹²⁶ N. MAINIERI- M. PACINI, *L'introduzione in Italia del reato di autoriciclaggio*, in www.dirittoegiustizia.it, 11 dicembre 2014.

¹²⁷ N. MAINIERI- M. PACINI, *I lavori per l'introduzione del reato di autoriciclaggio*, in www.dirittoegiustizia.it, 15 dicembre 2014.

¹²⁸ R. GAROFOLI *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2013, 11. In argomento cfr. anche G. M. FLICK, *Mafie e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. soc.*, 2013, 2-3, 505. 154.

Tuttavia le proposte per l'introduzione del delitto di autoriciclaggio nel nostro ordinamento si sono rincorse, infruttuosamente, fin dagli inizi del 2000¹²⁹. Tra queste vanno menzionate i lavori delle Commissioni Ministeriali Greco e Fiandaca.

La prima è stata creata nel gennaio 2013 con il duplice fine di procedere sia alla revisione della fattispecie di riciclaggio, che all'introduzione dell'autoriciclaggio. La Commissione, invece di occuparsi solo della eliminazione della clausola di riserva dalle disposizioni originarie, aveva previsto, mediante l'introduzione del nuovo delitto *ex art. 517 sexies c.p.*, un'autonoma fattispecie di riciclaggio ed autoriciclaggio da inserire in un apposito capo dedicato ai delitti contro l'ordine economico e finanziario¹³⁰. Il parterre di addetti ai lavori favorevoli alla rimozione del c.d. privilegio dell'autoriciclaggio si compone, infine, last but not least, di tutti quegli insigni studiosi¹³¹ che, anche alla luce dell'evoluzione normativa subita dalle fattispecie in commento, ritengono un privilegio ormai ingiustificabile l'esclusione della responsabilità del concorrente nel delitto presupposto. Non mancano opinioni contrarie al riguardo: al netto della natura ampia ed indeterminata della fattispecie di laundering, infatti, si finirebbe per prevedere una sorta di ipotesi automatica di aggravamento della responsabilità, a prescindere dal disvalore concreto del fatto, e con pene peraltro draconiane¹³². A sostegno di tale tesi vi è la prassi applicativa che ha visto il delitto di riciclaggio trasformarsi da "norma sanzionatoria delle sostituzioni di denaro o valori" schierata in prima linea nel "contrasto alla criminalità economica più insidiosa", a "norma baluardo della lotta alle sostituzioni di targhe e telai di automobili rubate"¹³³.

La Commissione Fiandaca nacque a breve termine dalla istituzione della Commissione Greco, nel giugno 2013, al fine di sviluppare una proposta di intervento in materia di criminalità organizzata. Anche in questo caso molto si discusse sull'unificazione di una simile previsione con quella di riciclaggio, rispetto alla possibilità di mantenerle distinte. La Commissione optò per l'unica fattispecie, introducendo l'autoriciclaggio nel nostro sistema con la mera eliminazione della clausola di riserva¹³⁴.

A tal proposito, hanno avuto particolare importanza la Convenzione di Strasburgo sulla corruzione del 1999, ratificata dall'Italia nel 2010 con legge n. 110; e la Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale, adottata dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001, oggetto di ratifica con legge n. 146 del 2006. In entrambi gli atti normativi è presente una clausola a mente della quale gli Stati possono stabilire come la fattispecie di riciclaggio non sia applicabile nei confronti del reato presupposto. Sembra pertanto potersi evincere che, seppur non quale obbligo, l'orientamento generale sia nel senso della punibilità dell'autoriciclaggio¹³⁵.

¹²⁹ Per una puntuale disamina di tali lavori F. LA MANNA, *Autoriciclaggio: un privilegio da abolire?*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, n. 3/2014, 874 – 877; da vedersi altresì A. NASTASIA, M. QUERQUI, *I reati tributari quali presupposto di fatti di (auto)riciclaggio e (auto)impiego*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, n. 3/2014 811- 820.

¹³⁰ Così ha fatto anche il DDL Grasso.

¹³¹ Tra i tanti, G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 5 ss.; A. COSSEDDU, *Riciclaggio: complessità di un percorso normativo*, *Diritto penale e processo*, 2003, p. 3648 ss.; G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, cit., p. 106 ss.; R. RAZZANTE, *Osservazioni sull'introduzione del reato di autoriciclaggio nel codice penale*, in *Rassegna dell'Arma*, 2011.

¹³² S. SEMINARA, *I soggetti attivi del riciclaggio*, cit., 236.

¹³³ C. LONGOBARDO, *Il fenomeno del riciclaggio del denaro sporco*, Giappichelli, Torino, 2010, 28.

¹³⁴ S. CASSETTA, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: aspetti positivi e profili critici*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2015/09/09/autoriciclaggio>, 24 settembre 2015.

¹³⁵ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in www.dirittopenaleontemporaneo.it, 24 dicembre 2014, 4.

Nell'ambito della disciplina in materia di riciclaggio, si è inserita la riforma di cui alla l. n. 186 del 2014, che ha previsto l'introduzione della fattispecie di autoriciclaggio mediante la elaborazione dell'art. 648 *ter* c.p. rubricato espressamente «autoriciclaggio»¹³⁶. In tal caso, bisogna richiamare la recente risoluzione del Parlamento europeo che ha avuto il merito di accelerare l'introduzione di tale normativa. Essa chiedeva agli Stati membri di inserire come obbligatoria «la penalizzazione del cosiddetto autoriciclaggio ovvero il riciclaggio di denaro di provenienza illecita compiuto dallo stesso soggetto che ha ottenuto tale denaro in maniera illecita»¹³⁷.

Il primo comma della fattispecie in esame prevede che «si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa».

In tal modo emerge la possibilità di perseguire il medesimo obiettivo, piuttosto che attraverso la introduzione di una nuova fattispecie, mediante la semplice eliminazione delle clausole di non punibilità contenute nei vigenti artt. 648 *bis* e *ter* c.p. secondo cui non è punibile per riciclaggio l'autore del reato presupposto.¹³⁸

Con il nuovo reato si assiste all'inedita confluenza delle condotte di riciclaggio e di reimpiego ciò consente di affermare che, alla permanente matrice patrimonialistica, il mixtum di condotte autoriciclatorie esalta la dimensione dell'offesa al mercato e alla concorrenza inquinati dalla reimmissione di capitali sporchi nel circuito dell'economia legale¹³⁹.

Rispetto al riciclaggio non è punito solo chi «sostituisce» e «trasferisce» ma anche chi «impiega»; mentre non è punito chi compie «altre operazioni»¹⁴⁰. Nello specifico «l'impiego» fa riferimento a qualsivoglia forma di reimmissione della disponibilità delittuosa nel circuito economico e legale come per esempio un aumento di capitale societario, ma non risulta semplice distinguerlo dalla «sostituzione» e dal «trasferimento». A tal proposito la Suprema Corte di Cassazione ha cercato di fare chiarezza, cercando di stabilire tale confine: vi sarebbe sostituzione o trasferimento, di cui all'art. 648 *bis* c.p., ogni qualvolta il provento illecito venisse prima «ripulito» e poi impiegato; vi sarebbe impiego, *ex art.* 648 *ter* c.p., se esso venisse direttamente utilizzato¹⁴¹.

Secondo un ulteriore approccio interpretativo, non potrebbe poi parlarsi di reimpiego nei casi in cui la reimmissione del provento illecito avvenisse al di fuori dei circuiti legali, per via della plurioffensività di tali condotte e della conseguente necessaria lesione al sistema economico¹⁴². Di parere

¹³⁶ L. n. 186 del 2014 in Gazz. Uff. serie generale n. 292 del 17-12-2014.

¹³⁷ A. BALSAMO- C. LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it/upload/Articolo Balsamo Lucchini](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it/upload/Articolo%20Balsamo%20Lucchini), 10.

¹³⁸ G. M. PALMIERI, *op. cit.*, 71

¹³⁹ S. CAVALLINI- L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermetici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2015, 5.

¹⁴⁰ N. MAINIERI- M. PACINI, *Il nuovo reato di autoriciclaggio e i suoi caratteri*, in www.dirittoegiustizia.it, 16 dicembre 2014.

¹⁴¹ Cfr. Cass. pen., n. 4800 del 2000, in www.giustizia.it.

¹⁴² Cfr. R. RAZZANTE, *Il riciclaggio nella giurisprudenza. Normativa e prassi applicative*, Padova, 2011, 31.

contrario il Giudice di Legittimità (Cassazione Penale n. 9026 del 2013), il quale ritiene che, nei casi in cui simili liquidità siano impiegate in attività illecite, vi sarebbe anzi un'offesa giuridica maggiore.

Per quanto riguarda i concetti di “sostituzione” e “trasferimento”, il primo risulta integrato da ogni condotta di immutazione in altro bene/utilità dello stesso o di altro genere ed è l'ipotesi più classica di riciclaggio, consistente nella consegna di un bene in cambio di un bene diverso: un acquisto di titoli o strumenti finanziari, un acquisto di beni, ma anche il mero deposito in banca (con cui avviene il “lavaggio” con altro denaro “pulito”)¹⁴³. La “sostituzione” determina una trasformazione del bene o della disponibilità ed, al contempo, muta la destinazione dall'utilizzo personale a quella di impiego in attività economiche finanziarie imprenditoriali o speculative e quindi in ogni caso legali¹⁴⁴.

L'oggetto della condotta sono «il denaro, i beni o le altre utilità». Si tratta di qualsiasi cespite avente una consistenza economico-patrimoniale e proveniente da un delitto non colposo. Questi ultimi vengono destinati «in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative»¹⁴⁵.

Il soggetto attivo è l'autore del reato presupposto o i suoi concorrenti: il reato ha natura di reato proprio¹⁴⁶. Quanto all'elemento soggettivo esso consiste nel dolo generico: risulta, dunque, necessaria la consapevolezza della provenienza illecita delle risorse, accompagnata dalla coscienza e volontà di destinarle ad un impiego economicamente utile. Per tali motivazioni dovrebbe escludersi la possibilità di un dolo eventuale¹⁴⁷.

La cornice edittale viene ridotta nel caso in cui i beni di provenienza illecita abbiano la loro fonte in un delitto non colposo punito con pena detentiva inferiore nel massimo a cinque anni¹⁴⁸.

Sarà nuovamente applicata la pena più grave nei casi in cui i beni o le altre utilità provengano da un reato commesso “con le condizioni e le modalità” di cui all'associazione di stampo mafioso¹⁴⁹.

È previsto, altresì, un aggravio di pena per l'aver commesso il reato “nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale”. In tale ambito, rispetto al riciclaggio ed impiego di cui all'art. 648 *ter* c.p. rientrano anche le condotte degli intermediari finanziari. La ratio è il maggior disvalore di chi abusa di questi comportamenti o si avvale di queste strutture qualificate¹⁵⁰.

È prevista, invece, una diminuzione della sanzione, per l'essersi “efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto”, armonia con la tendenza di politica criminale a tipologia premiale delle condotte riparatorie neutralizzatrici. Viene estesa la disciplina della confisca stabilita dall'art. 648 *quater* c.p.¹⁵¹.

¹⁴³ S. CASSETTA, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: aspetti positivi e profili critici*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2015/09/09/autoriciclaggio>, 24 settembre 2015.

¹⁴⁴ F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 10.

¹⁴⁵ F. MUCCIARELLI, *op. loc. cit.*

¹⁴⁶ S. CAVALLINI- L. TROYER, *op. cit.*, 15.

¹⁴⁷ S. CASSETTA, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: aspetti positivi e profili critici*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2015/09/09/autoriciclaggio>, 24 settembre 2015.

¹⁴⁸ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 12.

¹⁴⁹ S. CASSETTA, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: aspetti positivi e profili critici*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2015/09/09/autoriciclaggio>, 24 settembre 2015.

¹⁵⁰ S. CAVALLINI- L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermetici all'ombra del “vicino ingombrante”*, cit., 9.

¹⁵¹ Cfr. A. ROSSI, *Note in prima lettura sulla responsabilità degli enti ai sensi del D. LGS. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 febbraio 2015, 6 – 8.

Quanto alla consumazione, il nuovo delitto si perfeziona nel momento in cui si tiene la condotta vietata. Autorevole Dottrina, respingendo l'ipotesi di un unico reato a consumazione prolungata, sostiene la presenza di una continuazione nel reato¹⁵².

Un altro aspetto della riforma particolarmente significativo è caratterizzato dalla previsione - al quarto comma dell'art. 648 *ter* c.p. - della non punibilità dell'autore del delitto presupposto qualora i proventi illeciti siano destinati alla «mera utilizzazione o godimento personale». Tale previsione, dai confini indefiniti, secondo cui «fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale», presenta una varietà di profili problematici.

Secondo lo studioso Lanzi la fattispecie apre nuovi scenari, fino ad oggi sconosciuti alle tematiche penalistiche (...) fino ad istituzionalizzare, in qualche modo, quasi l'abbandono del criterio di obbligatorietà dell'azione penale»¹⁵³.

Secondo lo studioso Sgubbi da tale clausola di non punibilità emerge una nuova norma che privilegia l'edonismo, laddove l'autore del reato presupposto risponde di autoriciclaggio se impiega il provento illecito in attività economiche, ma non risulta invece punibile qualora lo destini al proprio piacere individuale. A tal proposito egli evidenzia anche la indeterminatezza dei confini della nozione osservando che vi possono rientrare tanto spese per cultura personale o viaggi (solitari?), quanto «la propria personale campagna elettorale»¹⁵⁴.

Risulta pertanto imprecisato se la clausola di non punibilità sia riservata esclusivamente alle ipotesi in cui il provento sia destinato all'uso esclusivo, individuale, dell'autore del reato presupposto, oppure se questa possa ricomprendere anche le ipotesi in cui il provento venga condiviso anche con altri, purché non venga impiegato nelle attività economiche di cui al primo comma¹⁵⁵.

Pur nella permanenza della vaghezza dei confini delle espressioni richiamate, sembrerebbe coerente con il significato della locuzione «personale» ritenere che la clausola di non punibilità possa considerarsi applicabile esclusivamente nella prima delle ipotesi descritte¹⁵⁶, tuttavia, è stato anche osservato che tale soluzione potrebbe risultare fondata sulla presenza dell'aggettivo «mera» e che, essendo questo rivolto esclusivamente alla «utilizzazione» e non al godimento, quest'ultimo potrebbe essere anche collettivo e dar vita, in egual modo, alla ipotesi di non punibilità¹⁵⁷.

Ad ogni modo, in osservanza del rigore interpretativo riferito al termine «personale», dovrebbe ritenersi che la causa di non punibilità debba riferirsi esclusivamente alle ipotesi di utilizzazione e godimento uni-personale dei proventi¹⁵⁸.

¹⁵² V. PACILEO, *materiale relativo al convegno "Autoriciclaggio ed emersione fiscale"*, Torino, 25 marzo 2015, 44-45.

¹⁵³ A. LANZI, *L'autoriciclaggio e la necessità di un intervento di "razionalizzazione" da parte della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 1-2, 2015, 1.

¹⁵⁴ F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10. 12. 2014, 2.

¹⁵⁵ F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 10.

¹⁵⁶ In tal senso, F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, cit., 5.

¹⁵⁷ Sulle differenti possibilità interpretative, v., F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, cit., 6.

¹⁵⁸ G. M. PALMIERI, *op. cit.*, 73.

Ictu oculi emerge come la previsione abbia condensato gli art. 648 *bis* e *ter* c.p., riferiti però a colui che ha commesso il reato presupposto, in una sorta di “ibrido”¹⁵⁹.

Ulteriore dato degno di rilievo è quello secondo cui, a differenza della ordinaria ipotesi di riciclaggio, la disposizione in esame prevede che tali condotte siano poste in essere in modo da ostacolare «concretamente» la identificazione della origine illecita dei proventi¹⁶⁰. A tal proposito emerge, dunque, l’auspicio che tale locuzione venga accompagnata da un trend interpretativo che valorizzi la concreta sussistenza di «un vero e proprio ostacolo effettivo e oggettivo alla identificazione della provenienza e non la sola difficoltà a ricostruire il percorso del provento delittuoso»¹⁶¹.

La previsione della incriminazione dell’autoriciclaggio riferita esclusivamente alle ipotesi in cui i proventi vengano impiegati in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, con esclusione della ipotesi in cui i medesimi proventi vengano destinati alla mera utilizzazione o godimento personale, conferma un esclusivo interesse rivolto alla salvaguardia dei circuiti legali dell’economia, alla tutela del mercato e del suo equilibrio nella osservanza delle regole della leale concorrenza¹⁶².

La nuova disciplina in materia di autoriciclaggio si inserisce in un sistema in cui le clausole contenute negli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. prevedono la non punibilità per le rispettive fattispecie di riciclaggio e impiego di capitali illeciti per l’autore del reato presupposto.

La fattispecie di cui all’art. 648 *bis* c.p., infatti, presenta una clausola iniziale - «fuori dei casi di concorso nel reato» - che esclude che colui che risponde del reato presupposto possa rispondere anche di riciclaggio; qualora lo stesso soggetto abbia realizzato entrambe le fattispecie, dunque, non può essere perseguito per il reato di riciclaggio. La medesima clausola di non punibilità è contenuta nella fattispecie di cui all’art. 648 *ter* c.p.¹⁶³.

Ebbene, tale previsione risultava, e risulta, evidentemente fondata sull’argomento politico-criminale della non punibilità del post-fatto, ovvero sul dato secondo cui il disvalore derivante dalla fattispecie di riciclaggio risulta assorbito nel disvalore della fattispecie che ne costituisce il presupposto¹⁶⁴.

A tal proposito è stato evidenziato che «l’impunità dell’autore e partecipe nel reato presupposto si risolve, il più delle volte, in una sorta di privilegio nei confronti dei soggetti responsabili di riciclaggio, foriera di evidenti sperequazioni»¹⁶⁵.

¹⁵⁹ F. BRIZZI, G. CAPECCHI, A. RINAUDO, F. VANNI, *Autoriciclaggio e fenomeni di reimmissione dei beni illeciti nell’economia*, in *Altalex*, 18 febbraio 2015.

¹⁶⁰ Sul tema A. LANZI, *L’autoriciclaggio e la necessità di un intervento di “razionalizzazione” da parte della giurisprudenza*, cit., 2-3; F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell’azione legislativa*, cit., 2; F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 8, 10.

¹⁶¹ A. LANZI, *L’autoriciclaggio e la necessità di un intervento di “razionalizzazione” da parte della giurisprudenza*, cit., 3.

¹⁶² G. M. PALMIERI, *op. cit.*, 74.

¹⁶³ G. M. PALMIERI, *loc. cit.*

¹⁶⁴ Sui fondamenti politico-criminali della non punibilità del post-fatto, per tutti, G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, post-fatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 505; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 182 ss.; S. FIORE, *Post-fatto*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1995, 652 ss.

¹⁶⁵ In tali termini, S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Diritto penale e processo*, n. 2/2005, 236; in senso conforme, M. ZANCHETTI, *Riciclaggio*, cit., p. 213; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III, Milano, 2003, 503.

Al di là delle posizioni rappresentate e delle innovazioni inserite dalla riforma di cui alla legge n. 186 del 2014, la scelta, oramai superata, di non punibilità per riciclaggio dell'autore, o concorrente, del reato presupposto, potrebbe trovare il proprio fondamento sul dato secondo cui tale attività riciclativa rappresenta una classica ipotesi di progressione criminosa in cui il riciclaggio ed il reimpiego del provento illecito costituiscono lo strumento ordinario di realizzazione del fine proprio del reato presupposto¹⁶⁶.

È stato evidenziato che «nell'esperienza concreta, il delitto di riciclaggio presenta la tipicità materiale propria della fattispecie plurisoggettiva necessaria, integrata dalla partecipazione dell'autore del reato a monte nelle operazioni di lavaggio dei proventi da esso derivati»¹⁶⁷.

A tal riguardo si assiste ad un fenomeno, conforme a quello posto alla base del principio dell'assorbimento, fondato sulla unitarietà normativo-sociale del fatto in cui più condotte naturalistiche assumono un unico significato giuridico¹⁶⁸.

In tale ambito rientrano sia le ipotesi in cui post-fatto e antefatto hanno ad oggetto il medesimo bene giuridico, sia le ipotesi in cui le rispettive oggettività giuridiche sono differenti¹⁶⁹.

7. La nascita della "mafia russa" è avvenuta agli inizi degli anni novanta, in seguito alla caduta del regime sovietico, alla privatizzazione di molte strutture pubbliche posta in essere dal governo russo che ha permesso l'aumento della corruzione e, dunque, offerto la possibilità alla criminalità organizzata di inserirsi non solo nelle strutture statali ma anche in quelle commerciali, facilitando la sua affermazione non solo nel proprio paese ma anche nel territorio europeo. Infatti il crimine non è solo una conseguenza della situazione sociale, è anche il barometro dell'instabilità sociale e il riflesso della debolezza dello Stato. L'inadeguatezza dei meccanismi legali contribuisce a creare un sistema che permette alla corruzione di dilagare¹⁷⁰. Nel 1990 un componente di un gruppo criminale del Kazan, il cui nome è Tartarin, affermava: "che cosa è il crimine organizzato ora? Bene, è un business". Ognuno lavora con il *black cash* e se ci sono problemi con la concorrenza, verranno risolti con la forza"¹⁷¹.

La caduta del muro di Berlino non ha soltanto rappresentato una svolta esclusivamente per i "padrini venuti dal freddo" spinti dalla necessità di ampliare i propri traffici e investire il denaro accumulato all'estero, ma ha anche costituito una fortunata occasione per le mafie italiane di investire, in particolare, nel territorio sconfinato della Russia, soprattutto per la presenza delle immense ricchezze di materie prime possedute dal sottosuolo dell'*ex* impero sovietico. Immediatamente dopo la

¹⁶⁶ Sulla non punibilità del post-fatto, non riferita esclusivamente al settore del riciclaggio, v., per tutti, M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 182; S. FIORE, *Post-fatto*, cit., 652 ss.

¹⁶⁷ G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 148.

¹⁶⁸ A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, 217 ss., 224; E. MUSCO, *Il mendacio all'autorità tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 802 ss., 811.

¹⁶⁹ G. M. PALMIERI, *loc. cit.*

¹⁷⁰ T. FRISBY, *The rise of organized crime in Russia: its roots and social significance*, Europe-Asia Studies, Vol. L, No 1, 1998, 44.

¹⁷¹ S. CHELOUKHINE, *The roots of Russian organized crime. Latte 1990 s and beyond*.

dissoluzione dell'impero sovietico si riusciva a comprare una tonnellata di petrolio greggio ad un basso costo e rivenderla a prezzi duplicati; bastava solo accordarsi con un collega della mafia russa¹⁷².

I rapporti tra la mafia russa e le cosche mafiose italiane sul territorio nazionale si sono sviluppate riguardo al traffico di stupefacenti, al traffico di armi e alla fuoriuscita di elevate quantità di dollari falsi. L'altro ambito di interesse comune tra le organizzazioni criminali che operano su un livello internazionale riguarda l'acquisto di ingenti quantità di rubli trasformati in moneta diversa sul mercato globale per reinvestirli in acquisti immobiliari e societari in Russia. Con le altre organizzazioni criminali italiane, la mafia russa intreccia relazioni per quanto riguarda il contrabbando di tabacchi, come emerge da alcune indagini che hanno individuato un'organizzazione costituita da esponenti campani e russi. Le cosche mafiose italiane e le bande criminali trasformatesi in una potente e minacciosa organizzazione mafiosa si dividono il territorio internazionale attuando continuamente relazioni trasversali per accrescere sia il capitale economico e finanziario che quello sociale. La forza della mafia, infatti, risiede nelle importanti relazioni che si sono instaurate tra i gruppi criminali e gli esponenti del mondo politico e di quello economico. È il capitale sociale, oltre a quello finanziario, a simboleggiare la guida dell'organizzazione criminale russa. L'Italia costituisce il paese dell'Unione Europea dove diventa molto più semplice accrescere tale capitale, in quanto è il luogo dilaniato, sin dalla sua nascita come Stato unitario, dalle attività delle organizzazioni di stampo mafioso. Come nel caso dell'Italia, dove la mafia nasce come vera organizzazione malavitoso durante l'unificazione della penisola, in cui si assiste in Sicilia al passaggio definitivo da un sistema feudale a un sistema capitalistico¹⁷³, in Russia la mafia nasce durante il passaggio all'economia di mercato.

Tuttavia la mafia si distingue da quella italiana perché non si tratta di una conseguenza di un fenomeno culturale tradizionalmente radicato ma è un'organizzazione criminale variegata che comprende le organizzazioni criminali dell'est quale ad esempio quelli del Dagestan, della Cecenia, della Georgia. Le organizzazioni russe sono state temprate dalla repressione staliniana, che ammassò nei gulag migliaia di delinquenti e dissidenti. È lì che nasce la società dei *Vory v zakone*, che in pochi anni arrivarono a gestire i gulag di tutta l'Urss¹⁷⁴. In tale contesto anche la cultura del tatuaggio acquisisce un ruolo di fondamentale importanza nelle organizzazioni criminali russe perché il tatuaggio diventa una sorta di documento di riconoscimento e ha lo scopo di comunicare la propria posizione all'interno della società criminale, il tipo di mestiere criminale, informazioni sulla vita personale e sulle esperienze carcerarie¹⁷⁵. Per esempio la stella è un'immagine ricorrente tra i *Vory v zakone*. Le punte indicano in genere gli anni di carcere comminati.

Uno degli aspetti che, invece, accomuna le due organizzazioni criminali è la capacità di adattarsi alle esigenze del momento per rispondere al meglio alle esigenze di mercato. Infatti la mafia russa, come quella italiana, è un fenomeno criminale che, pur dedicandosi ai tipici traffici del mondo ma-

¹⁷² P. GRASSO, *Collegamenti tra organizzazioni criminali di matrice endogena ed esogena*.

¹⁷³ Cfr. anche D. GAMBETTA, *La mafia siciliana*, Torino 1992, 17-22.

¹⁷⁴ R. SAVIANO, *Zero Zero Zero*, Milano, 2013, 308.

¹⁷⁵ N. LILIN, *Educazione Siberiana*, Torino 2009, 73.

fioso, quali estorsione, tratta degli esseri umani e traffico degli stupefacenti, è dedito alla contaminazione delle sfere legali¹⁷⁶. Essa è una mafia che si inserisce silenziosamente nel mondo dell'economia e nella sfera dell'alta finanza.

Una delle attività principali a cui è dedicata la mafia russa è l'attività di riciclaggio degli enormi profitti realizzati. I profitti ottenuti dalle attività illecite sono altissimi, si pone di conseguenza il problema del loro investimento in attività legittime, sia all'interno che all'esterno¹⁷⁷. Attraverso il riciclaggio, il potere del soggetto criminale cresce esponenzialmente poiché il potere di acquisto potenziale si trasforma in effettivo. Il denaro, una volta ripulito, può essere immesso nei circuiti legali e continuare a generare profitto. Più soldi sporchi sono investiti nei mercati leciti, più è difficile seguire le loro tracce¹⁷⁸.

All'interno dell'Unione Europea la criminalità organizzata russa risulta essere perfettamente coinvolta nelle frodi legate al commercio, il cui successo è dipeso in larga misura dall'abilità da parte di questi gruppi di sfruttare le debolezze del sistema Iva dell'Unione, delle differenti legislazioni commerciali degli Stati e la mancanza di cooperazione nella regione europea¹⁷⁹.

L'Italia è il paese sfruttato dalla mafia russa per intrecciare relazioni importanti, sia con gli esponenti del crimine italiano che con i dirigenti di importanti aziende, è il luogo dove riesce ad esprimere al meglio i suoi caratteri specifici quali la flessibilità e l'adattabilità, inserendosi nel contesto economico¹⁸⁰. Infatti, già nel 1995 la presenza della mafia in Italia viene accertata da un'indagine che vede come protagonista uno dei capi di Solncevo, Jurij Esin, dedito al traffico di stupefacenti e ad altre attività illecite¹⁸¹.

La mafia russa costituisce, dunque, una minaccia che diventa sempre più difficile da combattere, perché radicata nel campo dei settori guida dell'economia del luogo natale e delle nazioni europee. È un fenomeno criminale che evita situazioni di manifesta violenza per riuscire a continuare le sue operazioni illegali senza attirare l'attenzione delle forze di polizia e della magistratura. Le regioni settentrionali fungono da luoghi in cui i mafiosi russi raggiungono uno degli scopi strategici di un'associazione criminale, ossia la conquista di imprese legali¹⁸². Un esempio è rappresentato dalla Toscana, che si trova nella parte centro-settentrionale dell'Italia, dove la mafia russa si è inserita nel controllo dei night club, nello sfruttamento della prostituzione e nel riciclo del denaro sporco, che rappresenta uno dei suoi maggiori affari, in virtù anche delle numerose banche e compagnie di facciata (*shell company*) russe di cui si serve per questo tipo di operazioni finanziarie¹⁸³.

La mafia ha dato vita ad un vero e proprio sistema economico che pesa sulle sorti dell'economia internazionale, poiché sviluppa modelli organizzativi e sistemi di alleanze che sfruttano i proventi delle attività illecite per investimenti nelle società legali. La mafia russa si è radicata, oramai, nelle

¹⁷⁶ S. CHELOUKHINE, *The roots of Russian organized crime. Latte 1990 s and beyond*.

¹⁷⁷ P. PEZZINO, *Le mafie*, Firenze 2003, 111-117.

¹⁷⁸ R. CIRESE, *L'analisi criminale strategica*, in www.vittimologia.it/relazioneGen. Cinese. doc., 26 gennaio 2011, 2-3.

¹⁷⁹ S. ALFANO - A. VARRICA, *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie. La risoluzione del Parlamento Europeo e l'impegno dell'Unione Europea*, Milano, 2011, 166.

¹⁸⁰ E. SCLAFANI, *La criminologia russa*, in *Rassegna di psicoterapie. Ipnosi. Medicina psicosomatica. Psicopatologia forense*, Università degli Studi di Roma "Sapienza", Maggio-Agosto 2013, 133.

¹⁸¹ F. VARESE, *La mafia russa in Italia*, in «Limes. Come mafia comanda», 2005, 231-233.

¹⁸² L. VIOLANTE, *Non è la piovra*, Torino, 1994, 234-235.

¹⁸³ Y. ZABYELINA, *Reverse money laundering in Russia, clean cash for dirty ends*.

pieghe del contesto sociale della penisola ricorrendo alle risorse relazionali di cui dispone e all'ampia flessibilità e dinamicità che la caratterizzano.

L'infiltrazione della mafia russa in Italia e, soprattutto in Lombardia, mette in luce una caratteristica peculiare di tale organizzazione mafiosa, ossia la sua imprenditorialità¹⁸⁴

L'imprenditore mafioso è mosso, come direbbe Weber, da un'agire economicamente orientato, poiché per raggiungere i suoi molteplici fini, quali l'accumulo di denaro, la conquista di nuovi spazi criminali, e in primo luogo il potere, ricorre all'uso della forza. L'impresa mafiosa è un'azienda che ha a disposizione un immenso capitale finanziario, perché può contare su investimenti illimitati che provengono dall'esterno del patrimonio dell'impresa. Weber sostiene che l'agire economicamente orientato, in contrapposizione a quello economico, indica un agire diretto in modo primario, in vista di altri scopi, che però tiene conto della situazione economica, ossia della necessità soggettivamente riconosciuta, di uno sforzo indirizzato a procurarsi mezzi economici oppure orientato economicamente in modo primario, ma tale da ricorrere con mezzo all'uso della forza.

Allo stesso tempo negli ultimi anni un mercato come quello dell'Europa dell'est, senza regole, con un'immensa e al tempo stesso illegale produzione di capitali, non poteva evitare l'intensificazione di investimenti economici da parte delle cosche mafiose italiane. In effetti la mafia siciliana, già da tempo in contatto con la mafia russa, non solo opera come finanziere della criminalità russa per l'attività di riciclo di denaro sporco come confermato dagli investimenti fatti dalle famiglie di Santapaola di Catania e di Madonia di Palermo, ma acquista anche armi convenzionali e nucleari da destinare a Paesi mediorientali e africani e spesso queste vengono trattenute in depositi per essere utilizzati per futuri attentati.

Gli uomini della "camorra" si sono insediati nelle zone russe più redditizie, investendo notevoli capitali nei settori criminali quali il racket e traffico di armi ed in settori legali, quali attività commerciali e servizi finanziari. Tali legami hanno avuto diversi riscontri. Ad esempio a Scafati sono state scoperte quattro armi tattiche (bazooka) in due auto di camorristi. Un altro settore di contatto tra le due organizzazioni criminali è la falsificazione dei dollari come quella dei 100 dollari che comporta un introito di 100 miliardi all'anno di dollari. Tali somme di denaro vengono utilizzate per la corruzione di funzionari pubblici o per comprare beni di lusso e l'aspetto più pericoloso è rappresentato dalla destabilizzazione delle economie dei paesi dell'est; in Russia i dollari falsi circolanti rappresentano un quarto dei dollari reali, cioè quasi 2 miliardi e mezzo sono falsi. Il clan Licciardi, clan di spicco della camorra napoletana, cura anche gli interessi finanziari dei gruppi russi, soprattutto dei Ceceni, nell'Occidente¹⁸⁵.

La 'ndrangheta, come confermato dalle indagini della Procura della Repubblica di Locri, ha diversi investimenti in San Pietroburgo in affari più o meno leciti ed intrattiene traffici di cocaina con la mafia russa.

La Sacra Corona Unita, cosca mafiosa di spicco pugliese, intrattiene rapporti privilegiati con le organizzazioni criminali dell'est e, di fatto avvantaggiati dalla guerra civile in Jugoslavia, ha assunto un ruolo fondamentale nel narcotraffico e nel traffico di armi. Infatti nei porti pugliesi transita buona

¹⁸⁴ R. GALULLO, *La mafia russa investe profitti nel Nord Italia insieme alla 'ndrangehta*, in <http://Antimafiaduemila.it>

¹⁸⁵ P. SCACCIA, *Maffia. Dalla Russia con ferocia*, Roma.

parte della droga prodotta in Medio Oriente, soprattutto quella turca. Il traffico di armi sfrutta le classiche vie di approvvigionamento di tabacchi lavorati esteri facendo transitare armi ed esplosivi provenienti dalla Turchia e dall'ex Jugoslavia¹⁸⁶.

La mafia del Brenta, che opera nel nord-est italiano, avvantaggiandosi della legislazione bancaria garantista austriaca, ha utilizzato questo Paese per poter far transitare i propri investimenti in Ungheria dove esistono ancora conti cifrati. Il mezzo più usato per il riciclaggio è l'apertura di casinò polacchi ed ungheresi¹⁸⁷. Nella sola Budapest ne esistono almeno tredici.

Con l'entrata in vigore nel 2003 della Convenzione di Palermo, ratificata da 148 Stati, sono stati fatti dei passi in avanti perché è stato chiarito in maniera ufficiale il concetto di reato transnazionale ed è stato introdotto uno strumento globale volto a promuovere la cooperazione e a prevenire e a contrastare la criminalità organizzata in modo efficace. Gli Stati aderenti si sono impegnati ad individuare i processi di globalizzazione che le reti criminali hanno utilizzato per sottrarsi alle azioni di contrasto e combattere la criminalità organizzata in tutte le sue forme. Infatti la criminalità economica transazionale è aumentata in maniera esponenziale in virtù delle maggiori complessità dei mercati economici ed anche perché la diversificazione delle attività criminali in attività economiche ha assicurato un profitto stabile e meno sospetti. Il processo di globalizzazione ha contribuito enormemente a sfumare i confini tra criminalità organizzata e criminalità economica, che tendono progressivamente a sovrapporsi¹⁸⁸.

Il 24 Marzo 2004 la Russia, a tal proposito, ha ratificato la Convenzione dell'Onu contro la criminalità organizzata transazionale. La Duma ha inoltre approvato una dichiarazione nella quale si richiedeva che il governo russo applicasse la Convenzione su un principio rigoroso di "reciprocità" e su una base di cooperazione in materia di estradizione da parte degli altri Stati firmatari. La Russia ha tuttavia escluso la possibilità che altri Paesi firmatari possano condurre iniziative investigative e giudiziarie autonome nel territorio russo. L'impostazione di tale Convenzione si adatta a qualunque fenomeno grave di criminalità organizzata mira ad affrontare il problema della criminalità organizzata transazionale con misure giuridiche e giudiziarie internazionali, estendendo su scala mondiale le esperienze dei singoli Paesi.

Di particolare rilevanza è stato il coordinamento delle indagini effettuato da parte di Eurojust dove possono essere invitati anche i rappresentanti delle autorità giudiziarie dei paesi dove vengono commessi i reati presupposti.

Rivestono fondamentale importanza nel contrasto al fenomeno della criminalità organizzata proveniente dai Paesi dell'Est i contatti info-operativi instaurati nell'ambito della cooperazione del Gruppo esagonale, di cui fanno parte il Bundeskriminalamt tedesco, il National Criminal Intelligence Service inglese, il Federal Bureau of Investigation statunitense, la Royal Canadian Mounted Police canadese, la Direzione Investigativa antimafia italiana e l'organo della Direzione Centrale per la lotta alla criminalità organizzata russo. L'intensificazione dello scambio di informazioni con le autorità straniere è stata attuata con la stipulazione di numerosi Memorandum d'intesa basati sullo scambio di notizie

¹⁸⁶ P. SCACCIA, *Maffia. Dalla Russia con ferocia*, Roma.

¹⁸⁷ P. SCACCIA, *Maffia. Dalla Russia con ferocia*, Roma.

¹⁸⁸ TRANSCRIME, *Processi di globalizzazione e criminalità organizzata transazionale*, Relazione presentata al convegno: "La questione criminale nella società globale", Napoli, 10-12 dicembre 1998.

sui cittadini arrestati, avviati con le procure generali dei paesi più sensibili alle attività illecite della criminalità organizzata transnazionale. Questi Memorandum sono stati sottoscritti da numerosi paesi all'interno dei quali ha origine il fenomeno della criminalità organizzata di matrice russa, tra i quali la Russia, Lituania, Estonia, Lettonia, Ucraina, Moldavia, Kazakistan, Uzbekistan, Ungheria e Repubblica Ceca. Accolti positivamente dalle autorità straniere, hanno permesso l'instaurazione di un rapporto personale con le Procure Generali estere.

La creazione dell'organismo di cooperazione intergovernativa che dirige le attività dell'In C.E., l'iniziativa Centro Europea, è composto dai Presidenti dei Parlamenti nazionali di Italia, Austria, Albania, Bielorussia, Bosnia Erzegovina, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Ungheria, Macedonia, Moldavia, Polonia, Romania, Slovenia e Ucraina. Questo organismo ha portato alla creazione di un gruppo di lavoro sulla criminalità organizzata impegnato nelle aree del narcotraffico, dell'immigrazione clandestina e del riciclaggio, e si propone come obiettivo quello di promuovere la coesione degli Stati Membri e di assistere in modo particolare quelli al di fuori dell'Unione Europea, nel loro percorso di consolidamento economico, politico e sociale.

Tuttavia la criminalità organizzata russa rappresenta un fenomeno estremamente diffuso e, nonostante le tendenze più recenti del potere politico volte a risanare questa grave condizione, sussistono ancora gravi lacune che ne ostacolano la lotta. Infatti come ha affermato il giudice Giovanni Falcone nella Conferenza al Bundeskriminalamt, Wiesbaden, nel novembre 1990: «organizzazioni come le Triadi cinesi, la Yakuza giapponese, la criminalità nell'ex Unione Sovietica, cresciuta in termini esponenziali, sono tutte dotate, al pari della mafia, delle loro strutture formali, di grande flessibilità, capaci di convertirsi in tempo straordinariamente breve a qualsiasi tipo di attività illecita. Tutte queste organizzazioni godono di larghe disponibilità finanziarie, fanno ricorso alla violenza e tentano in tutti i modi di garantirsi il controllo della polizia e della magistratura oltre che la connivenza del potere politico».

Per tali motivi sarebbe necessaria una collaborazione giudiziaria internazionale per acquisire informazioni riguardanti i paesi da cui provengono i capitali; l'attribuzione di poteri di controllo alla Banca Centrale sulle transazioni effettuate all'estero; l'obbligo per le banche di acquisire dati realtivi alle persone fisiche e giuridiche che aprono conti correnti in valuta nazionale o estera presso le loro sedi; l'istituzione di un'unità di polizia specializzata nel contrasto dei crimini finanziari e la maggiore assistenza accordata alle istituzioni nel caso di indagini intraprese da autorità giudiziarie straniere; ed infine, oltre all'armonizzazione delle fattispecie giuridiche, il rafforzamento della cooperazione giudiziaria e di polizia, auspicabile tra gli Stati membri dell'Unione con lo sviluppo di strumenti forniti dal Trattato di Lisbona.

Non sono sufficienti cambiamenti nelle politiche criminali per risolvere un problema così complesso, perché tra i fattori che ostacolano maggiormente la lotta alla criminalità organizzata in Russia, riveste un ruolo di grande importanza la corruzione. Per combatterla sarebbe necessario riformare i campi della vita sociale russa, ma come afferma Simon Kordonski, uno dei più famosi sociologi russi: «la corruzione in Russia, è la colla che tiene assieme la società, che collega i gruppi sociali. Bisogna essere cauti nel tentare di sradicarla, si rischia di disarticolare la società».

La lotta alla criminalità organizzata russa è un processo che prevede un percorso molto più complicato rispetto al contrasto di altre forme di criminalità organizzata e sono richieste azioni combinate a livello nazionale, regionale, interregionale, internazionale e transnazionale. Tuttavia bisogna tener presente ciò che affermò il Giudice Giovanni Falcone: «la mafia non è affatto invincibile. È un fatto umano e come tutti i fatti umani ha un inizio, e avrà anche una fine. Piuttosto bisogna rendersi conto che è un fenomeno terribilmente serio, molto grave e che si può vincere non pretendendo eroismi da inermi cittadini, ma impegnando in questa battaglia tutte le forze migliori delle istituzioni».

Le camorre tra esibizione di violenza e occultamento degli affari

MICHELANGELO PASCALI

ABSTRACT

Neapolitan Camorra, especially in city center, has unequivocally shown his presence on the territory which is prominent for the massive use of violence. Furthermore, in recent years, emerged that jointly with the loss of traditional groups, there was a certain increase of violent practices in order to take new areas of interest for Camorra (real or symbolic), and this sometimes happens with new patterns. It is practically due to the new associates, the youngsters, and some of them are definitely willing to cover apical positions.

Besides, in some other areas of our country, where there aren't no relevant events of violence, the Camorra were perceived as being almost entirely absent, sometimes even by the investigative bodies. Having said that, it is relevant deal with the issue of "extraterritorial" infiltration of camorra even under social and economical analysis which must be done together with the study of their detection on site

«Non c'è mai stato onore, non ci sono mai state regole come credevamo noi, solo sangue e tradimenti. Quello che conta è questo: chi comanda e i danari»
(Nicola DeRinaldo, *La vita degli altri*, 2002)

SOMMARIO: 1. Immagine e sostanza delle cosche camorristiche. – 2. Frammentazione e violenza diffusa. Le camorre fra violenza rionale e sconfinamento territoriale (caratteri palesi e reali). – 3. Indice di presenza mafiosa e interpretazioni sulla "Napoli camorrista". – 4. Disparità sostanziale e formale dell'espansione della criminalità organizzata. – 5. Questioni sulla registrazione della presenza mafioso-camorristica in Italia. – 6. "Illeciti tipici" e 'territorialità' dei reati.

1. Quando si parla generalmente di camorra spesso si incorre in due inesattezze concettuali di segno opposto, molte volte compresenti.

La prima rappresentata dall'utilizzo di un'idea della camorra in forma unitaria (storicamente e/o strutturalmente; diacronicamente o sincronicamente), staticamente determinata; la seconda da una rappresentazione del presente camorristico come affetto da inevitabile innovazione (valoriale e organizzativa), se non proprio da assoluta novità.

Entrambe le affermazioni hanno, in misura diversa, qualcosa di condivisibile; molto più di criticabile. Difatti, il consolidato uso in declinazione plurale del termine "camorra"¹ attesta una disomogeneità della compagine criminale, traducibile non solo in mutazioni soggettive temporalmente intese, ma

¹ I. SALES, *Camorra*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, V appendice, Roma, 1991, (*ad vocem*). Peraltro, non è l'unica parola per indicare a Napoli i sistemi malavitosi organizzati. Attualmente è in auge il termine «sistema», ma anche questo

anche nella compresenza – molto raramente pacifica – di soggettività multiple, con una differente storia e con caratteri dissimili, ben visibili nelle pianificazioni strategicamente divergenti. Al più, è possibile esercitare accomunazioni sotto il profilo tipologico e storico (evidenziando, per esempio, le rispettive comunanze che può assumere la camorra “cittadina” o quella “della provincia”; quella ottocentesca² e quella contemporanea *et similia*), senza però che sia consentito supporre che anche questi stessi accostamenti abbiano in loro una ‘granitica’ omogeneità³ ed un’assoluta validità ontologica, assolvendo per lo più a una funzione esemplificativa.

Se è poi vero che continuamente, quasi incessantemente, tutte queste realtà criminali esprimono nuove modalità delinquenziali, ciò non testimonia, di per sé, un sostanziale mutamento di una primigenia e fondante *idea* (o identità) criminale alla base – e, tantomeno, alterazioni etico-qualitative tali da giustificare nette idealizzazioni⁴ – ma soltanto, nella maggior parte dei casi, l’adattamento – spesso precoce, talora tardivo – ai nuovi assetti sociali (ove centrali appaiono le domande provenienti dalla società⁵, il sistema di governo che la regola, i valori che tendono a disciplinarla), oltre che ai meccanismi della vecchia o della nuova economia. Questo, non a caso, dato che tutte le mafie nascono come strumenti per ottenere potere⁶ e danaro⁷ (fattori, questi, il più delle volte intrecciati).

Chiaramente, in tutto ciò, i cambiamenti messi in campo seguono anche il mutamento dello specifico quadro d’insieme dove si inscrivono le medesime organizzazioni criminali (interessate sia dalle ripercussioni delle vicende dell’ordine statale – tanto direttamente tanto indirettamente coinvolgenti – sia da tutto ciò che attiene autonomamente al proprio ri-equilibrio, secondo un’opera permanentemente necessaria e mai realmente conclusiva).

In tutti i casi, se da un lato possiamo scorgere una sempre maggiore raffinatezza nella gestione degli affari economici e finanziari dei clan (anche mediante il coinvolgimento di volta in volta più manifesto, se non superiore, di un’estesa ‘area grigia’) dall’altro, in via sempre più evidente, compare ‘prepotentemente’, sullo sfondo di una società contrassegnata da una considerevole disorganizzazione

non indica un’unità reale quanto piuttosto una unitarietà simbolica entro cui vi sono tanti apparati reali (tant’è vero che si completa la definizione affermando di far riferimento (e anche di appartenere) al «sistema di...»).

² La camorra tardottocentesca e dei primi del Novecento penetrò come argomento di studio anche nell’ambito delle riviste scientifiche (tra cui: C. ABATEMARCO, *La camorra in Napoli*, in *Archivio di psichiatria, antropologia e scienze penali*, 1880, n. 1, pp. 60 ss. e U. FIORE, *La criminalità associata e il fenomeno della camorra*, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 1909, a. 7) a testimonianza (ulteriore) dell’estremo e vario interesse che la circondava; interesse destinato poi a sopirsi per lungo tempo, sia a seguito di mutamenti oggettivi del fenomeno (soprattutto dopo lo svolgimento del maxiprocesso “Cuocolo”) sia per una colpevole sottovalutazione, soprattutto istituzionale, del ridestarsi di dinamiche camorristiche in determinati momenti storici (in cui talora vi era, peraltro, una sorta di “indulgenza”, se non proprio di “favoreggiamento”, nei loro confronti).

³ Vecchie e nuove tecniche così come antichi e innovati modelli possono coesistere e anzi tra loro saldarsi. Le diverse aree di origine e i differenti metodi di interesse, storicamente, possono poi riscontrarsi in sinergica connessione.

⁴ Si veda, per esempio, C. GUARINO, *La camorra*, in AA. Vv., *Napoli dopo un secolo*, Napoli, 1961, pp. 509 ss.

⁵ Si pensi, in proposito, in tema di stupefacenti illeciti, al passaggio dalle mafie “anti-droga” a quelle “pro” (emblematico il mutamento di posizione nella famiglia Giuliano di Forcella in tema di eroina: su cui C. CASTELLANO, *Narcotraffico e camorre: storie e rappresentazioni*, in Id, L. BRANCACCIO (a cura di), *Affari di camorra. Famiglie, imprenditori e gruppi criminali*, Donzelli, Roma, 2015, pp. 130 ss.). Quantunque possano quindi cambiare i costumi – come nel caso qui preso ad esempio – rimane però ferma la caratteristica dell’illecita accumulazione di capitale.

⁶ In determinati casi tipici anche in forma di visibilità sociale.

⁷ E cioè per fare affari. Denaro, in particolare, quelle napoletane.

sociale⁸ – in un nebuloso contesto⁹ dove appare altresì difficile un distinguo netto¹⁰ (soggettivo e oggettivo¹¹) tra bande dedite alla delinquenza comune e gruppi propriamente di camorra¹², in maniera ordinata o disordinata operanti, stante anche una comune cultura di fondo e un ambiente condiviso¹³ – un certo para-gangsterismo camorristico¹⁴ (quantomeno esteriormente) avidissimo e di corto respiro¹⁵, ove la violenza è comune elemento espressivo (e sin qui nulla di nuovo¹⁶) e quasi principale

⁸ Questa la tesi espressa, a proposito degli esiti sociali di un territorio connotato da livelli, per quanto contraddittori, di modernizzazione, in A. BECCHI, *Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia*, Roma, 2000, pp. 123 ss.

⁹ Originalissimo, in quanto la camorra (estesamente parlando) non egemonizza o incorpora tutta la criminalità come invece accade in altri territori mafiosi. E proprio la diffusione di un crimine così diversificato e non controllato genera nella città una maggiore, e indistinta, percezione di vulnerabilità.

¹⁰ M. MINNITI, in Id., F. FEO, P. MARCONI, L. REA, F. ROBERTI, *Forum: l'impresa criminale chiamata "camorra"*, in *Gnosis*, 2007, n. 1, pp. 25 ss., afferma che il rapporto tra criminalità organizzata e criminalità diffusa a Napoli è quello proprio dei vasi comunicanti.

¹¹ Ossia riguardo ai soggetti interessati e alle attività attuate.

¹² Peraltro, va rilevata la difficoltosa e non sempre univoca definizione della stessa «camorra». Ci si riporti, solo, alla posizione espressa in A. LAMBERTI, *Camorra come "metodo" e "sistema"*, in G. Gribaudo (a cura di), *Camorra, mafie e reti internazionali dell'illegalità*, Torino, 2009, pp. 482 ss., secondo cui la «camorristicità» andrebbe distinta dalla semplice criminalità in base all'esistenza di infiltrazioni e collusioni nella pubblica amministrazione e per la compresenza nel sistema impiantato di affari leciti e illeciti; in definitiva, per l'attitudine e la voglia di penetrare (e inquinare) aree di interesse politico-economico-legale. A proposito della parola «mafia», sovente utilizzata in maniera ancor più generica, di termine «polisemico» parla S. LUPO in *Una nuova mafia nella Capitale* (<http://www.eticaeconomia.it/una-nuova-mafia-nella-capitale>), affermando, in ogni modo, che «quello che storicamente fa la differenza tra la mafia e altre forme di criminalità è il più che secolare radicamento in certi territori, la loro vasta legittimazione sociale e culturale. Naturalmente fa la differenza l'esistenza di un'organizzazione capace innanzitutto di erogare violenza come presupposto dell'ingresso in certi mercati dei suoi membri e associati; nonché il ricorso sistematico, su larga scala, alla violenza stessa».

¹³ Inoltre, il ricorso da parte di taluni clan a procedure di esternalizzazione di alcune attività o funzioni criminali (a favore di gruppi autoctoni o stranieri) e a pratiche di deciso decentramento decisionale anche rispetto a decisioni rilevantissime (tra cui l'omicidio, riguardo al quale questione interessante è quella dell'immediata disponibilità penale dei capi per tali atti compiuti "in loro favore"), assieme alla permanenza di gruppi satellitari variamente subordinati a quello principale, rende lo scenario ancor più complesso. Nella *Relazione conclusiva* della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, 2008, pp. 66 ss. (disponibile in <http://www.libera.it/flex/cm/pages/ServeAttachment.php/L/IT/D/D.../pdf>) si riporta, poi, la proposta definitoria di distinguere tra clan "dominanti", clan "straccioni" sottoposti ai primi e clan "autonomi", del tutto indipendenti. Parallelamente, è stato notato come le organizzazioni operanti nelle aree della provincia napoletana a elevata densità delinquenziale abbiano mostrato un'"opacizzazione" del loro carattere mafioso, sintomo di una trasformazione verso forme consortili che cedono a cellule criminali meno strutturate la gestione di attività illecite determinate (*Relazione al Parlamento sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata del Ministero dell'Interno*, 2011, p. 15, leggibile in http://www.interno.gov.it/sites/default/files/relazione_al_parlamento_ps_2011.pdf).

¹⁴ Visibile anche dall'ostinata ostentazione del proprio potere e dei propri affari criminali, senza sensate distinzioni; ostentazione, spesso accompagnata da uno stile modaiolo, da un certo punto di vista più para-guapparistica che camorristica in senso proprio (giacché incompatibile con le tecniche di nascondimento affaristico tanto affinate nella storia criminale organizzata) e diretta figlia – o "nipote" – della società dell'immagine spettacolarizzata (come anche ci testimoniano le sconcertanti e assieme ingenue foto da malviventi televisivi presenti sulle pagine personali dei servizi informatici di rete sociale di molti di questi "piccoli delinquenti").

¹⁵ In qualche modo, attinente alla mentalità – a una certa attitudine specie "sotto-popolare" – del "campare alla giornata". Le infiltrazioni nelle aree politico-amministrativo-affaristiche, inoltre, rimangono patrimonio solo delle organizzazioni più solide (sia per la loro stabilità e "credibilità" sia per la disponibilità a lungo termine di una massa consistente di capitali da utilizzare).

¹⁶ In ciò, è accentuando il carattere della camorra derivante dall'utilizzo della violenza più che come capitale come fattore gestionale: I. SALES, M. RAVVEDUTO, *Le strade della violenza. Malviventi e bande di camorra a Napoli*, L'ancora del Mediterraneo, Napoli, 2006, p. 151.

tratto distintivo della ‘progettualità criminale’, con linee di una qualche originalità, in quanto qualificata e accentuata in forma ferocemente (almeno all’apparenza) gratuita¹⁷ o sovradimensionata¹⁸.

¹⁷Si osserva, quindi, anche in relazione a ciò, una pessima qualità degli affiliati in un insieme densissimo di microcriminalità. All’opposto ‘stilistico’ di questo tipo di violenza possiamo situare i casi di “lupara bianca”, diversamente ma non meno inquietanti, registrati specialmente negli anni passati ma ancora in uso (per esempio, A. CAPEZZUTO, *A Napoli è lupara bianca. Se la camorra adopera le strategie della mafia*, da *il Fatto Quotidiano* del 29 ottobre 2013; F. BOCCHETTI, M. DI CATERINO, *Lupara bianca, la faida porta a Scampia*, da *Il Mattino* del 17 marzo 2014; M. FELLICO, *Giallo alla Ferrovia: trovata auto insanguinata, uomo dei Mallardo vittima di lupara bianca*, da *Il Mattino* del 3 ottobre 2015).

¹⁸Inoltre, qualora i casi omicidiari ricadano all’interno di una programmazione più ponderata, è stato affermato che non è da escludersi che il criterio di riferimento su cui misurare la convenienza effettiva delle azioni sia costituito dalla capacità di reazione del gruppo cui appartiene la vittima piuttosto che dall’ipotetica risposta degli apparati investigativi: cfr. F. BEATRICE, *Gli usi della violenza. Alla radice degli omicidi di camorra*, in L. Brancaccio, C. Castellano (a cura di), *Affari di camorra*, cit., p. 279.

Tale dinamica è stata favorita non solo e tanto da un inedito scenario culturale che ha interessato¹⁹ le nuove leve camorristiche²⁰ (spesso assai giovani²¹, con tutto ciò che tale dato anagrafico comporta²²), ma anche e soprattutto da un versante strettamente materiale²³, formatosi a seguito del disgregarsi di fazioni storiche (o di parti di esse)²⁴, dall'uscita di scena di figure apicali (magari carismatiche) e di

¹⁹Più precisamente, da uno scenario che ha continuato a interessare, dato che da tempo si sta consolidando. Ci si riporti soltanto alle frange criminali definite di recente come “e paranze d'‘e creature”. Il narcisismo classico fondato sull'appartenenza a un'organizzazione (criminale) forte e socialmente riconosciuta si va dunque declinando nell'autocompiacimento di poter costituire (e opporsi a) un'associazione potente e unanimemente rispettata. Ammetterebbero gli stessi componenti di tali gruppi la propria ‘incoscienza’ nella ricorrente espressione con la quale dichiarano di “tenere l'acqua ‘n capa” (cfr. Napoli. L'attore Striano: “Le paranze dei ragazzi? Ammazzano per nulla, ma Saviano sbaglia: diagnosi inutile senza la cura”, da *Il Mattino* del 12 settembre 2015). Per R. SAVIANO, *La paranza dei bambini nella guerra di Napoli*, da *la Repubblica* dell'8 settembre 2015, invece, nelle azioni di queste paranze non vi sarebbe (sempre) esercizio di violenza gratuita, ma più sfoggio calcolato di forza (e le “scese”, ossia le corse in gruppo su motomezzi sparando all'impazzata, servirebbero appunto per raggiungere il rispetto dell'ambiente criminale senza troppe azioni truculente e soprattutto rischiose). Tuttavia, emblematicamente, se sono vere le notizie riportate sul ferimento di passanti al puro scopo di provare le armi (D. DEL PORTO, *L'ascesa della “paranza dei bimbi”, quelle giovani vite condannate alla violenza*, da *la Repubblica* del 10 giugno 2015), la ponderazione della brutalità non sarebbe soggetta ad alcun criterio di umanità. Anche nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2013 – 30 giugno 2014*, p. 88, leggibile in <https://www.camera.it/temiap/2015/03/04/OCD177-1033.pdf>, si fa menzione di «killer giovanissimi che si caratterizzano per la particolare ferocia che esprimono ed agiscono al di fuori di ogni regola», nonché di «quadri dirigenti che fino a pochi anni fa non erano in prima linea».

²⁰In realtà, un certo sottoproletariato giovanile (prima “plebaglia”), nella storia della camorra, ha sempre costituito, grazie anche all'altissima densità demografica di Napoli, esercito criminale di riserva ampiamente desideroso di acquisire ricchezza e prestigio sociale immettendosi nelle consorterie camorriste, da cui continuamente si è attinto per creare e ricreare forza nelle organizzazioni. La novità, in tempi relativamente recenti, risiede nella voglia dei soggetti sempre più giovani di inserirsi al sommo vertice di esordienti e anche di consolidati clan in tempi rapidissimi. Qui pare trovare una singolare espressione la voglia tipicamente adolescenziale di avere “tutto e subito”.

²¹Si faccia riferimento alle cosiddette *baby-gang*, tra effettività ed esagerazioni giornalistiche, appartenenti, comunque, a generazioni, di pasoliniana memoria, sempre più vacue e consumistiche. Peraltro, il modello del capocamorrista di area metropolitana continua a essere quello dell'agiatezza e del consumo vistosi (manifestati in via diretta e indiretta), che, nella povertà di valori e nell'appiattimento dei modelli di comportamento, si indirizza verso un'accentuazione di tratti di assoluta banalità. Va notato, in ogni caso, che così come soggetti sempre più giovani aspirano a entrare violentemente nell'organigramma camorristico si va sempre più abbassando l'età delle vittime di omicidi di camorra. Su una ricerca che testimonia la persistenza del problema dell'immissione di soggetti minori nelle dinamiche camorristiche: F. SCLAFANI, *Delinquenza giovanile in Campania: il coinvolgimento del minorenni nella criminalità organizzata. Profili di politica criminale. Indagine sui minorenni giudicati per associazione di tipo mafioso dai competenti tribunali di Napoli e di Salerno (1983-1991)*, Boccia, Fuorni (Sa), 1992. «La presenza di una dilagante devianza minorile, dovuta a una persistente difficoltà di collocazione nel mondo lavorativo, con conseguente tendenza per i minori ad essere inseriti nei circuiti criminogeni» è citata anche nella *Relazione sulla prima fase dei lavori della Commissione, con particolare riguardo al condizionamento delle mafie sull'economia, sulla società e sulle istituzioni del Mezzogiorno* redatta nel 2012 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 49 (leggibile in http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceeesti/023/009_RS/00000004.pdf). Per una testimonianza sull'attenzione teatrale, di più di un secolo fa, sui ragazzi di strada, (potenziali) future reclute della malavita organizzata napoletana, P. SABBATINO, *Roberto Bracco e Salvatore Di Giacomo: Dalla camorra in scena alla scena della camorra*, in *Forum Italicum*, 2014, vol. 48, pp. 33 ss.

²²Per esempio, come già rilevato, il modello dell'occultazione dei propri atti cede dinanzi a quello della (sovra)esposizione della propria immagine, realizzata anche attraverso gli strumenti forniti dai *social network*, giacché i giovani di queste nuove bande armate camorristiche «intuiscono come tutti i giovani della loro generazione quanto conti autorappresentarsi come vincenti di successo agli occhi della loro gente» (L. VICINANZA, *Fermate le bande dei giovani killer*, da *L'Espresso* del 17 marzo 2016). Per un efficace sguardo su (parte de) l'estetica di questi gruppi, si rinvia al servizio fotografico di Mario Spada ospitato in tale numero del settimanale.

²³(La risposta a tale cambiamento può essere anch'essa letta, in qualche modo, come espressione dell'estrema duttilità della camorra napoletana).

²⁴Nella *Relazione semestrale del Ministro dell'interno al Parlamento sull'attività svolta e risultati conseguiti dalla D.I.A. del I semestre 2013*, p. 2176 (http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceeesti/038/002v03/00000036.pdf) si rileva tanto

quadri organizzativi a seguito di loro eliminazione fisica o invalidazione (per lo meno temporanea o parziale) per effetto della repressione giudiziaria attuata²⁵.

In quest'ottica, gli atti di violenza esercitati da questi nuovi 'gruppi', il più delle volte neppure ben strutturati, sono visti (a ragione o a torto), in una situazione clanistica dove comunque da molto tempo domina un modello organizzativo di tipo orizzontale²⁶, con piani spesso ancorati al conseguimento di obiettivi immediati²⁷ e relativi ad affari 'poco raffinati'²⁸, e con insiemi coagulati attorno a scopi predeterminati in forma di *ad hoc* *crazia*²⁹, come il mezzo più adatto per partecipare all'*escalation* del potere delinquenziale³⁰, palesando una propria forza e producendo nel magma della camorra napoletana notevoli, ulteriori effetti deflagrativi³¹.

la parcellizzazione territoriale dei clan camorristici quanto l'incrinamento dei gruppi provinciali vesuviani e sud-costieri, tradizionalmente solidi, a causa di scissione interna originata dall'indebolimento di storiche figure direttive, non più in grado di svolgere una funzione aggregante.

²⁵I gruppi criminali campani che si sono confermati più solidi (come quello dei Casalesi, analizzati nella summenzionata *Relazione semestrale del Ministro dell'interno al Parlamento sull'attività svolta e risultati conseguiti dalla D.I.A. del I semestre 2013*, p. 2197) sono proprio quelli che, dinanzi alla repressione giudiziaria, sono riusciti a conservare una forte coesione interna e una efficace capacità intimidatoria verso l'esterno, mediante l'adozione di una strategia pacifica di spartizione degli affari congiunta a una capacità di rigenerarsi con l'arruolamento di nuove leve, spesso discendenti diretti dei boss, cosa che ha consentito di non arretrare (troppo) dalle posizioni di predominio già acquisite. Non a caso, queste conformazioni, dai segni proteiformi, prediligono un atteggiamento di "basso profilo" (*Relazione al Parlamento sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata del Ministero dell'Interno*, 2012, p. 16, leggibile in http://www.interno.gov.it/sites/default/files/relazione_al_parlamento_2012.pdf).

²⁶*Relazione sulla prima fase dei lavori della Commissione, con particolare riguardo al condizionamento delle mafie sull'economia, sulla società e sulle istituzioni del Mezzogiorno*, cit., p. 49.

²⁷Già la camorra, comunque, di per sé, si caratterizza per essere finalizzata all'ascesa sociale (individuale e clanistica, non già propriamente collettiva) mediante lo strumento dell'esercizio sistematico della violenza. Nei casi su in considerazione la violenza sovente è diretta verso l'interno stesso della 'struttura' e assume una qualificazione quasi "esaustiva".

²⁸Escludenti, quindi, affari complessi, come quelli relativi all'area (di interesse tradizionale per le mafie) degli appalti pubblici. Le paranze dei giovanissimi sarebbero inoltre poco interessati al riciclaggio dei proventi illeciti e poco o nulla compromessi con la politica: E. FITTIPALDI, *Sparanapoli*, da *l'Espresso* del 17 marzo 2016.

Proprio la mancanza di tali interessi e rapporti li renderebbe meno interessati al perseguimento e mantenimento di una *pax mafiosa*.

²⁹R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto. Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 321.

³⁰Naturalmente, occorre un sensibile crivello di discernimento che scrimini il nuovo dal vecchio modo di manifestarsi del fenomeno, perché il 'nuovo' richiama il tradizionale tema, ampiamente e accuratamente già visto nella letteratura criminalistica, tra nuove leve e criminalità organizzata. La mutazione sembra essere nell'*omissio medio* progressivo tra formazione e dominio, in favore di una sostanziale velocissima coincidenza, senza graduale sviluppo, tra ricambio generazionale e dominio criminale del territorio. Per cui occorre valorizzare le forme e i modi della mutazione stessa, su cui non c'è ancora una fisionomia e tradizione nette (per la coincidenza attuale tra l'essere e il divenire sociale).

³¹(Ove inserirsi).

2. Si continua così a registrare, specialmente in ambito cittadino³², una forte frammentarietà e quasi “precarizzazione” dei gruppi camorristici (benché va tenuta presente la persistenza e la solidità spaziotemporalmente di alcuni clan familiari³³, con linee di continuità quasi sorprendenti³⁴ per la modernità³⁵, soprattutto all’interno di quello che è stato definito un modello reticolare criminale³⁶), assieme però alla salda permanenza di caratteri che comunque qualificano la specificità del fenomeno di riferimento: la violenza, innanzitutto, agita o minacciata, come componente basilare del *modus operandi*³⁷, l’attecchimento spaziale (a prescindere dall’ampiezza del territorio di riferimento), in foggia variamente ramificata e articolata, come assieme obiettivo e presupposto dell’*iter* di costruzione dell’identità deviante organizzata.

Tuttavia, va rimarcato che nella relazione fra violenza esercitata ed effettivo radicamento territoriale questi due elementi non sono sempre legati da un rapporto direttamente proporzionale ma, anzi, possono subire una correlazione inversa (come ci confermano alcuni recenti episodi³⁸). In questo senso,

³² Si tenga anche presente che pure le strategie di depatrimonializzazione delle consorterie illecite devono necessariamente essere tarate sulle rilevate diversità operativo-territoriali (sul tema, per esempio, C. IASEVOLI, *Appunti per un progetto di contrasto alla criminalità organizzata*, Arti grafiche napoletane, Napoli, 2007).

³³ G. GRIBAUDI, *Donne, uomini, famiglie*, L’ancora del Mediterraneo, Napoli, 1999. Alcune conformazioni appaiono pertanto quasi assumere le forme e richiamare la natura di *gentes scelestae*.

³⁴ Inoltre, da un certo punto di vista, la trasmissione, la conservazione e il mantenimento per linea ereditaria del potere camorristico contrasta con alcuni elementi fondativi di tutte le mafie, basate, all’inverso, su una “fratellanza di sangue”, «tipica delle società che non accettano più il potere derivante dall’ereditarietà ma dal sangue, cioè dal proprio valore» (I. SALES, *Le mafie come metodo e modello*, in *Limes*, 2014, n. 11, pp. 111 ss.; estratto leggibile in http://www.repubblica.it/cronaca/2014/11/18/news/le_mafie_come_metodo_e_modello-100843672/).

³⁵ Posto che i clan camorristici, tradizionalmente, si aggregano attorno al prestigio individuale-familiare delle (carismatiche) figure *leader*, si registra, in questi casi, la capacità di mantenere stabile tale bene sociale. Inoltre, la coesione interna delle famiglie su cui i gruppi si fondano, oltre ad un’accorta politica di coerente espansione mediante nuove acquisizioni per via matrimoniale, contribuisce a evitare la disgregazione dei clan.

³⁶ Nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2011 – 30 giugno 2012*, p. 70 (leggibile in http://www.avvisopubblico.it/home/wp-content/uploads/2014/05/DNA_Dicembre-20121.pdf) si afferma che proprio la criminalità camorristica «sembra meglio adattarsi a moduli operativi di tipo reticolare, in grado di plasmarsi sulle forme della *liquida* società contemporanea». Indubbiamente, la reticolarità favorisce la sopravvivenza e rende più intricata l’opera di individuazione e classificazione di uomini, affari e ruoli.

³⁷ Elemento, questo, sempre presente, a prescindere dalle specificità della singola fase storica e dalle ‘trasformazioni’ che possono riguardare il presente camorristico. Non va tuttavia ritenuto che questo rivesta sempre una posizione prevalente o centrale nelle dinamiche mafiose: cfr., sul punto, R. SCIARRONE, *All’ombra delle mafie. L’area grigia di cosa nostra, ’ndrangheta e camorra*, in *Il Mulino*, 2011, n. 3, pp. 397 ss.

³⁸ Nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, p. 92, disponibile in [http://www.regione.lazio.it/binary/rl_osservatorio_legalita_sicurezza/tbl_evidenza/Relazione_Annuale_DNA_2013_1_](http://www.regione.lazio.it/binary/rl_osservatorio_legalita_sicurezza/tbl_evidenza/Relazione_Annuale_DNA_2013_1_.pdf).

pdf, si afferma esplicitamente che «l’esercizio della violenza è inversamente proporzionale alla solidità del patrimonio d’intimidazione». Ivi (p. 91) si precisa, altresì, la differenza tra intimidazione (finalizzata all’egemonia) e asservimento (come risultato solo eventuale di tale azione) della compagine socio-istituzionale. Un rapporto di diretta proporzione tra assenza di atti eclatanti e presenza di un potere malavitoso riconosciuto è messa in luce pure in *Temo chi uccide. Ma anche chi sta zitto. Colloquio con Catello Maresca*, da *l’Espresso* del 17 marzo 2016.

sembra che la città subisca una ‘generale’ sottoposizione al potere camorristico³⁹ – inteso, per l’ap-punto, senza specificazioni⁴⁰ –, che fa sì che questa sia avvertita, e in qualche modo sostanzialmente sia, ‘incontrollata’ (e ‘incontrollabile’), benché il singolo (a volte micro) territorio di riferimento non sia, in effetti, capillarmente sotto il dominio consolidato del clan⁴¹ (o del nuovo sedicente clan)⁴² responsabile delle singole esplosioni di violenza⁴³. (Le quali, peraltro, proprio poiché racchiudono un carattere ‘azzardato’⁴⁴, ‘impudente’⁴⁵ e talora prevalentemente a-strategico⁴⁶, nonché organigrammaticamente confuso, possono – paradossalmente, per certi versi⁴⁷ – dare luogo a conseguenze per la gente comune anche più terrorizzanti rispetto agli effetti delle guerre di camorra di altro tipo e di livello superiore⁴⁸, come pure sono in grado di risultare di più difficile previsione – e repressione –

³⁹Ciò in parte confermato anche dai riscontri sulla forte percezione dei rischi derivanti dalla presenza della delinquenza da parte dei residenti nell’area napoletana. Ci si riferisca, per esempio, ai dati Istat menzionati in P. PELUSO, *Criminalità organizzata e globalizzazione: il fenomeno Camorra*, in *Rivista italiana di conflittologia*, 2008, n. 5, p. 67. Si tenga conto, in proposito, degli intrecci, percepiti e reali, tra criminalità comune e criminalità organizzata.

⁴⁰La medesima considerazione va fatta per la tendenziale onnipervasività della camorra nelle attività economiche (tesi espressa in F. IADELUCA, *La Criminalità organizzata in Italia e la camorra in Campania*, Roma, 2008).

⁴¹Ampiezza del territorio sotto il giogo camorristico, frammentazione delle relative organizzazioni e fluidità delle azioni criminali programmate e compiute sono gli elementi messi in luce nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2013 – 30 giugno 2014*, cit., 86.

⁴²Ci si riferisca alla pratica dello spaccio “in appalto” in situazioni conflittuali e alla delega della gestione delle stesse situazioni conflittuali.

⁴³Il quale, comunque, si avvantaggia della congiuntura generale.

⁴⁴Sulla “frenesia pistolera” di questa masnada di scugnizzi cresciuti troppo in fretta, «dal cognome importante e l’ambizione smisurata», che fanno propri stereotipi criminali visti nei film e nelle serie televisive ma sono privi di una vera mentalità mafiosa, G. TIZIAN, *Napoli e quei baby camorristi senza futuro*, in <http://espresso.repubblica.it/attualita/2014/09/12/news/napoli-quei-baby-camorristi-senza-futuro-1.179994>.

⁴⁵Parrebbe proprio, comunque, che si uccide con più facilità, sia rispetto agli obiettivi (anche un bersaglio sbagliato va bene, purché l’ucciso in qualche modo appartenga alla sfera familiare o affettiva del nemico: E. FITTIPALDI, *Sparanapoli*, cit.) che alle modalità («Oggi non si va più a chiedere al boss del quartiere il permesso di uccidere qualcuno; si va, si spara e basta. Ma oggi ti uccidono anche se hai un orologio “Rolex”. [...] Quando devono sparare a qualcuno litigano per decidere chi deve andare: “Vado io”, “No, vado io”, eccetera. Fanno discussioni fra loro perché si mettono davanti tutti. Dieci di loro! [...] Questo non per i soldi, ma per vantarsi, per far vedere che non hanno paura di niente e che fanno quello che vogliono. [...] Per questi bimbi non vale nemmeno mille euro la vita di una persona, niente proprio, zero!»; «Al ragazzino si mette una pistola in mano e si dice: “Uccidi questo, uccidi quello”. Questo ragazzino non pensa agli equilibri, o razionalizza un omicidio. [...] Una cosa è avere a che fare con una persona adulta che, sebbene ha una *forma mentis* criminale, ha comunque una razionalità sua, mentre questi, non avendo raggiunto una maturità mentale, sono più efferati.»: così due testimoni intervistati in *Napoli. La paranza dei bambini* di Duccio Giordano, visibile in <http://video.espresso.repubblica.it/tutti-i-video/esclusivo-uccidono-per-duemila-euro/7939/8002>). In queste dichiarazioni si mette in luce anche la rilevanza della partecipazione femminile giovanile: «Hanno delle mogli, ragazzine pure loro, che li aiutano ad individuare dove sono gli obiettivi: siccome sono donne non creano sospetti, fanno finta di essere in giro perché devono comprare qualcosa, si guardano attorno e dicono loro dove è il nemico che vogliono uccidere o sparare nelle gambe» (ivi).

⁴⁶Rispetto – sia chiaro – a un punto di vista globale e lungimirante. *Amplius infra*.

⁴⁷E a prescindere dall’aumento o dalla diminuzione del numero effettivo di uccisioni e ferimenti messi in atto. In altri termini, non sempre la preoccupazione collettiva coincide con il momento in cui questi atti registrano reali picchi di crescita (la causa dell’espansione del senso dell’insicurezza non va sempre rintracciata nell’ampliamento effettivo di ciò che preoccupa, potendo ben avere altre origini; in questo caso, anche relativamente alla percezione della protezione data o ad altri fattori che incidono sul proprio equilibrio di vita). Per una nota polemica in merito, E. PUGLIESE, *Napoli dietro la città illegale*, in *Il Mulino. Rivista mensile di cultura e di politica*, 2007, p. 106.

⁴⁸Si ricordi, tuttavia, l’imputazione a carico dei componenti della cosca capeggiata da Giuseppe Setola per associazione di tipo mafioso, *con finalità terroristiche*, giacché, attuando essi il metodo camorristico, ingeneravano panico e terrore nella collettività casertana realizzando azioni stragiste e omicidi vari (un compendio delle relative vicende repressive può leggersi nella *Sintesi dell’azione di contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso maggio – 15 novembre*

da parte delle agenzie investigative e punitive, impossibilitate, per di più, a definire risolutivamente lo schema vigente delle alleanze e delle rivalità⁴⁹).

Gli assetti organizzativi complessi e variegati propri di molte configurazioni camorristiche, non riducibili alla ‘classica’⁵⁰ forma piramidale ma accostabili più a uno schema policentrico⁵¹, oltre che non rigidamente statuiti da un punto di vista temporale, giacché ontologicamente fluidi e in trasformazione continua⁵² per la nota instabilità (anarcoide) delle cosche soprattutto metropolitane⁵³ (fatto, questo, assai nocivo per la complessiva tenuta dell’ordine pubblico), possono pertanto giudicarsi – in un quadro contraddistinto da una elevatissima densità criminale e conseguente spietata selezione⁵⁴ ambientale⁵⁵ – segno non di perfezione ma di debolezza specificamente riguardo all’affidabilità dei numerosi soggetti che gravitano attorno all’organizzazione⁵⁶ e che sovente concorrono, apertamente o sotterraneamente⁵⁷, alla sua disgregazione⁵⁸. Il ristretto orizzonte temporale preso in considerazione

2008 del Ministero dell’Interno, scaricabile in http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/15/0162_Activita_di_contrasto_maggio_novembre_2008.pdf, p. 10).

⁴⁹Ad esempio, nell’ordinanza di custodia cautelare emessa l’11 ottobre 2011 nei confronti di De Falco Impero + altri, il precedente giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli definisce la situazione in cui le indagini si sono dovute muovere come un «vero rompicapo, in cui destreggiarsi pare davvero arduo».

⁵⁰Una forma, peraltro, ordinariamente presa a modello ideale delle conformazioni mafiose (e nelle strategie legali di contrasto) a prescindere dalla sua esatta corrispondenza reale.

⁵¹La camorra, dunque, può essere intesa quale policentrica in sé (in senso lato, però, giacché manca comunque un’unitarietà di fondo), composta da più unità, le quali a loro volta possono eleggere un modello organizzativo multicentrico.

⁵²Si è affermato che la storia della camorra consisterebbe nella «storia della genesi dei gruppi di camorra»: L. BRANCACCIO, *Mercati violenti e gruppi di camorra*, in Id, C. Castellano (a cura di), *Affari di camorra*, cit., 6.

⁵³Sull’estrema mutevolezza della mappatura degli schieramenti camorristici istituzionalmente evidenziata, F. FEO, *Uomini e affari di camorra*, Sintesi, Napoli, 1989, p. 24. Un progetto di utilizzare il sistema informatico per indicare i luoghi di presenza dei clan con contenuti interattivi è in *La mappa della camorra in Campania*, da https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=zI_6TPrWBv00.k-UvEUgwIeDM&hl=en_US.

⁵⁴Tuttavia, all’opposto, la differenziazione dei livelli di aggregazione criminale avrebbe costituito un’“arena” caratterizzata da un ideale facile inserimento (G. DI GENNARO, *Realtà e rappresentazione delle estorsioni in Campania*, cit., 80).

⁵⁵Che genererebbe la necessità della capacità di adattarsi strategicamente all’ambiente, stanti potenti dinamiche competitive e (conseguenti) fortissimi meccanismi selettivi. Adottando una prospettiva di analisi di tipo relazionale sulla camorra si evidenzerebbero conformazioni prevalentemente “policentriche” (per un esempio analitico, svolto attraverso l’impiego delle tecniche della *social network analysis*, A. SCAGLIONE, *Reti mafiose. Cosa Nostra e Camorra: organizzazioni criminali a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011, specie p. 215). Il policentrismo, in ogni modo, sarebbe stato più funzionale a conformazioni come l’Alleanza di Secondigliano di fine anni ’90, caratterizzate da un potere diffuso.

⁵⁶Questa frequente assenza di reale compartecipazione e solidarietà fra affiliati, così poco, in questo, “uomini d’onore”, di consueto più interessati a lucrare sul gruppo mediante ogni azione proditoria che a difendere gli interessi sovra-individuali dell’organismo (e ci si riferisca, come ulteriore comprova, pure alla dilagante pratica della “collaborazione” con la giustizia), disconosce la rivendicazione antica della camorra di presentarsi quale sorta di “massoneria violenta della plebe” (su cui, cfr. I. SALES, *La mafia come metodo e modello*, cit., p. 112).

⁵⁷ Mediante, cioè, l’aperta opposizione pure violenta o la defezione a favore di un altro gruppo esistente o nascente o il tradimento esplicito anche in forma di collaborazione con gli apparati giudiziari (nell’interesse solo proprio o anche di altri). Si noti che sulla scelta di un’eventuale (quasi sempre interessato) ausilio alla giustizia pesa pure la variabile dell’assenza o della presenza di una “cura economica del clan”: (a prescindere da circostanze ove vi sia un annichilamento violentissimo della pratica della dissociazione) in alcuni casi, allorché è stata garantita piena assistenza economica a tutti gli associati e, soprattutto, ai soggetti detenuti e alle loro famiglie, nessun aderente ha mai intrapreso un rapporto di collaborazione e il clan ha dunque conservato una sua compattezza, al contrario di ciò che è accaduto nel momento in cui vi è stato un progressivo inaridirsi dei canali di sostentamento economico principalmente delle famiglie dei detenuti (cfr. *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., p. 99 e p. 716). Ciò fa echeggiare la questione di quanto occorre per delinquere e quanto per non farlo...

⁵⁸ Chiaramente, al di là delle dinamiche di conquista (interna) del potere, un gruppo può sfaldarsi quando le risorse a disposizione, frutto dei proventi delle attività illecite, non siano più sufficienti alla gestione ordinaria della struttura. Ciò può avvenire come contraccolpo di azioni esterne (repressive, legislative, come nel caso di legalizzazione di attività prima

da coloro che si collocano in seno alle associazioni mafiose partenopee – concepito ed elaborato anche all'interno di una visione fatalistica della propria esistenza –, in uno alla presenza di meccanismi selettivi di affiliazione individuale davvero blandi⁵⁹, si riversa nella determinazione decisamente incerta e provvisoria dei raggruppamenti. Non a caso, può in proposito parlarsi – per certi versi, beninteso – di “criminalità disorganizzata”⁶⁰, benché la percezione di una presenza intensa e ferma di una soggettività criminale (per quanto pluricomposita od organicamente indefinita) finisce con il condizionare plurimi aspetti della vita civile.

Tuttavia, va tenuto in conto che se da un lato la disaggregazione rende i clan più sottoposti alle azioni di contrasto (anche per la diffusa pratica di segnalazioni da parte degli stessi gruppi rivali), dall'altro il loro carattere diffuso e multicentrico, e la forte autonomia esterna che accompagna la pluralità di realtà criminali esistenti, può giovare a una maggiore flessibilità nelle pratiche criminose⁶¹ e permette la continua ri-costituzione (per opera) di nuovi soggetti allorché quelli vecchi siano finiti impigliati nelle maglie repressive. Inoltre, il rifacimento incessante di siffatti gruppi è testimonianza della vitalità ed effervescenza della scena criminale napoletana, che produce una perdurante proliferazione di quadri direttivi in grado di orientare strategie criminose pure dall'interno dei luoghi di carcerazione, come risulterebbe anche dall'ampio ricorso al regime di carcerazione dura *ex 41 bis* della legge sull'ordinamento penitenziario fatto dalla Direzione distrettuale antimafia di Napoli⁶² (applicato, peraltro, pure a «giovani, ma assai temibili, dirigenti dei gruppi criminali dell'area metropolitana, promotori di strategie criminose sanguinosissime»⁶³).

In ogni modo, l'attuale esistenza di molteplici focolai di violenze originatisi tutti per la conquista di un ruolo affermato nel panorama camorristico, alcuni dei quali di segno “compulsivo”⁶⁴, s'inserisce in questo insieme⁶⁵.

illegali, e via dicendo) o anche come effetto di un'errata politica “imprenditoriale” (per un'eccessiva espansione territoriale, l'investimento su attività che si rivelano non sufficientemente lucrose, eccetera). Tuttavia, anche la moltiplicazione delle risorse può destabilizzare gli equilibri, scatenando nuovi appetiti.

⁵⁹ A. LA SPINA, *La sociologia del fenomeno mafioso dopo il 2006*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2009, n. 2, 303.

⁶⁰ Cfr. E. U. SAVONA, *Le organizzazioni criminali in Europa viste dall'esperienza italiana*, in G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappicelli, Torino, 2010, 34.

⁶¹ Per esempio, con effetti significativi nell'individuazione dei settori ove investire il proprio patrimonio relazionale (*Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., p. 89). La flessibilità strutturale come dato caratteristico della camorra è individuato anche nella citata *Relazione al Parlamento sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata del Ministero dell'Interno* del 2011, 15.

⁶² *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., 718.

Per inciso, si noti anche che, a volte, a seguito della carcerazione massiccia di esponenti di clan o di loro capi, anche sottoposti a regimi speciali di detenzione, si sono incrementate, pure rispetto al loro valore, le richieste estorsive a danno del territorio, proprio per far fronte alle nuove spese, dirette e indirette, nascenti (cfr., per esempio, *ivi*, p. 97).

⁶³ *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2013 – 30 giugno 2014*, cit., 600.

⁶⁴ Cfr. *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., 88.

⁶⁵ Gli omicidi e gli agguati sono indicati come la manifestazione più lampante degli ampi sommovimenti presenti negli assetti criminali camorristici nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla*

Anche la violenza, dunque, può prendere forme diverse (cosa che non comporta, comunque, di per sé, una variazione valutativa delle dinamiche poste in essere) ed essere accompagnata da conseguenze differenti.

Sebbene sia assodabile la scarsa efficienza delle istituzioni a proposito di una prevenzione puntuale e specifica di tali atti violenti⁶⁶ (malgrado la conoscenza approfondita del contesto criminale ove questi s'immettono e anche degli affiliati che lo compongono)⁶⁷, a queste stesse istituzioni è sempre domandata una (utopicamente tranquillizzante) risposta solerte all'indomani di ogni evento del genere (capace di confermare l'"avvio" di un efficace programma anticamorristico), tanto che questo tipo di violenza è considerato sempre più un'eclatante espressione e una limpida conferma della presenza della criminalità organizzata⁶⁸.

Nondimeno, detti episodi delittuosi, congiunti ad altre condotte tipiche (*in primis*, all'estorsione) danno non solo giusta (ed evidente) riprova dell'esistenza della camorra sul territorio, ma, di converso, paiono essere stati in passato – e, in parte, continuare a essere⁶⁹ – se non l'unico il principale metro di misurazione dell'esistenza di compagini mafiose. Difatti, sullo sfondo delle disarticolazioni in corso, gli avvenimenti sanguinosi (e quanto più sanguinosi sono), oltre a essere ripetutamente percepiti come manifestarsi di un'"emergenza" camorristica, sono persino capaci di orientare la pubblica opinione – e talora i mezzi immediati di contrasto – sui loro luoghi di manifestazione, visti finanche come epicentro dell'intero fenomeno camorristico⁷⁰.

Il rischio che ciò comporta è, ovviamente, quello della sottovalutazione di quanto accade in altri ambiti (sia nel senso di disconoscere il germinare *in loco* di organizzazioni autoctone e originarie qualificabili socio-giuridicamente in termini mafiosi sia nel senso, che a noi qui interessa forse maggiormente, di sottovalutare, alle volte, fasi dell'espansione organizzativa – e squisitamente economica – delle camorre 'oltreconfine' o tralasciare, del tutto, casi interessati dalla riproposizione e dalla trasmissione inedita del metodo camorristico su un fondale originale).

Fra l'altro, anche rispetto a ciascun territorio interessato, va detto che proprio allorché avviene un profondo inserimento della criminalità organizzata in un tessuto economico e sociale può risultare

Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2013 – 30 giugno 2014, cit., p. 81.

⁶⁶ Si parla peraltro di una «ragionevole convinzione di non essere immediatamente individuati» presente nell'animo degli affiliati che compiono anche reati di sangue nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2011 – 30 giugno 2012*, cit., p. 83 (corsivo nostro).

⁶⁷ Si veda, ad esempio, A. LAMBERTI, *Prefazione* a F. Feo, *Uomini e affari di camorra*, cit., pp. 12 ss.

⁶⁸ «I gravi episodi delittuosi registrati in Campania nel semestre in esame costituiscono un'eclatante espressione della presenza della criminalità organizzata» (*Relazione delle Direzione investigativa antimafia sull'attività svolta e sui risultati conseguiti del II semestre 2004*, p. 31 (leggibile in http://www1.interno.gov.it/dip_ps/dia/semestrals/sem/2005/2sem2005.pdf).

⁶⁹ Si veda, nondimeno, l'interessante eccezione rappresentata da quanto ipotizzato dall'inchiesta denominata "Mondo di mezzo" o, secondo una denominazione più famosa, "Mafia capitale", rispetto alla quale, comunque, non possono escludersi in premessa elementi di problematicità.

⁷⁰ Cfr. *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., p. 88.

più difficile la medesima individuazione della sua presenza⁷¹. La *mimetività* – ovvero sia la capacità di mescolarsi con la società civile e con il mondo imprenditoriale sino ad apparentemente ‘svanire’ – è, invero, accanto alla *politicità* – ossia all’idoneità a intrecciare forti rapporti collusivi con settori dell’economia legale e istituzionale – oltre che alla *territorialità*, uno dei caratteri tipici dell’agire mafioso⁷².

È d’altronde noto che proprio il connubio tra radicamento regionale e proiezione internazionale⁷³ costituirebbe uno dei dati salienti della camorra⁷⁴; per cui non solo a quel che (truolentemente, vistosamente) accade nel rione ci si può e ci si deve limitare⁷⁵. La stessa natura di alcuni affari criminali caratteristicamente praticati dalle organizzazioni di camorra⁷⁶, poi, abbisogna ineluttabilmente di programmi che possano trascendere del tutto da ristretti localismi così come di soggetti che sappiano svolgere un ruolo di coordinamento, di garanzia e di cerniera tra varie componenti economiche e sociali a un livello quantomeno nazionale⁷⁷.

In più, l’evidenza campana della diffusione della criminalità, oltre a includere anche gli atti di micro-criminalità (spesso con-fusi con gli interessi camorristici), è attinente pure ad altre gravi fattispecie di reato che, pur avendo rilevanza ultraregionale, hanno spiegato i loro effetti soprattutto in Campania (emblematico, in proposito, il caso della gestione illecita dei rifiuti, altro delitto tipico delle camorre⁷⁸), contribuendo a rafforzare l’immagine di un territorio privilegiato, più di altri, per quel che attiene a (la repressione de) gli affari mafiosi⁷⁹.

⁷¹ Si veda, a proposito della penetrazione campana, sulla base delle dimensioni assunte, dell’estensione della presa esercitata sulle attività economiche e del potenziale di delegittimazione delle istituzioni, A. LAMBERTI, *La Camorra: materiali per una analisi sociologica*, in *Osservatorio sulla Camorra*, 1993, n. 1.

⁷² *Relazione al Parlamento sull’attività delle forze di polizia, sullo stato dell’ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata del Ministero dell’Interno*, 2011, cit., 11.

⁷³ Su cui vedasi, esemplificativamente, la *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., pp. 712 ss., e la *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2013 – 30 giugno 2014*, cit., 596 ss.

⁷⁴ Dunque, proiezioni internazionali ma basi salde nei territori concreterebbero perfino la sua essenza per I. SALES, *La vita dei magliari camorristi gentili*, da *Il Mattino* del 28 maggio 2015.

⁷⁵ Non a caso, tutte le più recenti efficaci strategie investigative in materia si muovono in un’ottica – con competenze e con collegamenti di tipo – transregionale e transnazionale.

⁷⁶ Si pensi solo alla materia degli appalti. *Amplius*, M. PASCALI, *Camorra, economia e società. Ontologia dei sistemi criminali e delle ingerenze illecite nell’area dei pubblici appalti*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁷⁷ *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2011 – 30 giugno 2012*, cit., p. 73.

⁷⁸ In questo settore vi è stata, da parte della camorra, «una sorta di progressione criminosa nel senso che, da una attività meramente predatoria analoga a quella esercitata dalle organizzazioni medesime nei vari settori economici si è passati ad una infiltrazione nella stessa gestione imprenditoriale nel settore dei rifiuti, creando rapporti di complicità e connivenza con imprenditori del settore» e di parte «di quei settori della politica aventi un ruolo decisionale nella gestione del ciclo dei rifiuti». Ciò si è risolto con la «messa a disposizione del territorio campano quale sito di destinazione dei rifiuti tossicologici prodotti in varie zone d’Italia, sicché la Campania ha finito con l’essere disseminata di discariche abusive» (Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti, *Relazione territoriale sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti nella regione Campania*, 2013, 15, leggibile in <https://www.senato.it/serve/PDF/PDFServer/BGT/698083.pdf>). Peraltro, molti di questi sversamenti hanno riguardato proprio quelle aree agricole di “polpa” (secondo la terminologia proposta da Manlio Rossi Doria), andando a produrre un danno specifico gravissimo.

⁷⁹ Anche rispetto all’infiltrazione nel settore degli appalti pubblici – pur esso tema classico del coinvolgimento camorristico – si sono, quantomeno in passato, visti i suoi nefasti effetti specialmente nei territori meridionali, sia per contingenze

3. In ogni caso, lo stesso “indice di mafiosità”⁸⁰, che mira a «misurare la presenza delle organizzazioni mafiose sul territorio nazionale»⁸¹, è del resto costruito *in primis* sui suddetti elementi. Tra i dati dalla cui combinazione l’indice si trae sono, infatti, da subito annoverati quelli relativi agli omicidi e ai tentati omicidi⁸², cui vanno aggiunti quelli riguardanti i comuni e le pubbliche amministrazioni sciolti per infiltrazione mafiosa, quelli concernenti le persone denunciate⁸³ per associazione mafiosa (e qui bisognerebbe tenere in considerazione sia la loro residenza che il loro ambito effettivo di attività⁸⁴), quelli inerenti ai beni confiscati alla criminalità organizzata (riguardo ai quali andrebbe tenuta in considerazione sia l’attribuibilità effettiva e formale degli stessi sia la loro collocazione, verificando a tal proposito anche il grado ‘volontario’ di permeabilità mafiosa dei “nuovi territori”) e, infine, quelli attinenti ai gruppi attivi sul territorio riportati nelle periodiche relazioni della Direzione nazionale antimafia e della Direzione investigativa antimafia (ciò, con il pericolo di muoversi in parte tautologicamente, andando a disconoscere ulteriormente rappresentazioni proprie del crimine organizzato in considerazione, nell’ipotesi di gruppi non tradizionali o non conosciuti).

Comunque, da quanto riportato, l’indice della presenza mafiosa in Campania e nella provincia di Napoli si attesta formalmente su risultati allarmanti. La Campania è, infatti, registrata come la regione con il valore aggregato maggiore e Napoli è la provincia con i valori massimi in Italia⁸⁵.

Dinanzi a un tale tratteggio bisogna allora chiedersi se, veramente, sia per certi versi comprensibile che si arrivi a parlare della camorra come elemento addirittura *costitutivo* della città⁸⁶ (senza, peraltro, nessun distinguo sul piano spaziale e temporale).

Tuttavia, una cosa è discorrere di presenza stabile e riconosciuta nella comunità di dinamiche e gruppi camorristici (circoscrivendo, naturalmente, il tempo e lo spazio in cui si manifestano), altro è arrischiarsi in una siffatta affermazione (secondo un errore terminologico⁸⁷ o concettuale?) che lascia *stricto sensu* intendere che la sostanza (l’anima quasi) della città stessa – socialmente, economicamente, culturalmente, politicamente... – sia impastata e fondata proprio sulla camorra. Senza, con

storiche (per esempio, relativamente ai grossi e sostanzialmente incontrollati finanziamenti concessi in fasi emergenziali) sia per un’incapacità dell’amministrazione pubblica (tante volte più che collusa) a garantire, comunque, una qualche riuscita dei progetti.

⁸⁰ O, più precisamente, “indice di presenza mafiosa”.

⁸¹ *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., p. 89.

⁸² Quantunque in mancanza d’indicazione esplicita, nella relazione sunnominata riteniamo che siano ovviamente conteggiati solo quelli di (chiara o accertata) matrice camorristica.

⁸³ Dato, questo, che, per rispetto del principio di non colpevolezza sino a pronuncia definitiva, deve considerarsi provvisorio. Similmente per quanto riguarda i numeri relativi ai provvedimenti ablativi temporanei sui beni.

⁸⁴ Oltre che l’origine dell’ufficio di Procura procedente.

⁸⁵ *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., p. 89.

⁸⁶ Ci si riferisca alle dichiarazioni della presidente della Commissione parlamentare antimafia Rosy Bindi (*Napoli, Rosy Bindi: “La camorra è un dato costitutivo della città”*, in http://www.huffingtonpost.it/2015/09/15/bindi-camorra-napoli_n_8138712.html) e a quelle del procuratore nazionale antimafia Franco Roberti (*Camorra, Roberti: “Anche per me è dato costitutivo di Napoli”*, da *la Repubblica*, edizione napoletana, del 16 settembre 2015).

⁸⁷ Tra l’altro, sarebbe stato comunque preferibile qualificarla come *un* elemento costitutivo della città e, forse, in questo senso, anche dell’Italia stessa. In verità, la camorra è dato presente e certamente influente sulla storia della città (in determinati momenti e ambiti) ma non può essere elevato a principio fondante.

questo, voler negare la valenza (parzialmente) performativa delle compagini camorristiche nei costumi e nella vita del territorio e men che mai minimizzarne l'aspetto quantitativo, va detto che una metropoli così ampia, antica, complessa e stratificata vede innumerevoli elementi stridenti rispetto a una simile asserzione⁸⁸, che non possono che far considerare questi fenomeni criminali come una relativa contingenza e, come tale, (potenzialmente) destinata alla fine⁸⁹.

Peraltro, secondo il parere di uno dei massimi rappresentanti delle forze di controllo e di opposizione al crimine organizzato sul territorio una presenza così diffusa (e comunque innegabile) di fenomeni criminali non sarebbe ascrivibile, nemmeno parzialmente, all'“assenza dello Stato” (e arrivare a tale conclusione costituirebbe argomento «offensivo, fuorviante e approssimativo come diagnosi e come prognosi»)⁹⁰. Tuttavia, alquanto lapalissianamente, se le camorre seguitano così tanto, e così tanto evidentemente, l'esercizio delle loro attività lo Stato qualche mancanza deve pure averla (a monte o a valle che sia, nella rimozione di ostacoli – culturali, ambientali, lavoristici, legislativi e via dicendo – per lo sviluppo di pratiche di legalità e lo scoraggiamento di percorsi illeciti o anche nella semplice repressione delle pratiche illegali). Altrimenti, ponendo pure come premessa la sopraddetta ‘endemicità’ della camorra campana, dovremmo forse individuare alla base una sorta di astratta e astorica responsabilità *naturale* (oltre che, così, si rischierebbe col dover, in definitiva, riconoscere la compresenza *inevitabile* delle organizzazioni criminali⁹¹).

In verità, entrambe queste dichiarazioni sono da raffrontare con il dato sulle cesure storiche della camorra dinanzi a mutati orizzonti politico-economici e a specifiche azioni di contrasto⁹² e, alla luce di ciò, non possono che essere, se non in tutto, in parte, smentite.

Ciò, senza rischiare di cadere in un'opposta ma non meno fallace tendenza di considerare codesti problemi criminali come “eccezionalità sociali” (se non proprio “storico-sociali”) da affrontare mediante “eccezionalità normative”⁹³ (sempre pronte, poi, a leggere le “emergenze sociali” come pure “emergenze delinquenziali”). Viceversa, non può essere scerverata la storia della camorra – rispetto alla quale andrebbero distinte genesi e proliferazione⁹⁴ (ed evoluzione) – senza riferirsi al suo inserirsi

⁸⁸Cfr.: «Le strade dei millenni sono tortuose, e chi le vuole conoscere deve consultare diverse mappe. Chi poi cerca di renderle obbligatoriamente diritte finisce per elaborare dei romanzi storici che non aiutano per nulla alla conoscenza dell'oggi (né tanto meno del passato)» (S. LUPU, *Usi e abusi del passato. Le radici dell'Italia di Putnam*, in *Meridiana*, 1993, n. 18, p. 161).

⁸⁹ Peraltro, anche autorevoli suoi conoscitori e antagonisti hanno definito la mafia una “cosa umana”, storica e, in base a ciò, non ‘eterna’. Precisamente: «la mafia è un fenomeno umano e come tutti i fenomeni umani ha un principio, una sua evoluzione e avrà quindi anche una fine» (G. FALCONE, M. PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, Bur, Milano, 1991).

⁹⁰ Così il questore di Napoli Guido Marino nell'intervista del 22 settembre 2015 ascoltabile in <http://audio.radio24.ilsole24ore.com/.../settimanali/Tue08.mp3>. Si rilevi anche che una certa responsabilità l'intervistato l'ha attribuita piuttosto a certi programmi televisivi e cinematografici... (affermando anche che «certi programmi tv sono offensivi oltre che scarsamente o per niente rappresentativi della realtà che vorrebbero rappresentare»).

L'esorcizzazione delle mafie come fenomeno esterno da sé (innanzitutto culturalmente) e dalle proprie responsabilità (politico-amministrativa) è, d'altro canto, tendenza radicata. Per un esempio sul pregiudizio anti-spagnolo quale chiave di lettura della genesi camorrista: P. NAPPI, *Il mito delle origini spagnole della camorra tra letteratura e storia*, in *Zibaldone. Estudios Italianos*, 2014, n. 3, pp. 98 ss.

⁹¹ (Se lo Stato già fa tutto, cosa si potrebbe fare ancora...?).

⁹² In merito, può vedersi M. MARMO, *La camorra e lo Stato liberale*, in F. Barbagallo (a cura di), *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, Napoli, Liguori, 1988, pp. 13 ss., nonché P. MONZINI, *Gruppi criminali a Napoli e a Marsigli. La delinquenza organizzata nella storia delle due città (1820-1990)*, Donzelli, Roma, 1999, pp. 5 ss.

⁹³ Le cui concretizzazioni sono individuabili già nella legge 15 agosto 1863, n. 1409 (pensata per debellare mali da “province infette”) e nella legge 17 maggio 1866, n. 2907 (emanata per “provvedere alla sicurezza interna dello Stato”).

⁹⁴ (Anche in questo il rito può essere più funzionale alla seconda che alla prima).

nelle dinamiche di riproduzione sociale e territoriale⁹⁵, ai cambiamenti della società che la rigenera e l'alimenta⁹⁶.

Qui, inoltre, continua la saldatura tra “sistema illegale privato” e “sistema illegale pubblico” in tema di spartizione delle risorse della spesa pubblica⁹⁷. Ma tale ‘modello’ sembra aver da tempo valicato i ristretti confini⁹⁸ di alcune analisi classiche.

4. In merito, va fatta una precisazione quantitativa rispetto alla considerazione dei dati riguardanti l'estensione delle attività di natura camorristica⁹⁹ sul territorio (almeno) nazionale.

Esemplificativamente, in alcuni regioni¹⁰⁰ viene ancora quasi del tutto esclusa¹⁰¹ la presenza di infiltrazioni mafiose, soprattutto in base a quanto emerge dalla registrazione, prima di tutto investigativa e giudiziaria, dei riguardanti dati, anche in virtù delle modalità con cui tali annotazioni sono redatte (nonché in relazione alla inadeguata circolazione e all'utilizzo solo limitato delle concernenti notizie). Sebbene nel succitato indice di presenza mafiosa siano presenti parametri che permettono di evidenziare (seppure in via comparativamente inferiore) l'esistenza di dinamiche criminali di questa specie pure in zone non tradizionalmente note¹⁰², anche in quanto non coinvolte in (continui) spargimenti di sangue¹⁰³, nondimeno la mancata propagazione di certe informazioni e la non condivisione di alcuni dati specifici gioca, tuttora, in favore di una certa elusione del problema¹⁰⁴, che si risolve, pure, nella non promozione di rimedi e, più in generale, di una cultura di prevenzione e di assistenza antimafia

⁹⁵ L. D'ALESSANDRO, *Città e criminalità: il commercio come chiave interpretativa*, in G. Gribaudo (a cura di), *Traffici criminali. Camorra, mafie e reti internazionali dell'illegalità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 437.

⁹⁶ A. LAMBERTI, *Prefazione*, cit., p. 10.

⁹⁷ Modello perfezionato dalle vicende conseguenti al terremoto dell'80. Si veda pure, in merito, E. CALABRIA, A. D'AMBROSIO, P. RUGGIERO, *Biùtiful cauntri*, Rizzoli, Milano, 2008, p. 22.

⁹⁸ Evidentemente, anche strettamente geografici: cfr. F. VARESE, *Mafie in movimento*, Einaudi, Torino, 2011, nonché N. dalla Chiesa, *Le mafie al nord: la fine dei luoghi comuni*, in *Narcomafie*, 2011, n. 12, pp. 102 ss.

⁹⁹ (E non solo).

¹⁰⁰ Per esempio, indicazioni in tal senso vengono fuori dal lavoro di tesi di laurea svolto nell'anno accademico 2014-2015 da Luca Vitiello presso l'Università degli Studi di Trieste, Facoltà di Scienze politiche, corso di laurea magistrale in “Scienze del governo e politiche pubbliche”, avente a oggetto *L'influenza della criminalità organizzata e in particolare della camorra campana negli appalti pubblici e nell'economia legale ed illegale italiana e mondiale*, specie nel capitolo *Nel Friuli Venezia Giulia la criminalità organizzata esiste?* (nel corso del quale sono intercorsi con lo scrivente scambi di informazioni e pareri).

¹⁰¹ Si noti che ciò è affermato anche nelle *Relazioni sull'amministrazione della giustizia* redatte dai Presidenti di alcune Corti di Appello.

¹⁰² Anche solo in quanto individuate quali zone di riciclaggio e di reinvestimento di proventi illeciti (o anche di transito di faccende criminali).

¹⁰³ Incidentalmente, andrebbe poi anche ripensata la qualificazione di autonomia o derivazione dei sodalizi, soprattutto alla luce di alcuni elementi per certi versi nuovi (si pensi solo, ancora, alla già citata nota inchiesta ri-denominata “Mafia capitale”, benché bisognerà aspettare gli esiti processuali conclusivi per la tenuta o la caduta di quest'originale ipotesi incriminante ex art. 416 bis c.p.).

Ciò ci riporta, correlativamente, anche alla discussione dottrinale penalistica sulla problematicità della previsione codicistica rispetto agli esatti confini che definirebbero la mafiosità di un'associazione (per due soli esempi: S. Seminara, *Gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 416 bis c.p.*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1998, n. 1, pp. 314 ss.; A. Balsamo, S. Recchione, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, 2013, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1381757435BALSAMO-RECCHIONE%202013a.pdf>).

¹⁰⁴ ...e della compresenza di dati (anche statistici) contrastanti.

(a favore di una rappresentazione, anche grafica¹⁰⁵, dove affiorerebbe una abissale disparità fra i territori italiani¹⁰⁶).

Nel dettaglio, tenendo presente che molte inchieste antimafia continuano a derivare quasi esclusivamente da impulsi di uffici di Procura meridionali, il punto principalmente problematico è dato dall'impossibilità di attenersi esclusivamente al luogo dove è effettuata l'iscrizione delle notizie di reato (e riferirsi conseguentemente ai fascicoli aperti nelle singole Procure) per verificare la consistenza di fenomeni necessariamente o eventualmente transregionali, se non transnazionali¹⁰⁷. Esemplicativamente, non tutte le inchieste promosse dalle Procure campane, e iscritte nei relativi registri, riguarderanno notizie di realtà attinenti *soltanto* alla regione Campania. Di conseguenza, potremo non avere perfetta coincidenza tra luogo di iscrizione del reato e consistenza territoriale di un fenomeno criminale. Dato che nei casi qui ipotizzati si può parlare (generalizzando) di competenza concorrente¹⁰⁸, questa dunque riguarderà, nella maggioranza degli episodi in oggetto, la sede dove è effettuata la prima iscrizione¹⁰⁹: se è vero che appare più frequente che si parta dalla conoscenza di un'entità criminosa locale nei suoi territori per poi giungere ai suoi ambiti esterni di interesse, è anche possibile – e niente affatto infrequente – il contrario: la Procura dove il fatto criminoso è compiuto o dove i suoi effetti, anche economici, si sono spiegati può agire “a ritroso”¹¹⁰ (altrimenti non potremmo mai arginare fenomeni criminali esteri che toccano il nostro Paese!¹¹¹), anche perché pure solo in un secondo momento può apparire chiaramente la vera natura od origine del fenomeno.

Chiaramente, ma questa è un'osservazione concreta e contingente, la maggiore o minore competenza degli organi inquirenti, e la maggiore o minore dimestichezza con alcuni mezzi investigativi (o anche una diversa ‘sensibilità’ di fondo), può portare in certe condizioni a un'attenzione diseguale sui fenomeni criminali organizzati in forma mafiosa (e anche a sopravvalutazioni o sottovalutazioni degli stessi).

¹⁰⁵ (Pur formalmente corretta).

¹⁰⁶ Per una registrazione dell'espansione degli interessi mafiosi in Italia, ove tuttavia permangono fortissime differenze territoriali, ci si può riferire alla mappatura geografica dell'economia mafiosa elaborata nella ricerca *Gli investimenti delle mafie*, effettuata dal Centro interuniversitario di ricerca sulla criminalità transnazionale “Transcrime” (scaricabile da <http://www.investimentioc.it/>). Le *Relazioni* annuali della Direzione nazionale antimafia tendono, poi, a confermare sostanzialmente (seppur non in modo temporalmente costante) l'assenza di una radicata presenza delle mafie in molti territori italiani, benché non sottacciano su pericoli esistenti e segnali preoccupanti colti.

¹⁰⁷ A testimonianza della complessità delle indagini e delle competenze necessarie in materia, si ricordi che la transnazionalità del reato è evidenziata, dall'art. 3 della legge 16 marzo 2006, n. 146, di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001, qualora questo sia commesso in più di uno Stato ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato. Sui problemi tecnico-operativi (non ultimo, legislativi), come nel caso del *jurisdiction hopping*, sul contrasto alle forme di crimine internazionale e transnazionale, G. C. CASELLI, *Gli strumenti internazionali nella lotta al crimine organizzato*, in S. Morabito (a cura di), *Mafia, 'ndrangheta, camorra nelle trame del potere parallelo*, Roma, 2005, pp. 148 ss..

¹⁰⁸ In ogni modo, tale questione sulla competenza è specifica e richiede risposte certe, tutte in ogni caso perfettamente individuabili.

¹⁰⁹ O dove sia aperto un fascicolo principale ove possono confluire (già in fase di indagine) casi di reato relativi a distretti diversi.

¹¹⁰ Non dovendo, così, ‘attendere’ che in altra sede ci si attivi.

¹¹¹ Viceversa, vige il principio di massima attrattività del nostro sistema punitivo penale.

Altrettanto chiaro è che la (positiva) formale costituzione di apparati specializzati avverso queste realtà mafioso-camorristiche complica la linearità del quadro su descritto. Tuttavia, non si deve pensare che vi siano ‘sguarniture sistemiche’ e territori sprovvisti di una Direzione distrettuale antimafia, prevista, viceversa, per ciascuna Corte di appello¹¹².

Altro elemento da avere peraltro in considerazione è dato dal carattere segreto delle indagini penali in via di svolgimento (sino almeno all’avviso di conclusione delle stesse *ex art. 415 bis c.p.p.*): non è detto che a nessuna notizia corrisponda realmente un dato negativo¹¹³. Così come non è detto – come già sopraccennato – che una ipotetica imputazione collimi con un effettivo accertamento di reato e di colpevolezza. Tuttavia, i vari rapporti antimafia comprendono, in effetti, dati provenienti dalle indagini e soprattutto dai procedimenti penali¹¹⁴ in corso¹¹⁵.

5. Il problema, sostanziale, riguarda perciò la (possibile o effettiva) raccolta dei dati e, conseguentemente, il rigore e l’efficienza delle informazioni circolanti (da cui il “senso comune” della questione) e, ancora, i provvedimenti eventualmente adottati in base a quelli che possono risultare dati parziali o erronei. E’ innanzitutto un problema di ricerca e una questione per certi versi *ex post* e non intrinseca: il problema non è dato tanto dal criterio, ma dal non farne riferimento e trarre gli adeguati rimedi allorquando si formano e analizzano i dati¹¹⁶. Nella lettura ricostruttiva *de qua*, l’assenza di iscrizione per reati associativi a stampo mafioso in alcuni territori (dove dinamiche di tal guisa sono invece più che vigenti) non è quindi inevitabile: dipende puramente dall’assenza – eventuale – *in loco* di indagini che hanno portato a rilievi pertinenti in tal senso o dal mancato riscontro e utilizzo di dati provenienti da analoghe indagini compiute all’esterno. Culturalmente, poi, può esservi anche, in tutto ciò, una certa attitudine a considerare talune manifestazioni criminose come “accidentali” o “periferiche” rispetto a quello che è ritenuto il cuore organizzativo e costitutivo delle camorre (limitatamente preoccupanti, poi, almeno finché una compagine non assuma un carattere di originarietà e autonomia), secondo una tesi per certi aspetti contrastante con il loro suaccennato carattere policentrico.

Bisogna però dire che alcuni elementi su cui soffermarsi per avere riprove effettive sul punto non possono non esserci¹¹⁷: ci si potrebbe riferire, solo per fare un esempio, alle misure cautelari personali o reali penalmente emesse in ciascun territorio, così come alle misure di prevenzione amministrative sia di carattere personale sia di carattere patrimoniale (ovviamente che rientrino nella cornice di riferimento) ivi presenti. Dati che le emanazioni locali del Ministero degli Interni come pure le relative forze di contrasto non possono non conoscere. Non a caso, comunque, nel prefato indice compaiono

¹¹² Sicché ciascuna Procura interessata non dovrà necessariamente “spedire gli atti al Sud”.

¹¹³ Non va poi tralasciato, chiaramente, che per i procedimenti in corso va da sé che sia rispettata, sino a sentenza passata in giudicato, la presunzione di innocenza.

¹¹⁴ Si sia o no passati alla fase processuale.

¹¹⁵ Andrebbe poi effettuato un riscontro tra la loro promozione e la loro conclusione.

¹¹⁶ Potrebbe essere, in proposito, interessante la declinazione del tutto quale questione amministrativa. Tuttavia, s’insiste, è in questo senso un problema che ci ritroviamo, in tale forma, a valle (e non già a monte della previsione legislativa). Infine, l’assenza di trasparenza pare derivante per lo più da un’assenza di dati, piuttosto che dall’opacità delle informazioni fornite (criterio propriamente opposto) e quindi, in qualche modo, può intendersi come problema di “trasparenza impropria” o “improprio di trasparenza”. Va perfezionato, per alcuni versi, un impianto (anche operativo) fondato sulla circolarità di informazioni, su banche date idonee e aggiornate, eccetera. Ma già dai provvedimenti cautelari di cui abbiamo parlato riscontriamo elementi su cui orientare i singoli *iter* amministrativi.

¹¹⁷ (Anche se non è detto che sia sempre facile trovarli).

come elemento di misurazione i beni sottoposti a confisca in quanto attribuibili alle criminalità organizzate¹¹⁸.

A questo punto, legittimo interrogarsi sull'effettiva e sulla complessiva rispondenza al reale di alcuni numeri e indici di rilevazione del fenomeno mafioso in Italia. Se è stato giustamente stigmatizzato nei processi di mafia l'appiattimento giudiziario sul vetusto paradigma culturalista – in un momento in cui si catalogano l'allignamento e la diffusione di fenomeni “mafiosi” ben differenti da quelli tradizionali, anche nei loro caratteri costitutivi, fondati più che su una capacità di assoggettamento violento e omertoso di uno o più territori¹¹⁹ sulla predisposizione e sull'utilizzo “professionale”¹²⁰ di un'ampia sfera di relazioni fiduciarie con soggetti sociali aventi ruoli diversi (molti dei quali inquadrabili in raggruppamenti con una forte apparenza di legalità) ma tutti legati da vincoli di cointeresanza; relazioni a-classiche¹²¹, volte al perseguimento di affari illeciti soprattutto in una forma imprenditoriale¹²² –, anche più grave è se il misconoscimento o il disconoscimento, diretto o indiretto che sia, dei dati sulla persistenza criminale in veste organizzata dipenda da questioni meramente “tecnico-burocratiche”.

L'insidia presente, ordunque, è data dal fatto che i parametri per caratterizzare principalmente le attività camorristiche (a più livelli utilizzati, tanto più in ambienti non specialistici) possano continuare a muoversi – giustamente, ma insufficientemente – secondo schemi (divenuti) classici, con risultati limitanti rispetto alla complessità del reale.

¹¹⁸ Quantunque andrebbero inseriti, per coerenza con il quadro (provvisorio) di fondo, anche i beni sottoposti a sequestro (nei suoi vari tipi), che possono o non possono (in quanto negata o in virtù di diversa procedura) concludersi con una confisca.

¹¹⁹ In particolare, la capacità intimidatrice derivante dal vincolo associativo e la conseguente condizione di assoggettamento e di omertà prodotta nel territorio appaiono gli elementi in base ai quali sembra effettivamente costruita la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 *bis* c.p. Nondimeno, il richiamo alla radicata “mafiosità culturale” del territorio – predisposto ad accogliere ‘armonicamente’ (subendole e/o avvantaggiandosene) le dinamiche tradizionali dei clan – sembra talora costituire il criterio principe per rilevare la presenza o l'assenza di associazioni riconducibili al summenzionato paradigma punitivo (ciò, magari, anche in base a un qualche disvalore nella considerazione di alcuni tipi di vittime, dal comportamento difforme rispetto a un *astratto* modello di integerrimità). A prescindere dal pericolo di aprioristicità di tale approccio interpretativo, va comunque rilevato che, mutando la tipicità degli atti di riferimento, dovranno mutare anche i termini di raffronto per qualificare le attitudini dei territori presi in considerazione. In altri termini, potremo riscontrare reati-fine più conformi (culturalmente) a un'area piuttosto che a un'altra, ferma però restando la presenza e la centralità del reato-mezzo.

¹²⁰ Sulla mafia come casta di “professionisti”, M. SANTORO, *La mafia e la protezione*, in *Polis*, 1995, n. 2, p. 289: «Il professionista, infatti, offre servizi personali, gestisce relazioni umane, si pone *standard* di comportamento, punta alla costituzione di nicchie di mercato, esercita autorità morale».

¹²¹ In queste dinamiche, il perfetto distinguo tra complicità e imposizione, così come tra impresa legale e sistema mafioso è assai più difficile da individuare. L. BRANCACCIO, in *Paese che vai clan che trovi*, in *Limes. Quel che resta dell'Italia*, 2014, n. 11, pp. 136 ss., rilevando che il concetto classico del clan «si diluisce nella liquidità dell'economia reticolare e nella immaterialità dei suoi traffici», indica in proposito due forme idealtipiche nei modelli camorristici, rette rispettivamente dalla “logica del dominio” e dalla “logica degli affari”.

¹²² Su cui, ad esempio, V. MARTONE, *Le camorre “oltreconfine”. Clan, società locale e rappresentazioni pubbliche nel Basso Lazio*, in L. Brancaccio, C. Castellano (a cura di), *Affari di camorra*, cit., pp. 113 ss. Sul “negazionismo” cultural-istituzionale nella qualificazione di atti camorristici in terre “non tradizionali”, *ivi*, pp. 108 ss.

6. In tutti i modi, laddove il territorio di riferimento sia toccato da attività criminose che ricadono classicamente nello schema interpretativo delle mafie, l'opera qualificatoria risulta certamente più agevole, anche per la loro maggiore evidenza e il loro più facile riconoscimento¹²³.

In vero, i reati connessi agli stupefacenti illeciti e i reati estorsivi¹²⁴ risultano quelli quantitativamente più commessi sul territorio napoletano¹²⁵ relativamente alle dinamiche camorristiche (chiaramente, al di là delle fattispecie di stampo associativo¹²⁶ e accanto agli omicidi¹²⁷) e sono sicuramente significativi in quanto (oltre ad attrarre le maggiori risorse a disposizione degli inquirenti¹²⁸) danno precise indicazioni, anche sistematiche, in connessione alle loro specifiche qualità. Se la continuità e la durevolezza delle richieste di "pizzo" – in varia misura e a grado diverso effettuate – indicano la straordinaria permanenza di una attività classica¹²⁹ e storicamente fondativa della camorra stessa¹³⁰, non a caso estesissima in una metropoli (sovraffollata¹³¹) da sempre dedita ai commerci e agli scambi, e anche l'avvenuta penetrazione in un certo tessuto economico-sociale (pure nel relativo orizzonte di

¹²³ Similmente è accaduto per i casi della produzione di merci contraffatte e del contrabbando di tabacchi lavorati, particolarmente visibili sul territorio.

¹²⁴ Questi sovente accompagnati da pratiche usuarie, i cui riflessi appaiono chiaramente (quasi) immediati nell'ambiente.

¹²⁵ Logicamente, restano fuori i casi illeciti non conosciuti, principalmente per la mancata denuncia della vittima del reato (caso frequentissimo per alcune ipotesi tipiche, come per l'estorsione), o per la totale ignoranza della commissione dello stesso (si pensi solo alla frequentemente tardiva e solo eventuale scoperta dei reati ambientali).

¹²⁶ Va da sé, per la loro presenza in premessa (la quale può poi essere formalizzata quale aggravante o come reato autonomo).

¹²⁷ La preminenza quantitativa di tali fattispecie (chiaramente, anche per come registrate) può subire, comprensibilmente, oscillazioni temporali. Mentre nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2012 – 30 giugno 2013*, cit., p. 710, il numero di procedimenti noti per imputazioni connesse all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, risultava maggiore rispetto a quelli aperti per ipotesi *ex art.* 575 c.p., nella *Relazione* dell'anno successivo, p. 594, il dato era invertito. Si noti, comunque, che il rapporto tra numero degli imputati dei rispettivi procedimenti non corrisponde necessariamente (per molte ragioni, che vanno dall'individuazione dei presunti responsabili al grado diverso di concorso di persone nel reato) al rapporto numerico fra questi procedimenti.

¹²⁸ Questi, oggettivamente oberati da un gran mole di lavoro, possono cedere a tendenze deflative improprie, rappresentate da un'estrema facilità nell'archiviazione per alcune fattispecie, nella non celerità delle procedure apprestate per illeciti anche gravi, rispetto ai quali magari sono pure inutilmente sollecitati atti istruttori, *et similia*. Anche il nuovo mezzo di estinzione del reato per tenue entità del fatto commesso si muove, in fin dei conti, meramente nella direzione di alleggerire il carico di lavoro dei Tribunali, piuttosto che perseguire i fini di giustizia (peraltro, 'inquinando', per certi versi, benché non formalmente, il principio di obbligatorietà dell'azione penale).

¹²⁹ In qualche modo, nelle sue caratteristiche (dalle quali può trarsi la conferma dell'assenza di programmazione criminale di più ampio respiro), derivante anche dalla disorganicità dei gruppi camorristici (emblematicamente evidente nei casi in cui vengono approntate più richieste estorsive verso uno stesso soggetto da parte più gruppi).

¹³⁰ In merito, G. DI GENNARO, *Realtà e rappresentazione delle estorsioni in Campania. Un'analisi del fenomeno alla luce della trasformazione della camorra e della percezione di diversi attori*, in Id., A. LA SPINA (a cura di), *I costi dell'illegalità. Camorra ed estorsioni in Campania*, Bologna, 2010, p. 73, nonché Id., *Estorsioni e usura: l'impatto distorsivo delle attività illegali dei clan di camorra sull'economia regionale campana*, in *Rassegna economica*, 2013, n. 1, pp. 109 ss. Per un solo esempio storico di un caso estorsivo, M. Marmo, *L'onore dei violenti, l'onore delle vittime. Un'estorsione camorrista del 1862 a Napoli*, in G. Fiume (a cura di), *Onore e storia nelle società mediterranee*, La Luna, Palermo, 1989, pp. 181 ss.

¹³¹ Proprio il sovraffollamento è stato individuato quale causa del frazionamento delle attività economiche e così di una certa debolezza finanziaria del territorio, per questo più esposto al rischio di infiltrazioni camorristiche (*Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2009 – 30 giugno 2010*, p. 65, leggibile in <http://www.stampoantimafioso.it/wp-content/uploads/2014/08/Relazione-DNA-2009-20101.pdf>). Certamente, il gran numero di persone e (di conseguenti) attività economiche e scambi porta alla moltiplicazione di occasioni di (micro)lucro parassitario.

pensiero) delle organizzazioni criminali, nel traffico e nello smercio illegale di droga ci si trova innanzi all'espansione amplissima di un'attività ben diversificata (anche nei vari ruoli organizzativi e "lavorativi"), egualmente favorita dalla vocazione 'mercantile' della città¹³², dove vi è un'immediata coscienza esterna del suo disvalore e se ne premettono, soprattutto in determinate aree, implicazioni sistemico-camorristiche¹³³.

Tuttavia, fermo il valore oggettivo di tali riscontri (soprattutto se scevri da esplicazioni aprioristiche), atti antiggiuridici meno palesemente mafiosi, come – emblematicamente – quelli attinenti al settore finanziario, possibilmente prevalenti in altri luoghi, ma comunque interpretabili come uno dei tasselli fisiologicamente presenti nel percorrimto camorristico, rischiano di restare, in una certa misura, senza un adeguato inquadramento¹³⁴. Logicamente, l'"immaterializzazione"¹³⁵ del crimine¹³⁶ giova al suo abissamento; la sua emersione, nondimeno, andrebbe favorita¹³⁷ e diretta tenendo in considerazione la sua 'naturale' forma mafiosa¹³⁸, all'interno di un'opera di perfezionamento¹³⁹ della ricon-

¹³² In qualche modo, i gruppi gestiscono i mercati e creano mercati. Proprio dall'esperienza della gestione può nascere la tendenza alla creazione.

¹³³ Si confronti l'ipotizzabilità di una specie di "aggravante territoriale". Sempre più, difatti, giudiziariamente, in alcune situazioni, si premette coscienza e volontà di contribuire a un sodalizio camorristico, anche se il comportamento posto in essere si immette marginalmente e in modo del tutto subordinato e disorganico in una struttura camorristica e pure nel caso in cui a un clan, senza nessun altro rapporto di solidarietà o di comando, si paghi una tassazione per poter svolgere una propria illecita faccenda (come costituire una propria piazza di spaccio); tutto ciò, basandosi (plausibilmente dinanzi a una qualche inadeguatezza dei reati previsti) su un criterio (funzionalistico) del favorire direttamente o indirettamente, attraverso una propria condotta volontaria *primaria*, un gruppo di camorra (criterio, questo, che – se dilatato – andrebbe paradossalmente a ricomprendere anche molte vittime di reati). Sullo sfondo, avendo la fattispecie attribuito alla dimensione sociale un ruolo interpretativo della struttura associativa mafiosa (S. D'ALFONSO, *Professioni liberali e area grigia. Per un'antimafia degli ordini professionali*, in L. Brancaccio, C. Castellano, a cura di, *Affari di camorra*, cit., p. 231), vi è già il rischio che venga sanzionata la mera adesione dell'agente al contesto sociale cui appartiene (A. CENTONZE, *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013, p. 3). Di converso, proseguendo nell'esempio in commento, un'attività di spaccio di stupefacenti vietata dalla legge, pure se svolta in forma volontaristicamente organizzata e organica, viene abitualmente esclusa da ipotesi associative di tipo mafioso se condotta da soggetti e in contesti estranei a sodalizi tradizionali. Il rischio perdurante, che giudiziariamente ha visto più di un riscontro positivo, è che a una medesima attività illecita possa corrispondere, se svolta in un ambito (socio-territoriale) differente, un diverso inquadramento interpretativo e sanzionatorio e, cosa non meno grave, che la gravità sanzionatoria possa risultare non in rapporto di diretta proporzionalità con l'effettiva gravità della condotta ma sia connessa alla 'preoccupabilità' e alla notorietà criminale dello spazio ove questa si svolge.

¹³⁴ Rileverebbe una precisa volontà, in capo ai clan camorristici, di diffondere atti dall'immediato riconoscimento di antiggiuridicità e dal forte allarme sociale, per distogliere la pubblica attenzione da reati meno plateali ma assai più importanti e lucrativi per le compagini di camorra, G. DI GENNARO, *Mercati illegali e struttura di classe: perché si parla poco di borghesia camorrista?*, in Id. (a cura di), *Dire camorra oggi*, Guida, Napoli, 2009, pp. 134 ss. Ciò, in qualche modo, come alternativa alla tranquillità sotto il versante dell'ordine e della sicurezza pubblici (la cosiddetta *pax mafiosa*) tradizionalmente garantita delle criminalità organizzate nei loro territori di riferimento per evitare reazioni pubbliche, contribuendo a tener (generalmente) celati i propri interessi. Tuttavia, va capito se la scelta di propagare illeciti evidenti è davvero (solo) originale frutto di tale intenzionalità o (anche) esito di una certa caratterizzazione, pure intesa quale sorta di debolezza, dei clan.

¹³⁵ Bisogna, quindi, avere di riferimento l'"altero-territorializzazione" e la "de-territorializzazione" in senso stretto.

¹³⁶ Oltre che la sua "mutazione".

¹³⁷ Sulla necessità di operare sulla (complessa) "zona d'ombra" della criminalità economica organizzata: A. DI NICOLA, *La criminalità economica organizzata: implicazioni di politica penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, pp. 276 ss.

¹³⁸ Pena – ribadiamo – la sottovalutazione dei dati per crimini economici interessanti altre regioni e territori.

¹³⁹ (E di divulgazione).

ducibilità a modelli o a identità criminali di attività economiche apparentemente o anche sostanzialmente prive dei tratti caratteristici – innanzitutto violenti – che a lungo sono stati centrali nella descrizione¹⁴⁰ dei fenomeni camorristico-mafiosi¹⁴¹.

Infine, una riflessione. È stato posto in rilievo, con assoluta chiarezza, che, in taluni ambiti, laddove i sodalizi criminali tradizionali vengono smembrati, altri giungono a colmare i vuoti prodotti¹⁴², in un processo incessante di sostituzione e ricostituzione organizzativa, che non va alla fine a minare la qualificazione delle zone considerate come di permanente interesse e controllo criminale¹⁴³ e che testimonia l'abnorme estensione di un'area sociale di disagio e di (effettiva o potenziale) devianza. Rappresenta un dato ampiamente acquisito che in *habitat* socio-ambientali notevolmente degradati le fasce più deboli della popolazione¹⁴⁴ – adolescenti compresi – sono fortemente sottoposte a un rischio superiore rispetto ad altre parti sociali di divenire preda/complici della criminalità di stampo mafioso¹⁴⁵. In più, alcune attività criminose tipicamente camorristiche si sviluppano e rafforzano maggiormente nei territori particolarmente colpiti da crisi economiche¹⁴⁶, proprio nei momenti nei quali i loro effetti appaiono con preminente intensità.

A fronte di un problema così grave e (pluri)strutturato, derivante anche, indefettibilmente, da profili di natura economica, oltre che di tipo culturale, bisognerebbe riflettere sulle politiche globali – e non già solo di stretta repressione – messe in atto¹⁴⁷.

Si è assistito, per esempio, secondo quanto riportato dal Rapporto Svimez del 2014¹⁴⁸, a un enorme divario tra gli investimenti in opere pubbliche attribuiti al Centro-Nord e al Mezzogiorno (ove quest'ultimo ha visto una loro riduzione progressiva che attualmente è attestata a un quinto dell'entità di quanto erogato vent'anni fa¹⁴⁹), con tutto ciò che questo comporta in termini diretti e indiretti per

¹⁴⁰ *Per incidens*, va notato che un interesse per la materia mafiosa (e per le sue precisazioni e distinzioni) è oramai assai diffuso, come mostra la distribuzione di prodotti che rispondono alle esigenze di sistematizzazione della sua conoscenza, tra cui: M. Mareso, L. Pepino (a cura di), *Nuovo dizionario di mafia e antimafia*, EGA, Torino, 2008; F. Iadaluca (a cura di), *Dizionario delle mafie*, Armando Curcio, Roma, 2013; C. Camarca (a cura di), *Dizionario enciclopedico delle mafie in Italia*, Castelvechchi, Roma, 2013.

¹⁴¹ Spostandosi sul lato delle singole condotte rilevanti, le difficoltà presenti nell'individuare con precisione i confini delle condotte inseribili in ipotesi mafiose risaltano anche dalle problematiche e questioni applicative relative al concorso dell'*extraneus* nel delitto di cui all'art. 416 bis c.p., privo della *affectio societatis* ma (consapevolmente e volontariamente) funzionale al 'sistema'.

Più in generale, sulla delicatissima questione sul superamento dello "schema classico" del diritto penale vigente, in favore di proposte riformulative che si attagliano più efficacemente alla repressione delle forme organizzate di criminalità, B. ROMANO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, in *Diritto penale e processo*, 2013, pp. 1013 ss.

¹⁴² A mo' di esempio, si veda l'espansione menzionata da parte del clan Mazarella a seguito del ridimensionamento di quello dei Sarno nella citata *Relazione semestrale del Ministro dell'interno al Parlamento sull'attività svolta e risultati conseguiti dalla D.I.A. del I semestre 2013*, p. 2184.

¹⁴³ Sotto il profilo della stretta repressione/prevenzione, è necessario, evidentemente, agire su tutti i gruppi, anche 'potenziali'.

¹⁴⁴ «C'è un unico modo, quello che il tuo stato di bisogno, le tue necessità e la tua miseria ti permettono di escogitare» (Giuseppe Patroni Griffi, *In memoria di una signora amica*, 1963).

¹⁴⁵ *Relazione delle Direzione investigativa antimafia sull'attività svolta e sui risultati conseguiti del II semestre 2004*, cit., p. 34.

¹⁴⁶ Cfr. *Relazione semestrale del Ministro dell'interno al Parlamento sull'attività svolta e risultati conseguiti dalla D.I.A. del I semestre 2013*, cit., p. 2175.

¹⁴⁷ Dunque, anche solo l'incessante rigenerazione di gruppi e gruppuscoli criminali fa sì che l'opera di contrasto, se isolata, storicamente rischi di assomigliare all'opera di Sisifo. Per esempio, «i ragazzini che ci sono adesso non sono gli stessi di due mesi fa» (attestazione presente in *Napoli. La paranza dei bambini* di Duccio Giordano, cit.).

¹⁴⁸ Leggibile in http://www.svimez.info/index.php?option=com_content&view=article&id=271&Itemid=127&lang=it.

¹⁴⁹ Secondo una proporzione non assimilabile a quanto previsto per le regioni centro-settentrionali.

lo sviluppo del territorio¹⁵⁰. (Certo, poi, lo spostamento di tali fondi non si è risolto affatto in una loro sottrazione da contaminazioni illecite affaristico-mafiose...¹⁵¹). In più, il taglio agli aiuti alle imprese risulta declinato in chiave quanto mai antisolidaristica: il Sud ha visto un decremento del 80,5%, contro quello del 24,5% del Nord¹⁵². Tutto ciò, armonicamente congiunto a una politica erariale squilibrata¹⁵³, ha contribuito e contribuirà sicuramente a generare quella stigmatizzata “desertificazione sociale”¹⁵⁴ entro cui le camorre – tanto più di “bassa lega” – hanno sempre prosperato e sempre prospereranno.

¹⁵⁰ Fra i tantissimi esempi, di recente, M. ESPOSITO, *Treni, il piano che esclude il Sud: arrivano 9 miliardi ma investimenti al Centro-Nord*, da *Il Mattino* del 15 febbraio 2016, ove si conferma una dinamica già evidenziata in Id., *Investimenti pubblici, il clamoroso caso ferrovie: 98,8% di fondi al Nord. Al Meridione solo le briciole*, in http://www.ilmattino.it/economia/investimenti_nord_ferrovie-662116.html. Correlativamente, sullo stato del servizio ferroviario italiano per i pendolari (anche se la questione succitata riguarda anche altri settori relevantissimi per l'economia, come il traffico merci e quello destinato al turismo): *Ferrovie e pendolari, un'Italia a due velocità*, in <http://www.qualenergia.it/articoli/20160121-Pendolaria-2015-treni-ferrovie-pendolari-regionali-Legambiente> (più approfonditamente: Legambiente, *Rapporto Pendolaria. La situazione e gli scenari del trasporto ferroviario pendolare in Italia*, 2015, leggibile in <http://www.qualenergia.it/sites/default/files/articolo-doc/pendolaria2015finale%281%29.pdf>).

Ancora, A. DEL MONACO, *Fondi Ue, il Sud dimenticato*, in <http://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/home/4660/Fondi-Ue-il-Sud-dimenticato.html>.

¹⁵¹ Per esempio, D. MILOSA, *Expo 2015, Prefetto di Milano: “La mafia partecipa al banchetto”*, da *Il Fatto Quotidiano* del 23 marzo 2014.

¹⁵² Sia chiaro che questo non comporta che tali aiuti e sgravi siano esenti da critiche specifiche, dato che talvolta sono stati utilizzati più come “vantaggi immediati” che all'interno di una reale e sostenibile progettualità aziendale. Inoltre, soprattutto in passato, è capitato che l'apertura di aziende nel Mezzogiorno sia stata meramente strumentale all'accesso a fondi pubblici, ciò attestato anche dalla loro brevissima vita. Anche oggi, nondimeno, si registra ampiamente la pratica “semi-fittizia” di eleggere la sede legale in una regione fiscalmente conveniente.

¹⁵³ Inoltre, «alla riduzione dei trasferimenti dello Stato, arrivata nel Sud al -35,5% dal 2007 al 2013, si è contrapposto, nello stesso periodo, un forte aumento delle entrate tributarie, +35,8%. Nel 2013, in violazione della Costituzione, i trasferimenti erariali risultano maggiori nel Centro-Nord rispetto al Mezzogiorno» (ivi).

¹⁵⁴ Si pensi solo, esemplificativamente, che, relativamente ai finanziamenti di edilizia scolastica, inerenti quindi a un settore centrale per l'ammaestramento culturale e per la formazione al lavoro sui territori, nel 2014 una prima parte dei fondi relativi ha visto riservato al Sud solamente il 5%: <http://www.wired.it/attualita/politica/2014/06/04/finanziamenti-edilizia-scolastica-miur/>.

L'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi. Profili di indeterminatezza

ILARIA MANCINI

ABSTRACT

The object of this essay is the article 3 of the Decree Law no. 158/2012 (so-called "Decreto Balduzzi") drawn up in an attempt to find appropriate solutions to counteract the excessive penalisation of medical conducted that has led to the development of the phenomenon of the so-called "defensive medicine". This rule focuses the solution of the problem on the attempt to limit the possibility of criminal liability of physician only to the hypothesis of heavy negligence and not from criminal liability for slight negligence in cases where has complied with the guidelines and best practices accredited by the scientific community which recognizes the relevance legislation. In particular, this essay points out that the new law isn't not full succeeded in the objective. In fact, the law has raised many questions of interpretation because it is characterised by a high uncertainty and therefore it's violating the fundamental principle of legality ex art. 25 Cost. Attention mainly rests on two issues: the lack of indication of judgment parameters by which to measure the requirement for "scientificity" provided for guidelines and best practices; the lack of a definition of slight negligence or, alternatively, the indication of the criterions according to reconstruct the concept of heavy negligence whose reconstruction would help to define the slight negligence. In the face of a regulatory framework so uncertain, in this essay, we come to the conclusion that it is necessary to reform that regulations the issue again and it shall also indicate the possible solutions to the analyzed problems. At last, it is considered the intervention of d.d.l. n. 2224 (whose definitive text, approved on 28 January 2016 by the Chamber of Deputies, is currently under consideration in the Senate) proceeding to its analysis in order to verify if and the regulatory proposed text could be actually resolving the problems with adoption of the article 3 of the so-called "Decreto Balduzzi."

SOMMARIO: 1. La c.d. "medicina difensiva" come mezzo di difesa dal rischio penale con conseguenti effetti negativi sulla salute del paziente. – 2. Un tentativo di porre rimedio agli effetti del fenomeno della medicina difensiva: il c.d. decreto Balduzzi. – 2.1 Problemi di determinatezza delle linee guida e delle buone pratiche "accreditate". – 2.2 Le linee guida ed i dubbi circa il rispetto del principio di riserva di legge. – 3. Il riferimento al concetto di colpa lieve come causa di esclusione della punibilità. – 4. Problemi di tipo intertemporale dell'art. 3 della c.d. Legge Balduzzi. – 5. Il problema applicativo delle linee guida. – 6. L'ambiguità interpretativa dell'art.3 della c.d. legge Balduzzi e la necessità di una riforma. – 6.1 Prospettive di riforma contenute nel c.d. D.d.L. Gelli.

1. La società moderna si caratterizza per la presenza di attività rischiose per i beni fondamentali della persona ma socialmente utili ed addirittura indispensabili alla vita di relazione, quindi l'ordina-

mento giuridico ne consente l'esercizio anche se nei limiti del rischio consentito e cioè soltanto allorché si adottino tutte le misure precauzionali e le regole di cautela idonee ad evitare il concretizzarsi del danno che può derivarne; in tal senso il rischio consentito può essere considerato il limite negativo della colpa in quanto, qualora un danno si verifichi nonostante il diligente svolgimento dell'attività pericolosa, verrebbe a mancare il disvalore tipico dell'illecito colposo¹.

Se si supera tale limite, si entra nel campo della responsabilità per colpa in quanto l'azione che dà origine all'evento dannoso si viene a collocare nell'area del rischio non consentito intesa come quell'area nella quale rientrano tutte le condotte rischiose che, se pur consentite per l'utilità sociale che ne deriva, sono fuoriuscite dal limite segnato dal rispetto di determinate regole di cautela; tra queste attività vi è quella medico-chirurgica che, se pur pericolosa, avendo come finalità principale la salvaguardia della vita e della salute della persona che sono beni costituzionalmente protetti, è considerata lecita proprio per la sua elevata utilità sociale in vista della quale, i comportamenti rischiosi che la caratterizzano sono consentiti dall'ordinamento².

Lo sviluppo scientifico della medicina ed il progresso delle tecniche mediche e chirurgiche da un lato producono grandi risultati diagnostici e terapeutici ma dall'altro determinano un aumento dei rischi, con conseguente innalzarsi della soglia del rischio consentito cui consegue un aumento direttamente proporzionale delle azioni giudiziarie esperite contro i medici.³

Il contenzioso giudiziario per responsabilità sanitaria cresce sempre di più e a favorire questa espansione hanno concorso il maggior livello culturale del cittadino medio, la divulgazione della medicina e della chirurgia da parte dei mezzi di comunicazione di massa, lo scandalismo giornalistico circa i casi di "mala sanità", la maggior attenzione dell'opinione pubblica verso la gestione del sistema sanitario⁴, l'enfatizzazione del diritto alla salute che ha fatto salire il livello di aspettative di risultato favorevole inducendo nel popolo una erronea percezione della medicina come scienza che garantisce l'esito con la conseguenza che qualsiasi risultato negativo viene interpretato come un errore del medico diffondendosi sempre di più, tra i pazienti, la pratica di intentare cause nei confronti di medici e strutture sanitarie ignorando che il rapporto medico-paziente è un'obbligazione di mezzi e non di risultato⁵; il venire meno del rapporto fiduciario tra medico e paziente – fondamento di ogni corretto intervento terapeutico - a causa di rapporti sempre meno umani ed una non sempre adeguata preparazione delle strutture sanitarie nel gestire il rapporto contrattuale con i pazienti, nonché la strumentalizzazione del processo penale per conseguire lauti risarcimenti⁶.

L'accrescimento del contenzioso e, dunque, la maggior esposizione dei sanitari al rischio penale, ha dato vita al fenomeno della c.d. medicina difensiva: il medico non è più disposto, in certe

¹ F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, Milano 2013, 8; G. FIANDACA/E MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, 7^a ed., Bologna 2014, 582 – 583.

² F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito*, in *Boll. dr. e proc. penale*, 1960, 105; G. FIANDACA/ E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 570.

³ F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 8.

⁴ E. GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art.3 legge Balduzzi? Alla prossima*, in *Il Corriere Giuridico*, 10/2014, 1192.

⁵ A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica ed un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 1/2013, 2.

⁶ F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva* in *Riv. It. di med. legale e del diritto in campo sanitario*, 3/2014, 5. A. VALLINI, *ibidem*; F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 28.

situazioni, ad assumere i rischi derivanti dall'esercizio della sua professione e la prassi difensiva nasce come metodo di lotta dei medici per evitare di incorrere nei rigori della norma penale ed evitare l'esposizione a denuncia da parte del paziente e dei suoi familiari⁷.

La medicina difensiva consiste nella tendenza a tenere comportamenti che, anziché mirare a tutelare la vita e l'integrità fisica del paziente, realizzano un diverso interesse che è quello del medico a non essere coinvolto in contenziosi in sede penale o civile circa la condotta tenuta⁸.

La medicina difensiva produce distorsioni nella pratica medica che si manifestano in atteggiamenti ridondanti o astensionisti: la medicina difensiva è identificabile con una serie di decisioni attive o omissive che non obbediscono al criterio del bene del paziente ma all'intento di evitare accuse per non aver effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o per aver effettuato trattamenti ad alto rischio di insuccesso o complicanze⁹.

Gli operatori sanitari si ritrovano ad operare con il timore di essere coinvolti in processi penali che, oltre a caricarli di elevate spese per approntare la difesa, comportano evidenti problemi personali nonché professionali in caso di esiti di condanna¹⁰. Tra le principali motivazioni alla base di queste condotte della medicina difensiva vi sono: l'enorme mole di contenzioso giudiziario cui sono sottoposti i medici a causa della rischiosità intrinseca nella natura stessa dell'attività medica, il timore di essere coinvolti in un giudizio penale, l'influenza di precedenti esperienze di contenziosi a carico dei propri colleghi o di se stesso, il timore di richieste di risarcimento, il timore di ricevere una pubblicità negativa dai mass media; tutto ciò induce i medici a modificare le proprie condotte professionali puntando principalmente alla minimizzazione del rischio legale piuttosto che alla tutela della salute del paziente che spesso diventa un obiettivo subordinato¹¹.

La medicina difensiva può essere positiva e negativa¹². La medicina difensiva positiva si manifesta in forma di abuso, in un eccesso di cautele per il timore di vedersi rimproverare qualche omissione e si concretizza nella prescrizione di test, esami diagnostici, indagini conoscitive, trattamenti, farmaci e visite superflui e talvolta assai costosi, per essere sicuri che il soggetto presenti o no una determinata patologia ed ancora nell'inserimento di annotazioni evitabili all'interno delle cartelle cliniche, nonché nel ricovero di pazienti gestibili ambulatorialmente¹³. La medicina difensiva negativa, invece, si manifesta in forma di astensionismo, si concretizza in comportamenti omissivi quali: il rifiuto da parte del medico della gestione di pazienti in condizioni critiche dirottandoli verso altri sanitari; l'evitare di somministrare trattamenti o procedure ad alto rischio che, se pure di probabile maggior efficacia, non sono immuni da rischi o anche i trattamenti all'avanguardia poco sperimentati

⁷ F. FOGLIA MANZILLO, *Ibidem*.

⁸ G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, in *Resp. civ e prev.*, 4/2013, 2.

⁹ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, in *Riv. pen.*, 4/2014, 343.

¹⁰ A. MARTUSCELLI, *Ibidem*; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 86.

¹¹ F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., 2; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 86.

¹² A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 343; F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 9.

¹³ A. MARTUSCELLI, *Ibidem*; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., 2; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 86; F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 9.

tendendo ad utilizzare solo quelli di comprovata validità¹⁴; il preferir convincere il paziente ed i parenti, a fronte di una patologia seria che richiede un intervento complesso, che l'operazione possiede scarsissime possibilità di successo per evitare di operare; ed ancora, l'adozione, da parte del medico, della pratica del silenzio occultando al paziente l'esistenza di risorse terapeutiche rischiose ma con probabilità di esito positivo, il che investe la categoria del consenso alla cura come espressione di una consapevole libertà di cura che si trova ad essere utilizzata dal medico come scudo di difesa per se stesso¹⁵. La medicina difensiva influisce negativamente sulla salute dei pazienti e sul sistema sanitario riducendone la funzionalità, le risorse e l'efficienza. Da un lato, i pregiudizi ai pazienti derivano dal fatto che risultano intaccate la qualità e l'efficacia delle cure in quanto il medico non opera più solo nel bilanciamento tra rischi temuti e benefici auspicati per la salute - che porterebbe a identificare il miglior trattamento della patologia - ma mette in conto un proprio rischio ad esposizione giudiziaria, facendosene pesantemente condizionare¹⁶.

Dall'altro, la prassi difensiva comporta una gestione irrazionale delle risorse con danni all'economia del SSN che si ripercuotono sulla quantità e la qualità delle prestazioni erogabili e, quindi, sugli stessi utenti: più gli specialisti prescrivono procedure diagnostiche e trattamenti inutili o aggressivi per abbassare il rischio, più questo tipo di approccio tende ad aumentare i costi a carico del SSN e della collettività oltre che le liste di attesa¹⁷.

In questo scenario, caratterizzato da un aumento del contenzioso giudiziario con conseguente diffusione di prassi mediche difensive e forte crisi di assicurabilità del rischio sanitario, si è iniziato a discutere sulla necessità di una riforma legislativa sulla responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

Le esigenze che si volevano soddisfare con questa riforma erano quelle di contenere il fenomeno della medicina difensiva, di ridurre l'ammontare della spesa pubblica tanto nell'offerta dei servizi sanitari (ormai sovraccarichi) quanto nei risarcimenti e di consentire ai medici l'esercizio della professione in condizioni di minor disagio psicologico offrendo loro una maggior serenità nello svolgimento delle proprie mansioni riducendo il "rischio penale" gravante sul ceto medico, quindi alleviando la posizione dei medici ma creando un giusto equilibrio con la non trascurabile esigenza di una legittima tutela dei diritti dei pazienti che, a fronte di un danno conseguente ad episodi di mala prassi medica, hanno diritto ad un giusto ristoro¹⁸.

¹⁴ F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., 2; A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 343; F. FOGLIA MANZILLO, *Ibidem*; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 86.

¹⁵ G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la penalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, cit., 2.

¹⁶ A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica ed un azzardo de iure condendo*, cit., 2.

¹⁷ A. VALLINI, *Ibidem*.

¹⁸ E. GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art.3 legge Balduzzi? Alla prossima*, cit., 1192; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., 3; G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 574; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione autonomi*, in *Europa e Diritto Privato*, 1/2014, 11.

2. Negli ultimi anni vari sono stati i tentativi di porre rimedio alla crisi del settore sanitario. Innanzitutto, per un breve periodo di tempo, è stata prevista l'inclusione delle controversie nascenti da responsabilità medica tra le materie sottoposte a tentativo obbligatorio di conciliazione civile, da cui l'obbligo per i pazienti di rivolgersi ad un organismo di mediazione e conciliazione prima di poter iniziare una qualsiasi causa volta ad ottenere il risarcimento del danno subito per errore medico. Il tentativo di conciliazione era, quindi, ritenuto una condizione di procedibilità della domanda giudiziaria ma attualmente la mediazione in materia di responsabilità medica non è più obbligatoria.

Sono stati anche depositati numerosi disegni di legge ma tutti puntavano sulla deresponsabilizzazione del medico facendo ricadere la responsabilità sulle strutture gravando la loro posizione a tutela del medico, motivo per cui tali disegni di legge non erano convincenti e non sono mai stati approvati.

Fu così che venne elaborato l'art. 3 del D.l. 13 settembre 2012 n.158 (convertito in legge con modificazioni dalla legge n.189 dell'8 novembre 2012) che, al contrario delle riforme proposte in precedenza, incentrava la soluzione del problema proprio sulla figura dell'esercente la professione sanitaria e sulla sua responsabilità, limitando le ipotesi di responsabilità penale del sanitario mediante il tentativo di residualizzare le stesse alle sole ipotesi di colpa grave esentandolo da responsabilità penale per colpa lieve nei casi in cui abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica cui si riconosce rilevanza normativa¹⁹.

La norma tende a ridurre l'intervento penale spostando l'attenzione sull'aspetto risarcitorio dell'evento di mala prassi sanitaria con la finalità di deflazionare il contenzioso giudiziario e, quindi, attenuare il fenomeno della medicina difensiva proponendo una serie di cautele per rendere più arduo l'intentare cause nei confronti dei sanitari²⁰.

La *ratio* della riforma sottende la necessità di bilanciare la tutela dei beni incolumità fisica o vita del paziente costituzionalmente protetti con quello del rispetto delle garanzie offerte dai principi di determinatezza, tassatività e colpevolezza a protezione dei medici²¹. La novità legislativa del settore sanitario trova allocamento nel decreto Balduzzi – detto "*decreto omnibus*" della sanità in quanto contenente norme disparate relative a settori ed a necessità urgenti di diversa tipologia con l'unico scopo di razionalizzare il sistema - perché la riforma persegue una finalità anche economicistica e suddetto decreto era nato proprio da esigenze di tipo economico infatti, adottato in via d'urgenza a seguito delle manovre di contenimento della spesa pubblica, veniva emanato in un periodo di crisi economica allo scopo di limitare i costi pubblici tra cui quelli relativi al SSN ormai appesantito dalle conseguenze derivanti dalla medicina difensiva.

Nella formulazione originaria dell'art. 3 al comma 1 si leggeva "*fermo restando il disposto dell'art. 2236 c.c., nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie, il giudice, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale.*"

¹⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, 5^aed., Roma 2014, 1908.

²⁰ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 343.

²¹ F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 13.

La disposizione aveva rilevanza solo civilistica: il legislatore cercava non solo di limitare la responsabilità per i danni dell'esercizio della professione medica al piano prettamente civilistico ma anche di limitare il numero delle azioni giudiziarie per i danni in materia civile al fine di evitare che l'abuso delle azioni risarcitorie costituisse un eccessivo costo economico e sociale per la classe medica con il conseguente abuso distorto delle pratiche di medicina difensiva, cercando anche di diffondere le assicurazioni dei medici limitando per i sanitari i costi delle polizze assicurative e prevedendo il rinvio alle tabelle del codice delle assicurazioni per la determinazione del danno biologico²².

Tale previsione contrastava con la finalità della riforma - che era quella di limitare gli oneri risarcitori della parte pubblica - dati il più lungo regime prescrizione e l'onere della prova più favorevole derivanti dal regime contrattuale²³.

Per questa ragione, la norma è stata modificata dalla legge di conversione n.189 dell'8 novembre 2012 che recita "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve, in tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art.2043 cc. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta del primo periodo.*"

Mentre inizialmente l'intento era quello di estendere l'ambito della delimitazione della norma civilistica della responsabilità per colpa lieve anche all'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche, nella legge di conversione si è ampliato l'ambito dell'intervento fino a ricomprendervi la responsabilità penale perché ci si era resi conto che la limitazione della responsabilità civile per danni ai soli casi di dolo e colpa grave nel caso in cui il sanitario si fosse attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche era in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza in quanto un medesimo fatto avrebbe dato luogo ad un'ipotesi penalmente rilevante ma non ad una fonte di risarcimento danno in sede civile, quindi, per un medesimo fatto un soggetto si sarebbe trovato ad essere responsabile penalmente ma non civilmente²⁴. In sede di conversione del decreto, si fa riferimento alla responsabilità penale escludendola nelle ipotesi in cui il sanitario si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; in tali casi, infatti, il sanitario può essere ritenuto responsabile penalmente solo se incorre in colpa grave e in caso di colpa lieve risponderà ai sensi dell'art. 2043 c.c. e quindi a titolo extracontrattuale²⁵.

Il decreto opera una *abolitio criminis* parziale sul versante penale introducendo una depenalizzazione delle ipotesi in cui i sanitari provino di aver arrecato danno al paziente con colpa lieve, ossia avendo rispettando le linee guida e le buone pratiche accreditate, trattandosi di condotte scusabili

²² A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 343; F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 39-40.

²³ A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Juscivile*, Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi, 12/2013, 5.

²⁴ M.E.F. BILANCETTI, *Responsabilità medica, cosa è cambiato con la legge Balduzzi*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 6 settembre 2016; A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 344 F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 40; M. SANTISE/F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino 2014, 45.

²⁵ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 344; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione autonomi*, cit., 11.

perché conformi alla comune prassi medica e per le quali si introduce la non sanzionabilità sul piano penale permanendo solo la loro rilevanza civilistica²⁶.

Secondo alcuni, la norma si sarebbe dovuta più opportunamente inserire nel codice penale considerando che ha previsto un criterio che affina quello della colpa contenuto nell'art. 43 c.p.: il legislatore ha voluto fornire un criterio di misurazione della colpa mediante il rispetto delle regole cautelari o paracautelari rappresentate dai protocolli ed ha fornito la colpa lieve come criterio per la rivalutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità colposa; in sostanza si è inserito nell'ordinamento l'art. 43 bis c.p. ma senza provvedere alla riforma del codice penale²⁷.

Tale proposta non è, però, condivisibile in quanto dal testo della norma si evince che la sfera di operatività della riforma è limitata alla sola categoria degli esercenti la professione sanitaria (appartenenti tanto al settore pubblico quanto privato) per cui, la limitazione della responsabilità penale ivi prevista, è destinata ad operare solo nei loro confronti.

Tale restrizione dei soggetti beneficiari della depenalizzazione sembra creare una normativa di carattere speciale che dà luogo a un privilegio soltanto per questa categoria e si tratterebbe, quindi, di una legge *ad professionem* ed, in quanto tale, di dubbia costituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost.²⁸.

Infatti, nei casi in cui suddetta norma si applica ai sanitari che sono dipendenti pubblici, appare concretizzarsi una violazione del principio di uguaglianza ravvisata nella circostanza che essi si troverebbero a ricevere un trattamento differenziato e privilegiato rispetto a tutti gli altri funzionari pubblici che, pur esercitano una attività relazionata agli stessi beni giuridici (salute, vita, integrità psico-fisica della persona, incolumità individuale, erogazione di un servizio pubblico) ma non possono godere della non punibilità per i fatti commessi con colpa lieve continuando a risponderne secondo il regime ordinario della colpa; il differente trattamento appare come un privilegio irragionevole ed ingiustificato che contrasta con il principio *ex art. 28 Cost.* in forza del quale tutti i funzionari dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, degli atti compiuti in violazione di diritti²⁹. Il principio di uguaglianza risulterebbe violato dal momento che la peculiarità dell'attività medica non sembra costituire di per sé una ragione sufficiente a legittimare una eccezione in tema di responsabilità colposa non potendosi negare che vi sono molte altre attività pericolose il cui svolgimento comporta rischi altrettanto gravi per la vita o l'incolumità fisica che richiederebbero, pertanto, un trattamento simile – in tema di colpa – a quello previsto per i sanitari dalla riforma contenuta nell'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi e considerando anche che, con una previsione di questo tipo, risultano trattate diversamente le persone che subiscono un danno da reato commesso con colpa lieve da parte di un operatore sanitario da coloro che subiscono il medesimo fatto e

²⁶ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione autonomi*, cit., 12; A. MARTUSCELLI, *Ibidem*.

²⁷ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345 -346; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012, 1.

²⁸ P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in www.altalex.com, 23 maggio 2013, 6.

²⁹ M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreati e altri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013.

danno da soggetti diversi dai sanitari o che concorrono con essi³⁰. Infatti, la disparità di trattamento si evidenzia ancor più proprio nei casi in cui un evento lesivo si realizza per la cooperazione di un sanitario e di un soggetto con diversa qualifica perché, se il grado della colpa dei due soggetti fosse lo stesso, il sanitario - attenutosi alle linee guida ed alle buone prassi - godrebbe della non punibilità in quanto esercente la professione sanitaria mentre il soggetto che - sempre nel rispetto delle linee guida e delle buone pratiche - ha agito anche esso in colpa lieve, continuerebbe a rispondere del medesimo reato colposo per il quale il sanitario verrebbe prosciolto dovendone rispondere solo in sede civile³¹. In considerazione di tutto quanto detto, sarebbe stato più corretto provvedere alla modifica dell'art. 43 c.p. in cui si sarebbe potuto specificare che, in materia penale, assume rilievo solo la colpa grave così si sarebbe avuta una normativa di carattere generale che avrebbe potuto riguardare tutti coloro che si trovano ad agire in attività rischiose non creando quella situazione generata dalla normativa della legge Balduzzi in cui chi riveste la qualifica di medico rispetto a quella di chi non ne è provvisto, di fronte allo stesso evento, risponde solo per colpa grave mentre i secondi anche per colpa lieve. A giustificare questa discriminazione potrebbero parzialmente valere il richiamo alle linee guida ed alle buone pratiche che non sono rinvenibili in altre attività pericolose socialmente utili; il fatto che la norma troverebbe la sua *ratio* nel non mortificare l'iniziativa del professionista sanitario - appartenente ad una categoria sovraesposta all'azione della magistratura penale - che, per il timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, può tentennare nell'esercizio delle sue prestazioni ed adottare comportamenti di medicina difensiva con conseguenze negative per la salute dei pazienti e per l'intero sistema sanitario; ed ancora la considerazione che non si tratterebbe di una norma che introduce nell'ordinamento un trattamento favorevole riservato ad una speciale categoria di soggetti quanto piuttosto, come precedentemente osservato, di una *abrogatio criminis* parziale che ha sottratto all'area del penalmente rilevante un'intera gamma di condotte caratterizzate da una certa impronta soggettiva (la colpa lieve dell'operatore sanitario che abbia agito secondo le linee guida e le buone pratiche) quindi, sebbene l'effetto finale della norma sia quello di introdurre un regime diversificato a favore dei medici rispetto agli altri professionisti, non si tratta di una norma penale di favore³². In quanto alla previsione normativa in esame, va osservato che la disposizione si riferisce agli operatori esercenti la professione sanitaria e non alle strutture sanitarie, siano esse pubbliche o private o convenzionate, la cui responsabilità, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale (Sez. Unite sent. N.9556 del 2002 e n.577 del 2008), va sempre ricondotta alla responsabilità *ex art. 1218 c.c.* essendo la struttura tenuta ad adempiere a prestazioni sia principali di carattere sanitario sia secondarie ed accessorie di altro tipo, attraverso il personale medico ed ausiliario legato alla

³⁰ A. VALLINI, *L'art.3, 1 comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, in *Giurisprudenza Italiana dal 1849*, 8-9/2014, 2061; P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *www.altalex.com*, 23 maggio 2013, 6; A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345.

³¹ M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreatta e altri*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 29 marzo 2013; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, Santarcangelo di Romagna 2013, 133.

³² A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 347; G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, cit., 1 e 12; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., 5.

struttura da un rapporto di lavoro subordinato o da un distinto contratto³³. La responsabilità *ex art.* 1218 c.c. per le strutture pubbliche e private convenzionate, scaturisce dalla stessa legge n. 833/1978 che istituisce il Servizio Sanitario Nazionale pubblico a tutela del diritto alla salute garantito dall'art. 32 della Costituzione, secondo cui in caso di inadempimento o inesatto adempimento, la responsabilità diretta ed autonoma della struttura va ricondotta all'art. 1218 c.c.; mentre per le strutture private non convenzionate (e quindi esterne al SSN), la responsabilità *ex art.* 1218 c.c. discende da un contratto atipico di ospitalità o assistenza sanitaria che si concretizza per fatti concludenti cioè con la mera accettazione del paziente presso la struttura³⁴. Dunque, quando il danneggiato agisce in giudizio nei confronti della struttura sanitaria, non assume rilievo la previsione del comma 1 dell'art. 3 della riforma Balduzzi essendo essa riferita solo agli esercenti la professione sanitaria; in ogni caso va evidenziato che la normativa di riferimento non disciplina neanche qualsiasi ipotesi di responsabilità dei sanitari. A tal proposito, qualora il danneggiato intenda agire in giudizio contro il sanitario, occorre distinguere l'ipotesi in cui il paziente ha concluso un contratto con il sanitario da quella in cui le parti non hanno concluso nessun contratto perché è esclusivamente a questa seconda ipotesi che fa riferimento la disciplina innovativa della legge Balduzzi; infatti, qualora medico e paziente abbiano concluso un contratto d'opera professionale, il danneggiato dovrà invocare la responsabilità *ex art.* 1218 c.c. indipendentemente dal fatto che la prestazione sia stata resa in regime ambulatorio o di ricovero presso una struttura pubblica o privata in quanto, in tal caso, ciò che rileva è che il medico è legato al paziente da un rapporto contrattuale³⁵. Occorre altresì evidenziare che la previsione normativa in esame ha un ambito applicativo irragionevolmente esteso tanto nella prospettiva soggettiva che oggettiva, comportando la violazione del principio costituzionale di ragionevolezza. In ambito soggettivo l'irragionevolezza si manifesta perché la norma, riferendosi alla categoria degli esercenti la professione sanitaria in generale, ricomprende anche soggetti privi del compito di adottare scelte terapeutiche/diagnostiche (veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori di assistenza sanitaria, operatori socio sanitari etcetc) che sono quindi estranei al tema della medicina difensiva o addirittura, come nel caso dei veterinari, non si occupano proprio di salute umana³⁶. In ambito oggettivo, invece, l'irragionevolezza si manifesta perché l'esonero dalla responsabilità penale, comunque qualificato, riguarda non solo i reati contro la persona ma qualsiasi reato colposo (ad esempio: i casi in cui le linee guida riguardanti attività radiologica, attività iperbarica o attività di laboratorio clinico indichino comportamenti che, per l'uso di sostanze e prodotti reagenti chimici, possono provocare incendi o disastri in caso di colpa lieve; e ancora una condotta lievemente colposa di un veterinario che provochi un epidemia; o anche i casi di violazione di norma in materia di sicurezza sul lavoro, etcetc) e, quindi si allarga il raggio di non punibilità fino a ricomprendere qualsiasi fatto commesso con colpa lieve da qualsiasi operatore sanitario ed una tale dilatazione è ingiustificata in quanto delinea la non punibilità

³³ P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art.2043 c.c.*, in *Resp Civ. Prev.*, 3/2014, 3.

³⁴ P. GATTARI, *Ibidem*.

³⁵ P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art.2043c.c.*, cit., 4.

³⁶ D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo* in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 82; M. SANTISE/F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 48; G. CASSANO/ B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, in collana Legale. L'attualità del diritto, ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2013, 17.

di una serie troppo vasta di ipotesi, che non è supportata da una ragionevole spiegazione dell'esenzione della pena³⁷. Il testo normativo della riforma, nel prevedere la depenalizzazione di alcune condotte dei sanitari, ha introdotto due novità: il rilievo delle linee guida e delle buone pratiche accreditate ed il concetto di colpa lieve.

2.1. È stato osservato che è sempre più diffusa la prassi di divulgare ed ordinare il sapere medico in sistemi conoscitivi, operativi e strategici condivisi ed approvati dalla comunità scientifica, quali raccomandazioni, linee guida e protocolli, per innalzare gli standard di qualità delle prestazioni sanitarie ed individuare criteri che possano orientare le decisioni terapeutiche, allo scopo di oggettivizzare ed uniformare le valutazioni sottraendole al soggettivismo dei singoli terapeuti, nonché per avere dei parametri di riferimento in relazione ai quali stabilire se ed in che misura gli eventuali scostamenti da tali prescrizioni implicino la responsabilità del sanitario o della struttura per i danni cagionati al paziente³⁸. La legge n.189/2012 attribuisce una funzione normativamente rilevante alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica in quanto utilizzate come criteri per la depenalizzazione della condotta del medico ove sia individuabile una colpa lieve. In tal modo si vuole sottrarre la materia della colpa medica ai criteri tipici della colpa generica per avvicinarla a quelli della colpa specifica così come avvenuto per altre attività pericolose come per esempio quella della circolazione stradale, anch'essa caratterizzata dalla codificazione delle regole di cautela; infatti, la tendenza alla standardizzazione delle condotte dei medici si inserisce nel più ampio processo di standardizzazione delle regole cautelari che, a fronte della velocità del progresso scientifico-tecnologico e della complessità e molteplicità degli interessi sociali coinvolti, interessa le principali attività sociali cd. rischiose³⁹. La norma in esame sembra prescindere dalla differenza tra linee guida e buone pratiche ma in realtà si tratta di concetti diversi. Le linee guida hanno origine negli Stati Uniti negli anni '70 con il fine di uniformare il trattamento della stessa tipologia di malati in aree geografiche estese, quindi, si caratterizzano per la vocazione alla universalizzazione di regole di comportamento di validità generale per tutti i casi clinici corrispondenti a quel modello astratto⁴⁰. Secondo la definizione classica data dall'Istituto Americano di Medicina⁴¹, si tratta di raccomandazioni elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura medica e delle evidenze scientifiche e

³⁷ D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 83; M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreatta e altri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013; M. SANTISE-F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 48; G. CASSANO-B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, cit., 17; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, cit., 132.

³⁸ S. ZAAMI et al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, in *Resp. civ. prev.*, 3/2013, 4; F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 27.

³⁹ G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art.3 legge n.189/2012*, in *Cass.pen.*, 3/2013, 1; D. PERRONE, *Sulla responsabilità penale del medico: la riforma Balduzzi ed i criteri interpretativi*, in www.altalex.com, 22 marzo 2014, 2.

⁴⁰ P. F. POLI-A. CICOGNAMI-V. CASTIGLIONE, *Responsabilità del medico e uso off-label dei farmaci dopo la legge di riforma Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 4/2014, 4.

⁴¹ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.- riv.rim.*, 1/2015, 174; F. MASSONI et al., *La valutazione della qualità delle linee guida: una nuova sfida per la medicina legale*, in *Riv. it. med. leg. e Dir. san.*, 2/2014, 392; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 87; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv.Trim.*, 4/2013, 51.

basate sulla valutazione dei benefici e dei rischi di opzioni alternative, finalizzate a migliorare l'assistenza sanitaria aiutando medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate o anche a ridurre i costi sanitari. Sulla base di queste osservazioni si è giunti alla definizione delle linee guida come documenti che codificano il sapere scientifico per standardizzare le prestazioni mediche e razionalizzare l'assistenza sanitaria al fine di migliorare il livello di cura del paziente attraverso la previsione sistematica delle migliori evidenze scientifiche disponibili in quel momento e considerate come un modello preferenziale di assistenza, offrendo, in tal modo, suggerimenti diretti ad agevolare la decisione clinica nel caso concreto⁴². Esse consistono in direttive di carattere generale - indicative di comportamenti clinici da osservare in occasione di determinati interventi chirurgici, terapeutici o diagnostici - aventi lo scopo di offrire una guida al medico nel decidere le modalità assistenziali e nell'indirizzare il suo *modus operandi* secondo standard di elevata qualità e nel modo più appropriato per le specifiche situazioni cliniche che si presentano⁴³. Sono disposizioni – riconosciute in quel determinato momento storico da molti Paesi industrializzati – che nascono nell'ambito di convegni e seminari internazionali sulla base di conoscenze continuamente aggiornate ed elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura medica e delle opinioni scientifiche⁴⁴. Nel concetto di linee guida in senso lato rientrano anche quegli strumenti - quali i protocolli clinici - che si prestano a guidare le procedure diagnostico-terapeutiche però non può non considerarsi la differenza che caratterizza questi ultimi rispetto alle linee guida in senso stretto considerate; a tal proposito, occorre specificare che il termine protocollo indica un predefinito schema di comportamento diagnostico-terapeutico inteso come una sequenza di comportamenti ben definiti che prescrivono nel dettaglio comportamenti da riprodurre fedelmente nell'esecuzione del singolo trattamento, quindi, sono una vera e propria procedura obbligatoria utilizzabile dal medico poiché frutto di una ricerca scientifica applicata, mentre le linee guida non indicano un'analitica successione di adempimenti ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima e, quindi, vanno applicate senza automatismi ma riportandole alle peculiari specificità del caso⁴⁵. Il protocollo è considerato una specificazione delle procedure necessarie ad attuare le indicazioni contenute nelle linee guida e non possono essere equiparati ad esse perché più dettagliati e caratterizzati da maggior intensità precettiva; in questa prospettiva i protocolli non sono altro che il consequenziale sviluppo e la specificazione delle linee guida, mentre le linee guida contengono solo regole di perizia, i protocolli prevedono in prevalenza regole procedurali volte ad evitare che l'evento lesivo si verifichi a causa di negligenza o imprudenza⁴⁶. Più problematica è la definizione di buone pratiche in quanto non esiste una definizione univoca ed

⁴² G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 175; F. MASSONI et al., *Ibidem*.

⁴³ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345- 346.

⁴⁴ F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 26; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 184; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, cit., 51.

⁴⁵ E. GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art.3 legge Balduzzi? Alla prossima*, cit., 1194; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 194-195; F. FOGLIA MANZILLO, *Ibidem*; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, cit., 53.

⁴⁶ L. RISICATO, *Linee guida e colpa non lieve del medico. il caso delle attività d'equipe*, in *Giur. It.*, 8-9/2014, 2066; P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *www.altalex.com*, 23 maggio 2013, 4; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012, 2; M. SANTISE/F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 47

esaustiva ma varie definizioni che si adattano alle diverse circostanze; però, partendo dalla definizione di “pratica più sicura per il paziente” offerta dall’Organizzazione Mondiale della Sanità come “qualsiasi progetto o intervento che si sia mostrato in grado di prevenire o alleviare i danni derivanti al paziente dall’assistenza sanitaria” e dalla definizione di “soluzione per la sicurezza del paziente” offerta dall’Agenzia nazionale britannica come “un intervento molto efficace volto a prevenire o alleviare i danni provocati al paziente dall’assistenza sanitaria basato sulle migliori evidenze disponibili”, l’orientamento più recente definisce le buone pratiche come “pratiche per la sicurezza” ossia pratiche il cui scopo è quello di migliorare la sicurezza del paziente prevenendo e minimizzando i danni cui è esposto quando usufruisce di prestazione sanitarie⁴⁷. Quindi, per buone pratiche deve intendersi qualunque intervento (attività, procedure, strategie ed approcci) riguardante percorsi assistenziali e basato su standard di qualità e sicurezza di cui è riconosciuta l’efficacia terapeutica o comunque la non dannosità, a cui l’operatore sanitario deve attenersi nella situazione specifica per prevenire o minimizzare le conseguenze inattese delle prestazioni sanitarie o a migliorare il livello di sicurezza delle stesse⁴⁸. Le buone pratiche si differenziano dalle linee guida in quanto, mentre queste ultime cristallizzano il sapere scientifico su un certo tema in un dato momento storico, le prime sono regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise, sono regole di attenzione che concorrono a codificare il sapere medico oggettivizzando le strategie assistenziali al fine di ridurre il tasso di errore medico tipico del ragionamento veloce ed intuitivo di tipo soggettivo, combinando principi clinici con interventi organizzativi delle strutture, perseguendo l’obiettivo generale della sicurezza, contribuendo a delineare la responsabilità degli operatori professionali in termini di violazione di regole tecniche e realizzando, attraverso il tendenziale uniformarsi alle migliori prassi mediche, un’ottimizzazione dei processi di cura cui conseguono una maggior facilità nella pianificazione degli investimenti ed una riduzione delle disuguaglianze nell’allocazione dei servizi⁴⁹. Una buona pratica per la sicurezza del paziente può variare a seconda del contesto a cui si fa riferimento (ospedale, a o studio medico) o alle singole aree all’interno di suddetto contesto (sala operatoria, reparto, farmacia) e anche a seconda dei diversi tipi di assistenza, quindi si tratta di una categoria molto varia ed inoltre, per essere adottata, una buona pratica necessita di un precedente periodo di monitoraggio, motivo per cui si deve considerare che gli avanzamenti scientifici-professionali non eliminano immediatamente le precedenti prassi ma convivono con esse per vario tempo fino al loro completo superamento solo a seguito del quale la nuova prassi può diventare regola doverosa di condotta⁵⁰. Indipendentemente da che ci si riferisca a linee guida o buone pratiche, nella riforma è chiara la volontà del legislatore di ancorare la validità di entrambe al requisito dell’accreditamento di cui

⁴⁷ Q. TOZZI-G. CARACCI- B. LABELLA, *Buone pratiche per la sicurezza in sanità. Manuale pratico per la rappresentazione, la valutazione e diffusione*, Roma 2011, 39-40-41.

⁴⁸ P. F. POLI -A. CICOGNAMI-V. CASTIGLIONE, *Responsabilità del medico e uso off-label dei farmaci dopo la legge di riforma Balduzzi*, cit., 4; Q. TOZZI/ G. CARACCI/ B. LABELLA, *Buone pratiche per la sicurezza in sanità. Manuale pratico per la rappresentazione la valutazione e diffusione*, cit., 41-42-43.

⁴⁹ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, cit., 175; D. PERRONE, *Sulla responsabilità penale del medico: la riforma Balduzzi ed i criteri interpretativi*, cit., 2; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 87.

⁵⁰ Q. TOZZI-G. CARACCI- B. LABELLA, *Buone pratiche per la sicurezza in sanità. Manuale pratico per la rappresentazione, la valutazione e diffusione*, cit., 41; D. PERRONE, *Ibidem* P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 90.

devono godere presso la comunità scientifica intendendo che è necessario che esse siano prodotte, emanate, continuamente aggiornate, revisionate costantemente ed applicate comparativamente con altri Paesi ad opera di soggetti accreditati del nostro sistema sanitario. Ciò significa che sono valide unicamente quelle direttive che hanno origine in organismi che godono di credibilità e rispetto, quindi, società scientifiche e istituti di ricerca di riconosciuta autorevolezza a livello nazionale non potendo darsi rilievo, ai fini dell'applicazione della scriminante prevista dalla riforma, alle direttive dei singoli ospedali o delle ASL e ancora meno quelle dettate da meri motivi economici e non riconosciute dalla comunità scientifica⁵¹. Con la previsione del requisito dell'accreditamento quale elemento essenziale per ritenere valida una direttiva scientifica diventa imprescindibile, ai fini della valutazione della loro attendibilità, valorizzare la fonte di provenienza e le caratteristiche del soggetto che le ha prodotte (la sua veste istituzionale, l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca da interessi economici condizionanti, le finalità da cui è mosso), esaminare gli studi che sorreggono la direttiva, l'ampiezza, la rigorosità e l'oggettività del metodo di ricerca da cui scaturisce la raccomandazione così come l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva⁵². Quindi è fondamentale una selezione gerarchica delle fonti di produzione, implementazione e diffusione delle linee guida e delle buone pratiche, così da poter scegliere quali sono quelle autorevoli ed affidabili che possano effettivamente essere prese in considerazione come strumenti tanto al servizio dei medici nella loro professione quanto dei giudici come parametri riferimento per le loro valutazioni sulla responsabilità dei sanitari; la ragione alla base della scelta legislativa di prendere in considerazione soltanto linee guida e buone pratiche che siano accreditate sta nel fatto che spesso le linee guida e le buone pratiche proposte sono basate sulla mera opinione di esperti e sono, quindi, connotate da bassi livelli di evidenza che le rendono soggette a pregiudizi e parzialità di orientamento scientifico ed inoltre, molti sono i conflitti di interessi tra gli autori e questo può influire sulla neutralità delle raccomandazioni venendo a mancare la trasparenza nell'*iter* di stesura nonché spesso le prove a sostegno di esse sono di povera coerenza scientifica⁵³. Tutto quanto appena affermato implica che il terapeuta, sottoposto a giudizio per responsabilità potrà invocare, come parametro favorevole alla sua condotta, solo direttive solidamente fondate e come tali riconosciute dalla comunità scientifica⁵⁴ ed il controllo sull'affidabilità terapeutica delle linee guida invocate a propria difesa dal sanitario dovrà essere effettuato, di volta in volta, dal giudice valutando in concreto il grado di consenso riscosso nella letteratura di riferimento dal percorso terapeutico suggerito dalle linee guida in esame, prestando particolarmente attenzione al grado di aggiornamento delle stesse; non potrà, quindi, godere dei vantaggi della riforma quell'operatore che si conformi a prescrizioni cliniche ormai superate scientificamente (c.d. "criterio di attualità")⁵⁵. Il giudice, però, non dispone delle conoscenze tecniche e scientifiche per poter valutare se la direttiva proposta a propria difesa dal sanitario

⁵¹ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 175.

⁵² C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, in *Cass.Pen.*, 9 /2013, 2291; R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, *Enciclopedia Italiana Treccani, Il Libro dell'anno del Diritto*, Roma 2014, 129.

⁵³ S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 5; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 90.

⁵⁴ C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2993.

⁵⁵ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 190-191.

imputato sia affidabile e, proprio per questa ragione, egli sarà aiutato, nel corso del processo, da esperti che dovranno fornirgli gli elementi dai quali potrà comprendere se esista o meno un'informazione scientifica in grado di avvalorare affidabilmente la regola comportamentale presentata in giudizio dal sanitario a propria difesa⁵⁶; il giudice quindi sarà aiutato dai periti nell'individuazione del sapere accreditato che può orientare la sua decisione pervenendo ad una spiegazione degli eventi che sia plausibile⁵⁷.

2.2. In Italia le linee guida, inizialmente, nascevano ad opera delle società scientifiche, quindi avevano una provenienza privatistica che generava perplessità sia in quanto al contenuto che in quanto al rigore metodologico; così, nel 2004 è stato istituito il Sistema Nazionale delle Linee Guida (SNLG) - banca dati delle linee guida ed organismo addetto alla produzione, all'aggiornamento ed alla diffusione delle raccomandazioni le quali hanno provenienza mista potendo venire da società di medici tanto nazionali quanto internazionali così come anche da istituti di derivazione pubblicistica - gestita dall'Istituto Superiore della Sanità (ISS) - con funzione di controllo della validità scientifica delle linee guida - e dal Centro Nazionale di Epidemiologia per la Sorveglianza e la Promozione della Salute (CNESPS)⁵⁸. Poiché la competenza in materia sanitaria compete alle Regioni ex art.117 Cost, accanto alle direttive nazionali sono presenti protocolli regionali ma, nonostante la potestà concorrente delegata all'ente autonomo territoriale, è stato sancito che una legge regionale non può sospendere sul territorio regionale terapie previste a livello nazionale: infatti, poiché sull'ente territoriale ricade la capacità di spesa in materia sanitaria, molte procedure possono avere la propria origine in necessità di carattere economico e la Consulta ha evidenziato che, seppure non si può precludere al legislatore di effettuare un bilanciamento tra i valori costituzionali della salute e la commisurazione degli obiettivi in termini di capacità economiche in relazione alle risorse economiche disponibili, stabilendo specifiche modalità di fruizione delle prestazioni sanitarie, comunque non può mai passare in secondo piano il rispetto delle esigenze di carattere primario e fondamentale che minacciano il nucleo irriducibile del diritto alla salute che è inviolabile ed anzi, attenersi ad una linea guida di marco economico piuttosto che ad un'altra che non persegua finalità economiche e che sia, altrettanto o maggiormente, efficace, espone il sanitario a rischio di imputazione a titolo di colpa per il reato di lesioni o di omicidio⁵⁹. Nella disposizione in esame, le linee guida e le buone pratiche accreditate sono l'elemento determinante la depenalizzazione della condotta ma non è specificata quale debba esserne la fonte ai fini della loro validità scientifica. Per questa ragione esse possono provenire da enti di qualsiasi natura però ciò significa rimandare la disciplina degli elementi di descrizione dell'illecito penale a fonti secondarie di origine mista il che genera dubbi sul rispetto del principio della riserva di legge in materia penale essendo, quella sanitaria, tra le materie per le quali la Costituzione - riconoscendo la salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse dell'intera collettività

⁵⁶ R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 130.

⁵⁷ C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2292.

⁵⁸ F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., p. 31; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 190.

⁵⁹ F. MASSONI et al., *La valutazione della qualità della linee guida: una nuova sfida per la medicina legale*, cit., 394; F. FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle Linee-Guida Balduzzi*, cit., 31-32; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 89.

la cui tutela è fondamentale per rendere effettivo il necessario assoluto rispetto della persona umana - prevede che la disciplina sia riservata esclusivamente alla legge trattandosi di dettare regole per la legittima violazione dell'integrità fisica di un individuo⁶⁰. Il principio di riserva di legge è corollario del principio di legalità. Nel nostro ordinamento detto principio è stato sancito dapprima a livello di legge ordinaria agli artt. 1 e 199 c.p., che rispettivamente prevedono che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da esse stabilite” e che “nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla stessa preveduti”, nonché all'art. 14 delle preleggi, per poi venire costituzionalizzato nell'art. 25 comma 2⁶¹. L'aver sancito tale canone nella Carta fondamentale ha comportato un potenziamento della sua funzione garantistica: finché il principio di legalità si trovava enunciato solo in leggi ordinarie, com'è il codice penale, poteva essere sempre derogato dal legislatore; una volta sancito in Costituzione, esso invece è diventato vincolante per il legislatore stesso⁶². L'art. 25 comma 2 Cost., secondo cui “nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso”, esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge che lo preveda espressamente come reato nel momento in cui viene commesso e che ne preveda puntualmente la relativa sanzione ed eventuali circostanze aggravanti.⁶³ Quello di legalità è un principio assolutamente irrinunciabile poiché, da un lato, è il baluardo del cittadino contro l'onnipotenza statale⁶⁴ in quanto consente di tutelare la sua libertà individuale prevista come bene fondamentale dall'art. 13 Cost; dall'altro, è idoneo ad arginare l'eccessiva discrezionalità dei poteri esecutivo e giudiziario⁶⁵. Il fondamento di tale principio è riconducibile alla garanzia della libertà e della dignità dell'individuo di fronte ai rischi di strumentalizzazione insiti nel potere punitivo ma il suo contenuto assume una fisionomia duplice: da un lato quale principio concernente le fonti legittimate alla produzione normativa penale; dall'altro come principio attinente all'accessibilità della norma penale da parte del cittadino. In tal senso va osservato che il principio di legalità opera sul piano delle fonti, su quello dell'interpretazione e su quello della formulazione⁶⁶ cui corrispondono alcuni principi corollari del principio di legalità: il principio della riserva di legge, quello di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, il principio di irretroattività della norma penale nonché il divieto di analogia⁶⁷. In particolare, il principio di riserva di legge risponde al problema concernente le fonti legittimate alla produzione normativa penale e si concretizza in una limitazione

⁶⁰ A. BELVEDERE/S. RIONDATO, *La responsabilità in medicina*, in *Trat. di Biodiritto* 2011, 111.

⁶¹ G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III 1994, p. 278; G. LATTANZI/ E. LUPO, *Codice Penale Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol I. *La legge penale e la pena. Libro I. Art. 1-38.*, a cura di Cantagalli, Canzio, Cupelli, De matteis, Di Salvo, Gambardella, Laurino, Selvaggi, Milano 2010, 11.

⁶² G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 278.

⁶³ G. VASSALLI, art.25 Cost; art.1 ,199 c.p.; art 14 d.gen , in *Nss.D. I.* 1965, Vol XI, 495-496.

⁶⁴ S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 14; G. VASSALLI, art.25 Cost; art.1 ,199 c.p.;art 14 d.gen , cit., p. 502.

⁶⁵ G. VASSALLI, art.25 Cost; art.1 ,199 c.p.;art 14 d.gen , cit., 502.

⁶⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965, 183-184; G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Vol I, La legge penale e la pena. Libro I. Art. 1-38.*, cit., 12.

⁶⁷ G. LATTANZI-E. LUPO, *Ibidem*; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 184.

delle possibili fonti di produzione normativa⁶⁸. Nel nostro ordinamento, il monopolio in sede di pre-determinazione normativa dell'illecito penale è attribuito al potere legislativo sottraendo la competenza tanto al potere esecutivo tanto a quello giudiziario; questo monopolio nelle scelte di politica criminale impone al legislatore di astenersi da qualsiasi rinvio, esplicito o implicito, che attribuisca alla fonte secondaria scelte incriminatrici ed inoltre, essendo quello della riserva di legge un principio previsto a livello costituzionale, il legislatore non può spogliarsi del suo monopolio rinviando ad atti normativi emanati dal potere esecutivo⁶⁹. Il principio di legalità è posto a garanzia del cittadino per tutelarlo dai possibili abusi di potere e, attraverso il principio della riserva di legge, assicura che la produzione normativa non si risolva in uno strumento di sopraffazione dello Stato nei confronti del cittadino poiché la pena è uno degli interventi che maggiormente incide sulla libertà, la personalità e la dignità dell'individuo che non può in alcun modo essere esposto al rischio di abusi⁷⁰; motivo per cui è necessario che le pesanti limitazioni dei diritti di libertà siano frutto di scelte che siano espressione dell'intera collettività e non della sola maggioranza di Governo e, proprio per questa ragione, il potere normativo è attribuito all'organo massimamente rappresentativo della volontà popolare: il Parlamento⁷¹. Quindi, le valutazioni relative alle decisioni in materia di coercizione penale – con conseguente sacrificio della libertà dell'individuo – sono riservate alle Camere che, attraverso la dialettica tra maggioranza e minoranza garantita dallo stesso processo di formazione delle leggi, sono le istituzioni che meglio possono esprimere la volontà del popolo. Dunque, le leggi penali possono essere dettate solo con legge dello Stato quindi solo il Parlamento – eletto direttamente dal popolo e, quindi, rappresentante di tutti i cittadini e non solo di una maggioranza e per questo fonte di garanzia - può elevare un fatto a reato disciplinando integralmente la materia (con legge o atto avente forza di legge) senza lasciare spazio all'intervento di fonti regolamentari o secondarie motivo per cui la norma penale può essere promulgata solo nella forma di legge, decreto legge convertito in legge o decreto legislativo e non sono da ritenere fonti del diritto penale quelle non scritte come la consuetudine o anche i regolamenti e le leggi regionali⁷². Il fondamento della scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo penale risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia ma dell'intero popolo sovrano perché solo in questo modo si può assicurare il più elevato livello di democraticità della legalità penale⁷³: un diritto penale non è democratico solo per il suo contenuto ma ancora prima per la legittimazione democratica delle sue fonti di legittimazione⁷⁴. L'attribuzione costituzionale del monopolio penale al legislatore assicura il

⁶⁸ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol I, *La legge penale e la pena. Libro I. Art. 1-38.*, cit., 13.

⁶⁹ F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione Giustizia – Riv. trim.*, 1980, 179.

⁷⁰ S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 18.

⁷¹ G. LATTANZI/ E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina.*, Vol I. *La legge penale e la pena. Libro I. Art. 1-38.*, cit., 11.

⁷² G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 84.

⁷³ G. LATTANZI/ E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol I, *La legge penale e la pena. Libro I. Art. 1-38.*, cit., 13.

⁷⁴ F. GIUNTA, *Riserva di legge*, in *Dizionario Sistematico di diritto penale* a cura di F. Giunta, 40/2008.

valore della democraticità nelle scelte punitive in quanto queste ultime divengono il risultato del confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l'organo parlamentare direttamente rappresentativo della sovranità popolare⁷⁵. Infatti la sede parlamentare è quella in cui anche le minoranze hanno la possibilità di farsi sentire e di concorrere nella produzione legislativa nei limiti fissati dalle procedure parlamentari e ciò rende effettiva la tutela delle minoranze consentendo loro di controllare e limitare la volontà della maggioranza in sede di determinazione del contenuto delle materie sottoposte a riserva⁷⁶. Inoltre l'iter legislativo è fonte di garanzia in quanto il suo approdo finale (ovvero la legge penale) è suscettibile di controllo sia da parte dell'opinione pubblica, in quanto la sede parlamentare è pubblica per definizione, che della Corte Costituzionale *ex art.134 Cost.*⁷⁷. Il controllo da parte delle minoranze e da parte dell'opinione pubblica sono espressione del principio democratico tendendo ad evitare che esso si risolva nel principio di maggioranza e, quindi, tendono ad evitare arbitrii delle forze politiche vittoriose alle elezioni; mentre il controllo di costituzionalità tende ad assicurare che il contenuto della legge non contrasti con i parametri costituzionali.⁷⁸ Dunque, la riserva di legge fornisce una garanzia non contenutistica ma procedimentale della legge⁷⁹. Date le implicazioni che ogni sanzione criminale ha nel campo della libertà personale degli individui, la riserva di legge, in materia penale, è quella di tipo più rigoroso cioè una riserva assoluta che esclude la possibilità di deroghe alla norma legislativa⁸⁰ non ammettendo che la legge consenta alla fonte secondaria di scegliere i comportamenti punibili tra quelli disciplinati dalla legge stessa: l'apporto da parte di una fonte normativa secondaria è ammesso solo quando questa si limita a specificare dal punto di vista tecnico elementi già contemplati dalla legge, quindi solo quando un apporto regolamentare si limitata ad accertamenti tecnici che puntualizzino le scelte politiche incriminatrici essenziali riservate esclusivamente alla legge, motivo per cui si preferisce classificarla come riserva di legge tendenzialmente assoluta⁸¹. Di conseguenza le linee guida, il cui rispetto è indicato come elemento determinante la depenalizzazione di una condotta, dovrebbero avere provenienza parlamentare non potendo essere demandata la loro determinazione a fonti che non siano primarie. E' vero che, trattandosi di una riserva tendenzialmente assoluta, è possibile che fonti secondarie cooperino con fonti primarie ma dovranno essere le prime a recepire il diritto positivo e non il contrario; quindi, nel caso delle linee guida se ne sarebbero dovute indicare, in uno specifico decreto ministeriale, le fonti secondarie idonee alla loro produzione non potendo avere valenza di legge previsioni aventi origine in fonti secondarie e che non siano passate per il vaglio parlamentare⁸². Infatti, il ricorso a fonti normative di grado inferiore alla legge è gravemente lesivo del principio di legalità in quanto solo il procedimento legislativo appare uno strumento adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale poiché solo un organo nazionale è in grado di avere una visione generale dei beni e delle

⁷⁵ G. LATTANZI/ E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol I. *La legge penale e la pena*. Libro I. Art. 1-38., cit., 13.

⁷⁶ G. LATTANZI/ E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol I. *La legge penale e la pena*. Libro I. Art. 1-38., cit., 14.

⁷⁷ G. LATTANZI/ E. LUPO, *Ibidem*.

⁷⁸ G. LATTANZI- E. LUPO, *Ibidem*.

⁷⁹ F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 179.

⁸⁰ G. VASSALLI, art.25 Cost; art.1 ,199 c.p.; art 14 d.gen., cit., 506.

⁸¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 51.

⁸² A. BELVEDERE-S. RIONDATO, *La responsabilità in medicina*, cit., 111.

esigenze dell'intera società (sentenza n. 487 del 1989 della Corte Costituzionale)⁸³. Ciò significa che le linee guida e le buone pratiche - così come indicate nella normativa in esame senza alcuna specificazione di fonte di provenienza - non potrebbero assolvere in modo legittimo il loro compito di incriminazione di condotte non potendo essere valide, a tal fine, direttive che abbiano origine in organismi quali società di medici nazionali o internazionali, società scientifiche e istituti di ricerca o altri istituti di derivazione pubblicistica ed ancora in regolamenti emessi dal potere esecutivo o leggi regionali: in questi casi, infatti, le direttive, non avendo provenienza legislativa, non si sono formate secondo un iter di stesura che sia espressione di tutto il popolo e quindi non gli si può riconoscere la capacità di essere elementi determinanti la depenalizzazione di una condotta.

3. Una volta chiarito il concetto di linee guida e buone pratiche accreditate deve analizzarsi quello di colpa lieve.

La c.d. Legge Balduzzi depenalizza la condotta dell'esercente la professione sanitaria che sia rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche accreditate escludendone la rilevanza penale poiché caratterizzate da un tenue disvalore. La depenalizzazione introdotta dall'art. 3 della legge Balduzzi comporta la necessità di riflettere anche sul problema dell'indeterminatezza della norma che non solo non dà una definizione del concetto di colpa lieve ma neanche fa minimo cenno ai criteri valutativi secondo cui ricostruire tale concetto che, quindi, resta indefinito e suscettibile delle più diverse interpretazioni; nonché sull'interpretazione da dare al richiamo degli artt. 2236 e 2043 c.c..

Il riferimento alla colpa lieve sembra voler valorizzare l'elemento soggettivo della colpa piuttosto che quello oggettivo ma è la prima volta che la distinzione tra colpa lieve e grave assume rilievo come causa di esclusione della punibilità considerando che, fino a quel momento, poteva rilevare solo in tema di quantificazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. nell'orientamento della scelta tra minimo e massimo edittale⁸⁴; nel diritto penale, infatti, l'unico ambito in cui la graduazione della colpa può trovare rilievo è l'art. 133 c.p. in merito alla commisurazione della pena da parte del giudice e c'è il rischio che il giudice, avvalendosi di tali parametri per valutare la sussistenza o meno di colpa grave, trasformi gli indici quantitativi (relativi al *quantum* della pena) in indici qualitativi (relativi all'an della pena)⁸⁵.

Suddetto articolo, pur non indicando i criteri che devono presiedere alla valutazione in oggetto, prevede che la misura della pena debba essere commisurata a vari fattori che, se differenti e di segno contrario tra loro, dovranno essere valutati dal giudice sulla base di una ponderazione comparativa secondo un criterio di equivalenza o prevalenza. Tali fattori sono: la gravità della violazione della regola cautelare cioè la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base dello standard di comportamento cui ci si doveva attenere; la misura della

⁸³ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina.*, Vol I, *La legge penale e la pena*. Libro I. Art. 1-38., cit., 14.

⁸⁴ A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione* Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, in *Dir. pen. cont.* - Riv. Trim., 4/2013, 104.

⁸⁵ A. ASMUNDO/S. SCURRIA, *La sostenibile inesistenza dell'essere: la "colpa lieve" della legge Balduzzi*, in *Giur. it.*, 8-9/2014, 2072; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione* Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit., 104.

prevedibilità dell'evento quindi la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa - si parla in tal caso di colpa cosciente come un grado particolare della colpa (e non come una figura autonoma di colpa) che rappresenta la forma più prossima al dolo - e quanto fosse in concreto evitabile (il giudizio sulla prevedibilità e l'evitabilità dell'evento deve essere effettuato in base al parametro oggettivo dell'agente modello ossia la misura della diligenza, della perizia e della prudenza dovuta che sarà quella esigibile da un agente di riferimento che svolga la stessa attività nelle stesse condizioni e avendo le stesse capacità, le stesse conoscenze e la stessa eventuale specializzazione dell'agente reale)⁸⁶; la condizione personale dell'agente che è la sola che permette di determinare la misura del rimprovero personale che sarà meno forte quando l'agente risulta essersi trovato in una situazione di particolare difficoltà per ragioni personali (quali ad esempio un leggero malessere, uno shock emotivo o un'improvvisa stanchezza), si parla in tal senso di *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari che si poteva pretendere dal sanitario considerando che quanto più adeguato risulta essere il soggetto all'osservanza delle regole, maggiormente fondato sarà l'affidamento dei terzi e quindi tanto maggiore sarà il grado della colpa; ed ancora, la motivazione della condotta in quanto un trattamento sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per ragioni d'urgenza⁸⁷; ed in ultimo anche al grado della colpa. A proposito del grado della colpa, va osservato che quanto maggiore sarà la divergenza tra la condotta effettivamente tenuta dall'agente e quella che egli avrebbe dovuto tenere nella situazione data in base a un modello di comportamento di riferimento, tanto maggiore sarà la colpa e si potrà parlare di colpa grave solo in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole di perizia richieste dalle linee guida e dalle buone pratiche o da corroborate informazioni scientifiche; quindi è stato osservato che la colpa assumerà i connotati di grave entità solo quando l'erroneo approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento della condotta alle peculiarità del caso concreto⁸⁸.

Richiamando il concetto di colpa lieve, si introduce una distinzione all'interno della categoria della colpa in precedenza ricavabile solo implicitamente dal disposto di cui agli artt. 133 e 61 c.p., quindi una distinzione estranea ed aggiuntiva rispetto all'art. 43 c.p. e sostanzialmente una sorta di art. 43 bis c.p. senza però provvedere ad una riforma del codice⁸⁹. Un grosso problema viene dal fatto che non emerge una distinzione concettuale tra colpa lieve e grave né nel c.d. decreto Balduzzi, né in

⁸⁶ C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2295; G. FIANDACA-E. MUSCO., *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 579- 580; A. ROIATI, *Ibidem*; E. BRANDOLINI, *I profili di responsabilità: illecito aquiliano o contratto? Il contatto sociale qualificato*, in *La responsabilità del medico di D'Apollo Luca*, Torino 2012, 162; R. VACCARO, *La responsabilità professionale medica e quella della struttura sanitaria pubblica e privata: natura giuridica, nesso di causalità e onus probandi*, in www.neldiritto.it, 2007.

⁸⁷ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, cit., 174; R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit. 132; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013)*, n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit., 105.

⁸⁸ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 574; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 174- 175; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale, I delitti contro la persona*, Volume II, tomo I, 4ª edizione, Bologna 2013, p. 22; R. VACCARO, *La responsabilità professionale medica e quella della struttura sanitaria pubblica e privata: natura giuridica, nesso di causalità e onus probandi*, in www.neldiritto.it, 2007.

⁸⁹ A. ASMUNDO-S. SCURRIA, *La sostenibile inesistenza dell'essere: la "colpa lieve" della legge Balduzzi*, cit., 2071; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013)*, n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit., 104.

alcuna norma penale; infatti, il codice non prevede una distinzione tra queste due tipologie di colpa ma solo dà una definizione di delitto colposo sostenendo che esso viene in essere quando l'evento, anche se previsto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza, imperizia o per inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline; ma nulla dice a riguardo dei concetti di colpa lieve e grave.

La mancanza di una distinzione concettuale tra colpa lieve e grave comporta che il giudice dovrà dedurre l'atteggiamento interiore dell'imputato da indizi, quindi, è una valutazione fondata sulla discrezionalità cui si cerca di porre rimedio attraverso il ricorso del giudice a giudizi tecnici formulati da periti medico legali che devono non solo individuare la *leges artis* applicabile al caso concreto ma anche verificare quelle circostanze che possono aver influenzato negativamente la riconoscibilità di uno specifico rischio o di un evento dannoso o pericoloso o che possono aver ostacolato la possibilità di espletare concretamente l'attività diagnostico-terapeutica che il caso di specie richiedeva.

Si arriva alla conclusione che la colpa grave sarà individuabile solo grazie all'eclittismo del giudice che, di volta in volta, dovrà valorizzare le peculiarità del caso concreto che gli viene sottoposto prendendo come riferimento l'agente modello per comprendere quale sarebbe stato lo standard di perizia richiesto nella situazione concreta ed a cui si sarebbe dovuto attenere il sanitario e valutare se il professionista si sia discostato molto dallo standard previsto considerando le caratteristiche dell'atto medico, la complessità del quadro patologico, la difficoltà per il medico di cogliere e collegare le informazioni cliniche, il grado di atipicità della specifica situazione, l'urgenza o l'assenza di presidi adeguati che possono rendere difficile l'esecuzione della prestazione e quanto più la vicenda risulti problematica maggiore dovrà essere la tendenza a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur conformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato determinando una negativa evoluzione della patologia⁹⁰.

Pertanto la colpa assumerà i connotati di gravità e sarà riconosciuta la responsabilità penale del medico quando il comportamento del sanitario non sia compatibile con il livello minimo di cultura e di esperienza indispensabile per l'esercizio della professione sanitaria per aver violato le regole più elementari dell'arte medica che sono la base essenziale della professione medica; quando si riscontra un errore non scusabile perché derivante dalla mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione; nei casi di violazione di disposizioni di legge, di trascuratezza dei propri doveri, di inosservanza del minimo di diligenza richiesto rispetto alle mansioni, agli obblighi e doveri di servizio ed ancora nel caso di inosservanza di quelle cautele, cure o conoscenze costituenti lo standard minimo richiesto a quel determinato professionista o comunque in presenza di ogni altra imprudenza che dimostri superficialità rispetto ai beni primari affidati alle loro cure; o ancora quando difetta quel minimo di abilità, perizia tecnica, esperienza e capacità professionale che non devono mai mancare in chi esercita la professione sanitaria⁹¹; nonché quando il sanitario, pur attenendosi alle linee guida ed alle buone pratiche appropriate al caso, ha trascurato le peculiarità della

⁹⁰ R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 133.

⁹¹ G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'ar.3 legge n.189/2012*, cit., 4; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012, 4.

situazione clinica del malato che suggerivano di discostarsene e la necessità di non attenersi ad esse – al fine di effettuare un intervento difforme da quanto da esse previsto - fosse macroscopica ed immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato poiché i dati clinici non lasciano alcun dubbio sulla necessità di un approccio terapeutico diverso dagli standard e personalizzato ed adeguato alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo ed alle condizioni del paziente⁹².

In base alla nuova normativa, dunque, se il sanitario si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche mentre il caso chiedeva che se ne discostasse verserà in colpa lieve con conseguente esclusione della punibilità penale ma se l'attenersi ad esse sia stato un errore macroscopico perché immediatamente riconoscibile da qualunque altro medico al posto dell'imputato, egli risponderà per colpa grave per imperizia in quanto si avrebbe una ragguardevole deviazione rispetto all'agire appropriato, un erroneo approccio terapeutico che risulta marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia specifica e che quindi, in quanto tale, non può restare impunito; se invece il sanitario non si è proprio attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche, la responsabilità penale non può essere esclusa nemmeno nel caso di errore di lieve entità poiché la riforma ha interessato solo i casi in cui il sanitario si sia attenuto alle linee guida e buone pratiche che sono gli unici casi in cui il legislatore ha escluso la punibilità per colpa lieve, restando escluse dalla novella le condotte al di fuori delle linee guida che quindi andranno valutate con gli ordinari criteri di valutazione della colpa ex art. 43 c.p.⁹³. Dunque la distinzione tra colpa lieve e grave viene in considerazione solo laddove vi sia una linea guida o una prassi - ritenuta conforme al parametro della migliore scienza ed esperienza e dunque scientificamente accreditata e riconosciuta - che sia pertinente, almeno in astratto, al caso di specie e che l'esercente la professione sanitaria l'abbia osservata ma, affinché si configuri colpa grave e con essa la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, oltre all'esistenza di una suddetta linea guida o prassi, sarà necessario anche che sussista la necessità di disattendere quell'indicazione scientificamente accreditata a fronte delle peculiarità del singolo caso che suggerivano la necessità di operare in maniera difforme rispetto alle indicazioni scientifiche⁹⁴.

Legata alla questione della definizione dei concetti di colpa lieve e grave è quella della rilevanza, in ambito penale, del criterio ex art. 2236 c.c. richiamato dall'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi in base al quale, se la prestazione d'opera implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde solo per colpa grave. Il problema che si pone è che, nel diritto penale, il grado della colpa ha la funzione di definire solo il *quantum* e non anche l'*an* della pena, e

⁹² C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2997; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, cit., 174- 175; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013)*, n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit., 106-107.

⁹³ C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 9 /2013, 3006; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 82.

⁹⁴ A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep.9 aprile 2013)*, n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit., 107.

quindi ci si è chiesto che funzione avesse, nell'ambito della responsabilità medica, l'art. 2236 c.c. essendo esso stato richiamato in riferimento all'*an*⁹⁵.

A tal proposito, va evidenziato che, negli anni '80, l'orientamento giurisprudenziale prevalente escludeva l'applicazione in via estensiva dell'art. 2236 c.c. in ambito penale in considerazione della completezza ed omogeneità della disciplina penale della responsabilità per colpa così come si escludeva l'applicazione in via analogica per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia, per cui il 2236 c.c. era limitato all'obbligo del risarcimento dei danni nei casi di prestazione che implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ma non era estensibile all'ordinamento penale; quindi la colpa professionale medica doveva essere valutata ex art. 43 c.p. alla pari di ogni altro caso e corollario di questa impostazione era che la gravità della colpa poteva avere rilievo solo ai fini della graduazione della pena⁹⁶.

Però la Suprema Corte di Cassazione nelle sue decisioni più recenti, pur tenendo fermo quest'orientamento, fa rientrare il criterio ex art. 2236 c.c. nell'ambito penale sotto le vesti di "criterio di razionalità del giudizio" a servizio del giudice, nel senso che la norma può trovare considerazione non per effetto di diretta applicazione nel campo penale ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all'esame del medico imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà tecnica o di emergenza, mentre in tutti gli altri casi privi di problemi tecnici e di difficoltà o emergenza si applica la regola ex art. 43 c.p.⁹⁷.

Dunque, si ammette la limitazione della responsabilità del professionista alle ipotesi di imperizia grave come conseguenza del richiamo all'art. 2236 c.c. l'irrilevanza penale di errori dovuti a imperizia lieve, in presenza di problemi di speciale difficoltà e di emergenza, è fondata su un giudizio di maggiore concretizzazione ed individualizzazione, tenendo conto come possano aver influito, sull'esecuzione erronea dell'attività medica, i dati oggettivi di urgenza ed imprevedibilità della situazione e le loro conseguenze sul piano più soggettivo (per esempio: la concitazione delle operazioni svolte, la pressione psicologica dovuta anche ai rapporti tra chirurghi e vittima)⁹⁸.

La disciplina ex art. 2236 c.c. è applicabile solo ai casi di imperizia - quale elemento costitutivo soggettivo nel reato colposo - non solo in considerazione del fatto che l'oggetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate sono regole di standard di perizia che innalzano il livello delle prestazioni ma anche perché nel medico non possono mai difettare, neppure nei casi di particolare difficoltà, l'adempimento degli obblighi di diligenza - essendo il professionista un debitore qualificato ai

⁹⁵ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, cit., 172; S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 3; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1900.

⁹⁶ C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2998; R. GAROFOLI, *Ibidem*.

⁹⁷ G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art.3 legge n.189/2012*, cit., 4; S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 3; A. ASMUNDO-S. SCURRIA, *La sostenibile inesistenza dell'essere: la "colpa lieve" della legge Balduzzi*, cit., 2072. D.CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1723 D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 78; R. GAROFOLI, *Ibidem*.

⁹⁸ D.CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723-1724.

sensi dell'art. 1176 comma 2 c.c. ed, in quanto tale, tenuto al rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della sua professione - e tantomeno il rispetto delle regole di prudenza⁹⁹. Nei casi di negligenza ed imprudenza il sanitario incorrerebbe in inevitabile responsabilità penale restando validi i criteri di normale severità ex artt. 43 e 1176 c.c.; da ciò consegue che la colpa, nel caso di interventi conformi agli standard, deve essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento ed al contesto in cui esso è svolto e, dunque, non sussistono i presupposti per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave nei casi non difficili e fronteggiabili¹⁰⁰.

Il problema è che non c'è alcun criterio in base al quale ritenere grave la condotta di un medico che si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate, quindi, accettare il criterio ex art. 2236 c.c significa valutare nel suo complesso la situazione in cui il sanitario si trova ad operare considerando tanto il profilo soggettivo della colpa quanto la concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa in relazione alle particolarità del caso concreto, al contesto in cui si è svolta la prestazione ed alle difficoltà con cui si è trovato a confrontarsi il medico.

In conclusione, l'art. 2236 c.c. è utilizzato solo come regola di logica esperienziale che sta nell'ordine delle cose e che va considerata qualora il sanitario si trovi dinanzi a situazioni cliniche complesse, a rischio¹⁰¹: la limitazione della responsabilità alla colpa grave è un « utile parametro legale », una « massima di esperienza » per il giudice penale nelle ipotesi in cui il professionista si sia trovato di fronte ad una situazione non prevista nè prevedibile o si sia imbattuto in un caso eccezionale che gli abbia imposto la soluzione di problemi di particolare difficoltà dovuti alla dubbiosità diagnostica e/o terapeutica o alla mancanza di canonizzate esperienze di settore in materia ed ancora, in presenza di una situazione emergenziale che esclude alternative d'attesa; tutto ciò per distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando il sanitario sia ritenuto maggiormente capace in virtù della sua specializzazione¹⁰².

In ogni caso va osservato che la previsione della colpa lieve viola il principio di tassatività non solo perché la differenza tra colpa lieve e grave non aveva mai avuto rilievo penalistico come criterio di esclusione della punibilità mentre l'art. 3 del c.d decreto Balduzzi lo introduce senza però riformare il codice penale, ma anche perché il testo della riforma non provvede a fornire una definizione di colpa lieve lasciandola all'interpretazione giurisprudenziale.

⁹⁹ A. ASMUNDO/S. SCURRIA, *La sostenibile inesistenza dell'essere: la "colpa lieve" della legge Balduzzi*, cit., 2071; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 183; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012, 8; E. BRANDOLINI, *I profili di responsabilità: illecito aquiliano o contratto? Il contatto sociale qualificato*, cit., 157- 159; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1898.

¹⁰⁰ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345; P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in www.altalex.com, 23 maggio 2013, 2-3; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1898 – 1908.

¹⁰¹ A. MARTUSCELLI, *Ibidem*.

¹⁰² D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723 – 1724; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 87; R. VACCARO, *La responsabilità professionale medica e quella della struttura sanitaria pubblica e privata: natura giuridica, nesso di causalità e onus probandi*, in www.neldiritto.it, 2007.

Il concetto di colpa lieve non solo non è definito ma la novella non indica neanche alcun criterio in base al quale affermare quando la colpa del medico che si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche possa considerarsi grave, quindi, la lievità/gravità della colpa è normativamente imposta senza però che all'interprete siano dati gli strumenti per valutarla in concreto e, proprio a causa di questa indeterminatezza, non solo si viola il principio di tassatività e determinatezza ma, inoltre, la distinzione tra colpa lieve e colpa grave risulta rimessa per intero all'interpretazione giurisprudenziale che è incaricata di individuare i criteri di giudizio atti a discernere la rilevanza penale o meno del fatto¹⁰³.

L'assenza di qualsiasi riferimento normativo ai fini della definizione del concetto di colpa lieve, implicando la rimessione dell'interpretazione e dell'applicazione della formula normativa alla discrezionalità del giudice, comporta la violazione del principio di tassatività essendo il contesto normativo impreciso, indeterminato e non tassativo¹⁰⁴; mentre la menzione della soglia di punibilità come parametro della colpevolezza, attraverso il riferimento al grado della colpa, richiedeva un intervento più rigoroso essendo il concetto di colpa lieve sconosciuto nel nostro ordinamento¹⁰⁵.

Un inedito concetto normativo di colpa lieve penalmente irrilevante non dovrebbe avere un contenuto così indeterminato e problematico: la formula "*non risponde penalmente per colpa lieve*" è troppo generica e passibile di diverse e contrapposte interpretazioni quindi è equivoca ed evidenzia un dato normativo impreciso ed indeterminato che contrasta con il principio di legalità in quanto a ragionevolezza e tassatività ex artt. 3 e 25 Cost.¹⁰⁶.

Il legislatore, intervenendo in un settore delicatissimo come quello in questione, aveva il dovere di dare una definizione puntuale di colpa lieve attraverso tassativi, determinati e precisi parametri normativi idonei a delimitare il confine della punibilità o per lo meno avrebbe dovuto offrire dei parametri di riferimento in base ai quali ricostruire la figura per chiarire effettivamente quando si debba punire e quando no evitando di lasciare tale decisione all'arbitrio del giudice¹⁰⁷.

Una siffatta lacuna definitoria si è, infatti, tradotta in una vera e propria delega in bianco alla giurisprudenza ed alla dottrina che comunque, fino ad oggi, non sono state capaci di dare a questa nozione contorni univoci e sicuri nei casi in cui essa doveva essere applicata, comportando anche la

¹⁰³ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92.

¹⁰⁴ A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione* Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit. 107; M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreato e altri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013.

¹⁰⁵ M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreato e altri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013.

¹⁰⁶ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92-93.

¹⁰⁷ M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreato e altri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92.

possibilità che il concetto di colpa grave possa essere dilatato dalla giurisprudenza sino a ricomprendere ipotesi che in realtà appartenerebbero alla colpa lieve con conseguente erosione di quest'ultima ai fini di un ampliamento delle condotte penalmente rilevanti¹⁰⁸.

Proprio a causa di questa carenza definitoria, la norma risulta lesiva del principio di precisione, corollario del principio di legalità ex art. 25 Cost, che è garanzia per la libertà e la sicurezza del cittadino il quale solo di fronte a leggi precise e chiare può comprendere ciò che gli è consentito e ciò che invece gli è vietato.

È necessario che sia data al cittadino, prima ancora che al giudice, una definizione di colpa lieve o dei suoi criteri di determinazione perché solo in questo modo risultano definiti i contenuti dei suoi doveri e questa determinazione è indispensabile poiché il nostro ordinamento prevede che il cittadino ha il diritto di conoscere *ex ante* le condotte penalmente sanzionate in base al principio di tassatività e determinatezza – posto a garanzia della libertà e dei diritti del cittadino - secondo il quale qualsiasi condotta e regola cautelare che sia penalmente rilevante deve essere pre-definita e riconoscibile, ancora prima di agire, dall'agente quale regola comportamentale astratta; inoltre, il rispetto del principio di legalità nella formulazione normativa è fondamentale anche al fine di evitare che il cittadino possa invocare a propria scusa l'erronea interpretazione della legge penale quando questa sia stata determinata dall'oscurità del testo legislativo¹⁰⁹.

Altra problematica della riforma Balduzzi è quella relativa all'art. 2043 c.c. cui il comma 1 dell'art. 3 fa riferimento, a fronte della depenalizzazione prevista dalla norma, per non bloccare la via del risarcimento ed anzi per renderla obbligatoria proprio attraverso il richiamo alla disciplina per responsabilità da fatto illecito.

Il richiamo a suddetta normativa genera difficoltà interpretative infatti da un lato vi sarebbe un'interpretazione "rivoluzionaria" secondo cui, sulla base di una esegesi letterale della norma, ci si trova in presenza di una radicale inversione di tendenza per cui tale rinvio qualificherebbe la responsabilità sanitaria come illecito extracontrattuale travolgendo il diritto vivente consolidatosi a partire dal 1999 quando la Cassazione con la sentenza n.589 ha recepito la teoria del contatto sociale, motivo per cui il richiamo all'art 2043 c.c. sarebbe espressione di una scelta legislativa volta alla riqualificazione della responsabilità del medico come extracontrattuale nei casi di assenza di un contratto tra medico e paziente; dall'altro, vi è un'interpretazione "restauratrice" secondo cui si tratta della previsione di un mero obbligo di risarcire il danno in presenza di un fatto che, in virtù di quanto affermato nel primo periodo del medesimo comma, deve ritenersi penalmente lecito e quindi la responsabilità del medico sia ancora da ascrivere al paradigma dell'art. 1218 c.c.¹¹⁰. Sarebbe quindi da escludere che l'intento della riforma sia quello di sovvertire l'impianto contrattuale della responsabilità medica ed il richiamo all'art. 2043 c.c. andrebbe interpretato nel senso che la riforma esclude la responsabilità penale del medico nei casi in cui egli risulti colpevole ma abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche però fa permanere l'obbligo del risarcimento del danno provocato, quindi, se pure penalmente

¹⁰⁸ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92.

¹⁰⁹ P. F. POLI, *Ibidem*; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 77.

¹¹⁰ A. BORRETTA, *Responsabilità medica da omissio o insufficiente consenso informato e onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 3/2014, 53; A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2/2014, 746.

non risponde dell'evento essendo la meritevolezza della pena prevista solo per i casi di dolo o colpa grave, il medico dovrà comunque risponderne civilmente ex art. 2043 c.c.¹¹¹.

Questa seconda interpretazione trova sostegno anche dalla recente ordinanza della VI Sez. Civ. n. 8940/2014, in cui la Corte afferma che “*poiché la norma in esame omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma nell'inciso successivo quando dice che resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043c.c., deve essere interpretata nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica. Deve invece escludersi che, con detto inciso, il legislatore abbia inteso esprimere una opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come extracontrattuale. Deve pertanto ribadirsi che alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca al superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto sociale e sulle sue implicazioni*”; dunque la Corte ravvisa l'intenzione del legislatore solo nella preoccupazione di escludere che la colpa lieve, che esenta da responsabilità penale, conduca ad escludere anche la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.¹¹².

Le considerazioni appena fatte in quanto al richiamo degli artt. 2236 e 2043 c.c. comportano l'analisi del problema relativo all'effettivo rilievo delle linee guida in quanto l'art. 3 della riforma in esame appare contenere una contraddizione interna prevedendo da un lato la depenalizzazione nei casi di rispetto delle linee guida ma dall'altro la punibilità per gli errori commessi nel rispetto di tali direttive seppure per colpa lieve; dunque ci si deve chiedere qual è il reale rilievo da attribuire ad esse in tale contesto. Come vedremo più avanti, per dare un senso alla disposizione in esame, l'interpretazione migliore della norma sarà quella secondo cui, seppure è vero che il rispetto delle linee guida esclude di regola la colpa del medico, è anche vero che esiste un limite e tale limite è da rinvenire nel principio secondo cui le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità penale del medico se il paziente presenta un quadro clinico che impone una condotta diversa da quella raccomandata dalle linee guida; in tal caso, se il medico non valuta correttamente il quadro clinico e non si discosta dalle linee guida, la sua responsabilità penale andrà esclusa solo nei casi di colpa lieve mentre sarà affermata per le ipotesi di colpa è grave¹¹³.

4. La c.d. Legge Balduzzi depenalizza la condotta dell'esercente la professione sanitaria che sia rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche accreditate escludendone la rilevanza penale poichè caratterizzate da un tenue disvalore ma integrando un comportamento caratterizzato ,come elemento psicologico, da colpa lieve esse comunque conserveranno rilievo civilistico dando così luogo ad una *abolitio criminis parziale* degli artt. 589 e 590 c.p.¹¹⁴.

¹¹¹ P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art.2043c.c.*, cit., 5; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione autonomi*, cit., 11.

¹¹² P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art.2043c.c.*, cit., 6.

¹¹³ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012, p. 1; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., p. 79; M. SANTISE/F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 47.

¹¹⁴ C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 998.

Tale previsione normativa pone, quindi, un problema di tipo intertemporale che si inquadra nella problematica della successione delle leggi penali nel tempo ed in particolare della successione delle norme “integratrici” della norma penale (o modificazioni mediate della fattispecie penale o successione di leggi extrapenali) la quale richiede di stabilire se l’*abolitio criminis* possa conseguire dalla modifica di norme richiamate dalla norma incriminatrice ossia si pone il problema dell’effetto retroattivo di tale abrogazione ex art. 2 comma 2 c.p. - secondo cui “nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e se vi è stata condanna, ne cessano esecuzione e gli effetti penali” - per i fatti commessi con colpa lieve sotto la vigenza della previgente disciplina¹¹⁵.

In quanto al problema dell’applicazione temporale della riforma è intervenuta, con la sentenza n. 16237 del 2013, la Corte di Cassazione che, riconoscendo natura integrativa alla depenalizzazione in questione, ritiene sia intervenuta una *abolitio criminis parziale* delle fattispecie colpose connesse con conseguente applicabilità dell’art. 2 comma 2 c.p. e, dunque, con piena retroattività della novità legislativa con riguardo ai fatti commessi in precedenza sia che si tratti di processi pendenti che di processi con sentenza passata in giudicato, in nome del principio del *favor rei*¹¹⁶. La statuizione della Suprema Corte si basa sul fatto che si tratta di un *abolitio criminis* diversa da quella che elide totalmente un reato e che produce l’effetto di far cessare l’esecuzione e gli effetti penali delle sentenze di condanna passate in giudicato le quali sono, quindi, revocabili in sede esecutiva ex art. 673 c.p.c.; nella *abolitio criminis parziale* la revocabilità delle sentenze passate in giudicato è condizionata dai poteri riconosciuti al giudice dell’esecuzione che sono diversi da quelli del giudice di cognizione, infatti, al primo è preclusa la rivalutazione nel merito del compendio probatorio quindi il giudicato non potrebbe essere revocato ove dalla sentenza di condanna, ormai definitiva, non emergesse espressamente che il medico, nello svolgimento della propria attività, si è attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche e che ha agito con colpa lieve¹¹⁷.

Secondo la Suprema Corte si tratta di una *abolitio parziale* perché si è in presenza di una norma incriminatrice speciale che sopravviene e restringe l’area applicativa della norma anteriormente vigente; dunque, si avvicendano nel tempo due norme che sono in un rapporto di genere a specie: due incriminazioni di cui quella successiva restringe l’area del penalmente rilevante individuata da quella anteriore, ritagliando implicitamente due sottofattispecie: quella che conserva rilievo penale e quella che diviene penalmente irrilevante, la quale ultima è appunto oggetto di abrogazione¹¹⁸.

5. Presupposto per l’applicazione della normativa prevista dall’art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189 è che l’esercente la professione medica si sia attenuto, nello svolgimento della propria attività, alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate. Il riferimento alle linee guida ha come obiettivo non solo quello di tutelare la salute del paziente ma anche quello di fornire ai giudici uno strumento quanto più oggettivo possibile per valutare la condotta medica in caso di errore.

¹¹⁵ P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *www.altalex.com*, 23 maggio 2013, 3

¹¹⁶ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 178; D. PERRONE, *Sulla responsabilità penale del medico: la riforma Balduzzi ed i criteri interpretativi*, cit., 1

¹¹⁷ P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *www.altalex.com*, 23 maggio 2013, 3 – 4

¹¹⁸ C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell’art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2998; R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 133

Le linee guida sono un sapere scientifico codificato messo a disposizione tanto dei sanitari quanto di periti e giudici.

Da un lato, le linee guida sono a disposizione del medico come guida per orientare le sue decisioni terapeutiche nello svolgimento della sua attività professionale affinché nulla possa essergli rimproverato a livello di colpa per negligenza, imperizia od imprudenza; in tal senso, con le linee guida si cerca di oggettivizzare ed uniformare le valutazioni sottraendole quanto più possibile al soggettivismo dei terapeuti allo scopo di massimizzare il livello delle prestazioni sanitarie¹¹⁹.

Dall'altro lato, le linee guida, costituendo indici valutativi tendenzialmente oggettivi dei doveri del professionista, svolgono un ruolo importante nel corso dei giudizi in quanto, essendo regole d'azione che contribuiscono a definire gli standard richiesti dal modello di comportamento su cui edificare il rimprovero colposo, sono strumenti utili quali punti di riferimento idonei a guidare le valutazioni dei periti (nell'apprezzamento tecnico-scientifico riguardante la fattispecie concreta) e del giudice di merito che, sulla scorta degli elaborati peritali, dovrà provvedere ad effettuare il procedimento di individuazione e ricognizione della regola cautelare alla base della fattispecie tipica colposa sottoposta al suo giudizio sempre però alla luce delle regole di diligenza, prudenza e perizia¹²⁰.

Dunque, le linee guida sono inquadrare come fonti di cognizione delle regole cautelari ovvero strumenti che consentono all'interprete di selezionare le regole in esse contenute e fondarvi il giudizio di colpa nel caso concreto¹²¹.

Nonostante il rispetto o no delle linee guida sia stato utilizzato spesso come criterio per motivare le decisioni dei giudici la Cassazione non le ha mai ritenute esaustive e vincolanti trattandosi di fonti normative di secondo grado che si collocano a metà strada tra le regole etiche, le direttive deontologiche e le prescrizioni giuridiche, quindi, non si tratta di regole venenti dall'alto ma di suggerimenti motivati e volti a tener conto di tutte le istanze, spesso configgenti, dei sanitari, dei pazienti, degli amministratori e dei giuristi¹²².

Inoltre, non gli si può attribuire valenza assoluta, se non in casi limitati, come regole propriamente cautelari secondo il modello classico di colpa specifica - intesa come una forma evoluta della colpa generica che tiene come nucleo proprio tutte quelle cautele e prescrizioni tecniche che fondano il rimprovero - a causa della loro varietà, della diversità di fonti, finalità, metodologie di ricerca e di soggetti erogatori che ne vanificano l'affidabilità, del diverso grado di qualificazione e soprattutto per la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento privi della prescrittività propria di una regola cautelare per quanto elastica cioè per quanto per il loro uso richiedano di essere specificate in base alle circostanze del caso concreto¹²³.

¹¹⁹ R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 129.

¹²⁰ R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 130.

¹²¹ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 187.

¹²² L. RISICATO, *Linee guida e colpa non lieve del medico. il caso delle attività d'equipe*, 2066; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 174-175.

¹²³ A. R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (L.189/2012 c.d. Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. It. Med. Leg. e Dir. San.*, 2/2013, p. 5; C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2990; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 186-187.

Ed ancora, trattandosi di leggi basate su osservazioni empiriche e criteri statistici fondati sulla ripetitività di condizioni o di risultati, il loro ruolo va rapportato ad un adeguato grado di accreditamento presso la comunità scientifica e non possono assolvere alle esigenze imposte dal principio di legalità potendo essere considerati solo ausili particolarmente qualificati ma non sufficienti a configurare ipotesi di colpa specifica¹²⁴.

Va considerato che non può essergli riconosciuta rilevanza assoluta anche a causa della differenza che ogni singolo caso presenta rispetto agli altri per cui non possono esistere regole che dettino una disciplina che sia valevole per ogni ipotesi e che sia adeguata ad indirizzare precisamente in ogni caso il comportamento del medico nell'esercizio delle sue attività: il sanitario si confronta con situazioni di rischio variabili di caso in caso in relazione a molteplici fattori la cui unicità e complessità sfuggono a categorie analitiche predeterminate; ogni singolo caso clinico si caratterizza per una serie irripetibile di fattori costituiti da elementi biomedici, anagrafici, fisici, genetici che variano da persona a persona e che sono resi ancora più singolari dalle scelte dei diversi pazienti in materia di consenso informato¹²⁵.

Quindi, si preserva il valore del principio di libertà terapeutica del sanitario tratto dagli artt. 3 e 33 Cost. laddove garantiscono in modo equo e ragionevole le pari condizioni della libertà dell'arte, della scienza e del relativo insegnamento che non può essere compromesso per alcuna ragione in quanto, in caso contrario, si mortificherebbe l'esperienza del medico e lo si degraderebbe a mero esecutore di regole comportamentali la qual cosa non solo implicherebbe gravi rischi per la salute di tutti ma potrebbe anche sortire l'effetto contrario a quello desiderato e cioè un maggior accentuarsi della prassi della medicina difensiva in quanto può inibire la libertà di pensiero scientifico, di ricerca e di sperimentazione medica nonché l'evoluzione del pensiero scientifico che resterebbe bloccata poiché si ridurrebbe ogni scelta di trattamento unicamente a ciò che è cristallizzato nelle linee guida e dalle buone pratiche accreditate¹²⁶.

Per queste ragioni, tali direttive hanno un valore solo indicativo e non prescrittivo ancor più considerando che il sapere scientifico è in continua evoluzione e sarebbe infondata la pretesa di voler cristallizzare tale sapere in regole positive perché significherebbe datarle e bloccare la scienza precludendone gli ulteriori sviluppi; quindi, si preserva l'autonomia del medico che, sempre con il consenso del paziente, deve operare le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione al momento senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura, né da disposizioni o direttive che non siano pertinenti con il suo ruolo di garante del fondamentale diritto di cura riconosciuto all'ammalato¹²⁷.

¹²⁴ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, cit., 3002.

¹²⁵ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345-346.

¹²⁶ S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 3-4; A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, cit., 15; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012, 2; G. CASSANO/ B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, cit., 16; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, cit., 129.

¹²⁷ D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 80; E. BRANDOLINI, *I profili di responsabilità: illecito acquiliano o contratto? Il contatto sociale qualificato*, cit., 159.

Il sanitario che, nell'esercizio della sua attività, segue le direttive accreditate dalla comunità scientifica dimostra non solo di non essere imperito ma anche di aver rispettato il criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia però questa prassi rischia di bloccare l'esercizio della professione dentro stereotipi di comportamenti che, da un lato, sicuramente proteggono il professionista incoraggiandolo nell'esercizio di questa professione particolarmente rischiosa preconstituendo cause di giustificazione a sua tutela ma, dall'altro, possono limitare la sua autonomia individuale¹²⁸. In tal senso, infatti, sempre maggiore è la tendenza dei sanitari a spersonalizzare la propria prestazione professionale preferendo seguire pedissequamente le indicazioni delle linee guida per evitare di incorrere in accuse e per poter usufruire di questo comodo mezzo di esonero da responsabilità rinunciando alla personalità della propria prestazione che, invece, potrebbe rendere anche di più di una prestazione eseguita seguendo perfettamente le linee guida¹²⁹: troppo spesso l'adeguamento del sanitario alle linee guida o ai protocolli crea una sorta di burocratizzazione dell'attività del sanitario che, oltre a banalizzare l'attività professionale individuale, abbassa anche il livello di tutela del bene vita ed incolumità fisica che può trovarsi ad essere ridotto considerando che le conoscenze teoriche non sono da sole sufficienti a fare del medico un buon professionista poiché parte importante della bravura di un sanitario risiede proprio nella sua esperienza ossia in quanto da lui appreso nel corso del concreto esercizio della professione¹³⁰. Sulla base di queste considerazioni, a queste direttive non può attribuirsi valore imperativo e la discrezionalità intellettuale del medico prestatore d'opera risiede proprio nella sua possibilità di scegliere se adeguarsi o no o adeguarsi solo parzialmente ad esse¹³¹.

Dunque, le direttive scientifiche accreditate costituiscono un utile punto di riferimento per la valutazione della correttezza e della conformità dell'operatore sanitario alla buona prassi e alle *leges artis* ma non necessariamente lo esonerano da responsabilità qualora egli, pur rispettando le linee guida e le buone pratiche, abbia trascurato eventuali condizioni particolari del caso specifico che richiedevano alla sua professionalità di andare oltre il mero rispetto delle procedure standard cristallizzate nei protocolli medici e di discostarsene al fine adeguare al meglio il proprio intervento alle specificità del caso:¹³² il medico deve conoscere le linee guida ed orientare la propria attività sulla base di quanto da esse previsto avendo però la facoltà ed, anzi, l'obbligo di discostarsene qualora il caso lo richieda e ciò trova fondamento nel fatto che la medicina non è una scienza esatta e quindi è possibile che un caso concreto possa presentare particolarità per le quali le regole fissate possono non essere idonee a dare una soluzione o comunque non la soluzione migliore che potrebbe essere invece raggiunta discostandosene¹³³.

¹²⁸ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 346.

¹²⁹ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345.

¹³⁰ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 177; G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, cit., 6; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, cit., 134.

¹³¹ A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 346.

¹³² P. F. POLI-A. CICOGNAMI-V. CASTIGLIONE, *Responsabilità del medico e uso off-label dei farmaci dopo la legge di riforma Balduzzi*, cit., 2.

¹³³ P. F. POLI-A. CICOGNAMI-V. CASTIGLIONE, *Ibidem*; G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'ar.3 legge n.189/2012*, cit., 3; G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, cit., 6.

In tal senso, la Suprema Corte ha affermato che l'adesione alle linee guida non consente di escludere la responsabilità penale del medico se il paziente presenta un quadro clinico che impone una condotta diversa da quella contenuta nelle linee guida; infatti, il medico deve perseguire l'unico fine della cura del malato, utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da disposizioni o direttive che non siano pertinenti ai compiti affidatigli dalla legge e alle conseguenti relative responsabilità¹³⁴.

Ciò vale in particolar modo per le linee guida dettate per garantire l'economicità della struttura ospedaliera poiché il medico ha il dovere deontologico di anteporre la salute del malato, rispetto al quale assume una posizione di garanzia, a qualsiasi altra diversa esigenza e, quindi, non è tenuto al rispetto di tali direttive laddove esse contrastino con le specifiche esigenze di cura del paziente e non potrebbe essere esentato da colpa ove se ne lasci condizionare senza adottare le decisioni più opportune alla tutela del paziente¹³⁵.

L'osservanza rigorosa delle linee guida non è sufficiente per un automatico esonero dalla responsabilità così come il mancato rispetto di esse non è prova automatica di una condotta colposa ben potendo essere il miglior modo per assicurare una efficace tutela della salute del paziente alla luce delle particolarità del concreto quadro clinico; ciò implica che il professionista può trovarsi a ricadere in errore qualora si attenga ad esse ma le esigenze del caso richiedano di disattenderle per poter ottenere il risultato sperato o comunque un risultato migliore¹³⁶.

In definitiva, le linee guida hanno un valore orientativo e non vincolante, propongono solo direttive generali, istruzioni di massima e non sono esaustive delle regole cautelari da osservare nei singoli casi poiché insufficienti ad abbracciare l'intera varietà della casistica clinica che può concretamente presentarsi, quindi, non hanno applicazione automatica ma rapportata alla specificità delle circostanze del caso concreto perciò non escludono l'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche difettando l'arte medica, per sua natura, del carattere della certezza e non potendo, per questo, essere esercitata in base a parametri fissi bensì variabili a seconda dei casi¹³⁷.

L'efficacia vincolante delle linee guida si attenua in considerazione del fatto che, rispetto alle regole cautelari che disciplinano altre attività e che sono caratterizzate da una rigidità applicativa che non può essere violata senza incorrere in responsabilità, esse non possono pretendere un rigoroso rispetto in quanto, nell'esercizio dell'arte medica, difettano i presupposti per la formulazione di regole standardizzate inderogabili a causa della diversità delle situazioni e dei rischi che si presentano, della continua evoluzione del progresso scientifico che non consente un immediato aggiornamento delle linee guida, a causa della coesistenza di più alternative scientifiche convalidate che risultano idonee per uno stesso caso e la cui scelta va effettuata in base alle particolarità del caso concreto ed alle

¹³⁴ S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 4.

¹³⁵ S. ZAAMI et.al., *Ibidem*.

¹³⁶ G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 180.

¹³⁷ A. FIORI-D. MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n.189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in Riv. it. med. leg. e dir. san., 2/2013, 3; G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalle legge Balduzzi*, cit., 181; S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 3; G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, cit., 8.

caratteristiche individuali dei pazienti¹³⁸ con la conseguenza che le linee guida sono da considerare regole cautelari improprie ed elastiche: sono improprie perché non sempre garantiscono il risultato salvifico e sono elastiche in quanto richiedono l'adattamento ai singoli casi, da cui la doverosità di discostarsene qualora il caso presenti esigenze che necessitano un trattamento diverso da quello standard¹³⁹. Le direttive scientifiche sono, quindi, utili per ridurre al minimo la variabilità nelle scelte cliniche determinata dalla soggettività degli operatori sanitari ma, essendo regole specialistiche, atenersi ad esse presuppone il rispetto delle più elementari regole dell'arte medica – la violazione delle quali configura colpa grave - e non possono, quindi, assumere valore assoluto a discapito della diligenza qualificata del medico perciò la prestazione deve essere valutata nel suo complesso; il giudizio di colpa deve essere relativizzato considerando l'agente agire nel caso concreto, quindi, la verifica del rispetto delle linee guida va sempre affiancata ad un'analisi circa la correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire ed il terapeuta sarà rimproverabile solo quando l'errore non sia lieve ma rimarchevole¹⁴⁰.

Dunque, la condotta del medico sarà valutata sulla base del complessivo impiego della *leges artis* - intesa come l'insieme di conoscenze e capacità operative acquisite nel corso degli anni universitari e post-universitari ed aggiornate continuamente attraverso la c.d. "educazione permanente" mediante la letteratura scientifica e la partecipazione a congressi e convegni - cui si aggiungono le linee guida e le buone pratiche che sono degli strumenti che gli esercenti la professione sanitaria devono conoscere ed usare per eseguire al meglio le proprie prestazioni¹⁴¹.

Tale impostazione coincide con l'orientamento che, pur escludendo l'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c. in ambito penalistico, ritiene che la valutazione della condotta terapeutica non possa prescindere dalla valutazione della situazione nella quale il sanitario opera, del tipo paziente, della patologia da affrontare, delle difficoltà che si sono presentate nello specifico caso e che non necessariamente trovano corrispondenza nelle regole proposte dalle direttive scientifiche¹⁴².

In conclusione, l'osservanza delle linee guida costituisce uno scudo contro istanze punitive non giustificate da errori gravi nel processo di adeguamento di siffatte regole al caso concreto ma la protezione non è illimitata: la rigida osservanza delle linee guida, se inopportuna, può integrare gli estremi di un comportamento colposo penalmente rilevante considerando non solo che le linee guida dettate per tipizzare le metodologie terapeutiche possono non corrispondere alle esigenze del caso concreto, ma anche che una parte delle linee guida è dettata al fine di garantire l'economicità della struttura ospedaliera mirando principalmente a bilanciare le esigenze di risparmio con quelle di cura e, quindi, non sempre suggeriscono la miglior scelta terapeutica e certamente l'efficienza economica del servizio sanitario non può essere raggiunta sacrificando la protezione del paziente il cui diritto

¹³⁸ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, cit., 52.

¹³⁹ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, cit., 53.

¹⁴⁰ E. GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art.3 legge Balduzzi? Alla prossima*, cit.,1195; R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 131; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012, 5.

¹⁴¹ A. FIORI/D. MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n.189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, cit., 4; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012, 5.

¹⁴² S. ZAAMI et.al., *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*, cit., 3.

alla salute non può essere mortificato da esigenze economiche, organizzative ed aziendalistiche di ottimizzazione delle risorse¹⁴³.

Dunque, alle linee guida si può riconoscere un valore solo orientativo e non possono attentare all'autonomia del medico nè potranno sottrarlo da responsabilità penale poiché egli continuerà a sottostare ai principi generali che regnano in materia quindi, la possibilità di incorrere in responsabilità per colpa "non lieve" sarà valutata alla stregua degli usuali parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento¹⁴⁴.

La prevedibilità e l'evitabilità dell'evento costituiscono i criteri di individualizzazione delle misure precauzionali da adottare nelle diverse situazioni concrete una volta che sia insorto o stia per sorgere una situazione di pericolo ciò considerando che le regole di diligenza rappresentano la cristallizzazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo; infatti, alla base delle norme precauzionali tendenti a scongiurare i pericoli connessi allo svolgimento di attività pericolose stanno regole di esperienza ricavate da giudizi ripetuti nel tempo sulla pericolosità di certi comportamenti e sui mezzi più adatti ad evitarne le conseguenze¹⁴⁵.

Le linee guida guidano la ricostruzione del caso e la comprensione della condotta doverosa del medico in quella circostanza per valutarne la colpa ma non potranno vincolare la decisione del giudice essendo la loro osservanza solo un indizio della presenza o meno della colpa che, quindi, non implica automaticamente esclusione o affermazione della stessa¹⁴⁶. Tutto ciò sembra una contraddizione poiché il terapeuta che rispetta le linee guida - la cui osservanza è stata prevista proprio per escludere la responsabilità - può comunque incorrere in colpa (generica) ma questa incongruenza è solo apparente poiché la condotta sarà rimproverabile in ambito penale solo quando l'errore sia "non lieve"¹⁴⁷.

6. La *ratio* della riforma in esame è quella di ridurre il rischio penale per i medici ponendo un limite alla responsabilità penale per colpa al fine di contrastare l'eccessiva penalizzazione delle condotte mediche che ha portato allo sviluppo del fenomeno della c.d. medicina difensiva cioè all'adozione, da parte della classe medica, di scelte terapeutiche/diagnostiche motivate dalla paura per le conseguenze penali al fine di mettersi al riparo da richieste risarcitorie e che non necessariamente corrispondono all'interesse del paziente¹⁴⁸. Pur essendo condivisibile l'obiettivo della nuova disposizione normativa, va detto che essa non è riuscita pienamente nell'obiettivo che si era prefissata, avendo sollevato molte critiche e dubbi interpretativi ancora oggi irrisolti. L'art. 3 del c.d. decreto

¹⁴³ G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, cit., 7; A. FIORI-D. MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n.189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, cit.,p. 3; R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 13.

¹⁴⁴ A. R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (L.189/2012 c.d. Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, cit.in 102, 7; G. DE SANCTIS, *Il decreto Balduzzi e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*,cit., 8.

¹⁴⁵ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, cit., 569.

¹⁴⁶ A. R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (L.189/2012 c.d. Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. Leg. e dir. san.*, 2/2013, cit., 6; P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *www.altalex.com*, 23 maggio 2013, 4; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale, I delitti contro la persona*, cit., 22.

¹⁴⁷ R. BLAIOTTA, *Colpa grave e responsabilità del medico*, cit., 130; C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art.3 della legge n.189 del 2102*, cit., 2994.

¹⁴⁸ M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, cit., 129.

Balduzzi, infatti, si presenta come una norma poco tecnica e caratterizzata, come già visto in precedenza, da gravi incongruenze nonché da problemi di disparità di trattamento che portano alla violazione del principio di uguaglianza ed ancora, problemi di violazione del principio di riserva di legge e soprattutto del principio di tassatività e determinatezza che comporta la violazione del fondamentale principio di legalità ex art.25 Cost. del quale sono sotto-principi. La carenza di tassatività e determinatezza è l'aspetto più critico della disposizione essendo questo un principio posto a garanzia della libertà e dei diritti del cittadino¹⁴⁹. Nell'art. 1 del Codice Penale è previsto che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. Il principio di tassatività e determinatezza è una delle acquisizioni fondamentali dello Stato di diritto così da rappresentare il più importante dei principi penali costituzionali¹⁵⁰.

Muovendo dall'esigenza fondamentale di contenere l'arbitrio e la gratuità delle forme punitive, si è ritenuta praticabile la tecnica della descrizione di figure di reato e viene creato un sistema imperniato su elenchi di azioni criminose aventi valore esemplificativo che, non solo, identificano le condotte comportamentali da cui l'individuo deve astenersi per evitare di incorrere in una sanzione penale ma, così facendo, individuano anche l'ambito di operatività del potere punitivo statale¹⁵¹. Dunque, si è creato un sistema penale codificato caratterizzato da un insieme di norme elementari nel linguaggio, semplici, chiare, precise ed univoche nella loro formulazione, in cui sono contenute fattispecie di reato i cui elementi costitutivi oggettivi e soggettivi sono puntualmente descritti¹⁵² al fine di soddisfare le esigenze di conoscibilità e comprensibilità della normativa da parte dei suoi destinatari - primaria esigenza dello Stato di diritto, indispensabile per la realizzazione di un diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo - nonché l'esigenza di certezza del diritto intesa come certezza della supremazia dell'autorità dello Stato ossia certezza del manifestarsi della sua autorità¹⁵³.

Infatti, con norme che siano ben determinate nella loro formulazione in base al principio di precisione, si rende possibile non solo l'accessibilità della norma penale da parte dei cittadini - cosa fondamentale perché soltanto in questo modo è data ai cittadini la possibilità di conoscere con precisione, preventivamente al proprio agire, ciò che è penalmente lecito o vietato cosa essenziale dato che il nostro ordinamento prevede che qualsiasi condotta e regola cautelare che sia penalmente rilevante debba essere pre-definita e riconoscibile, ancora prima di agire, dall'agente quale regola comportamentale astratta - ma anche un'applicazione tassativa delle disposizioni normative, in modo da scongiurare eccessive oscillazioni interpretative da parte del giudice delimitando il margine di discrezionalità entro cui egli esplica la sua funzione interpretativa garantendo così i cittadini dagli abusi del potere giudiziario¹⁵⁴. In tal modo, infatti, si impedisce l'estensione analogia delle disposizioni penali

¹⁴⁹ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92.

¹⁵⁰ G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Vol I. La legge penale e la pena. Libro I. Art. 1-38.*, cit., 13.

¹⁵¹ G. VASSALLI, art.25 Cost; art.1 ,199 c.p.; art 14 d. gen, cit., 500; S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 12.

¹⁵² G. VASSALLI, art.25 Cost; art.1 ,199 c.p.; art 14 d.gen, cit., 495.

¹⁵³ S. MOCCIA *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit.,11-12-17-35.

¹⁵⁴ S. MOCCIA *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 14-17-28; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune*

a casi non previsti cioè si evita la loro applicazione al di fuori delle fattispecie astratte descritte dalle stesse: quanto più precisa è la descrizione di una fattispecie tanto più netti saranno i limiti del suo ambito applicativo¹⁵⁵. È indispensabile che le norme siano chiare e precise nel loro contenuto in quanto norme scarsamente determinate comportano il rischio di un'applicazione poco tassativa delle norme con la conseguenza che il giudice dalla mera interpretazione si trovi a passare ad una vera e propria creazione delle norme¹⁵⁶: laddove la legge penale prevedesse fattispecie criminose particolarmente vaghe o ad ampio raggio (ad esempio: descrivendo il reato con il solo riferimento all'interesse oggetto della lesione o con altro riferimento ancora più generico) il principio di legalità risulterebbe, anche se non violato, comunque allentato nel suo rigore e nella garanzia che esso rappresenta per la libertà individuale¹⁵⁷.

Nella disposizione in esame, invece, il contenuto normativo si mostra impreciso ed indeterminato ed il mancato rispetto del principio di tassatività e determinatezza si rinviene tanto al momento della normativizzazione delle linee guida e delle buone pratiche accreditate come elemento determinante la depenalizzazione di una condotta, tanto nell'introduzione di un inedito concetto di colpa lieve come limite della non punibilità.

In quanto alle linee guida ed alle buone pratiche, la violazione si concretizza nella mancanza dell'indicazione di parametri di giudizio in base ai quali valutarne il requisito di "scientificità"; infatti non sono specificate quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici e di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica ed infine quale sia la pubblicità idonea a diffonderle e renderle conoscibili ai sanitari, così come non viene specificato come debba essere individuata la comunità scientifica (locale, regionale, nazionale, europea o internazionale) da cui debba provenire l'accreditamento¹⁵⁸.

Ciò implica che non si capisce quali siano le linee guida cui il sanitario è tenuto ad orientarsi per non incorrere in responsabilità penale per colpa lieve. Sarebbe stato, quindi, necessario che il legislatore non si fosse limitato ad indicare semplicemente che le linee guida che possono assumere rilievo giudiziario sono quelle accreditate dalla comunità scientifica ma avesse fornito un parametro più certo nell'accertamento della colpa, indicando in altra fonte normativa quali linee guida valgono per il raggiungimento dello scopo della norma¹⁵⁹. A questo problema potrebbe porsi rimedio indicando precisamente, in uno specifico decreto del Ministero della Salute, quali sono gli enti ritenuti idonei alla creazione di linee guida effettivamente valide ai fini della depenalizzazione di una condotta. In questo modo, non solo il medico sarebbe messo in condizione di conoscere ex ante quali sono le linee guida senza alcun dubbio accreditate ma, oltretutto, si stroncherebbe il c.d. fenomeno della "scelta postuma" cioè quella prassi diffusa per la quale i medici, approfittando dell'esistenza di

considerazioni, cit., 92; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 77.

¹⁵⁵ S. MOCCIA *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano* cit., 13.

¹⁵⁶ S. MOCCIA *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 14.

¹⁵⁷ G. VASSALLI, *art.25 Cost; art.1,199 c.p.; art 14 d.gen*, cit., 495.

¹⁵⁸ M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, cit., 135.

¹⁵⁹ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012, 4.

una vastità enorme di linee guida spesso ambivalenti, a danno avvenuto, si appellano a qualunque di esse per giustificare processualmente la propria condotta oggetto di contestazione approfittando proprio del fatto che non sono ben definiti i criteri di approvazione scientifica cui è subordinata la validità di una linea guida¹⁶⁰. Se le linee guida valide fossero specificate all'interno di un decreto non risulterebbe più processualmente tanto facile appellarsi a linee guida non approvate in quanto esisterebbero margini di incertezza solo minimi; permarrrebbe, infatti, solo quel deficit di tassatività ineliminabile in quanto conseguenza necessaria delle intrinseche peculiarità che contraddistinguono la scienza medica che, essendo per sua natura in continua evoluzione, non rende possibile bloccare il comportamento del medico in regole di comportamento rigidamente predeterminate¹⁶¹. In quanto all'introduzione nell'ordinamento dell'inedito concetto di colpa lieve, quale limite massimo dell'esimente prevista dalla riforma, la violazione al principio di tassatività e determinatezza va rinvenuto nel fatto che la norma non solo non fornisce alcuna definizione di colpa lieve ma neanche fa minimo cenno ai criteri valutativi secondo cui poter ricostruire il concetto di colpa grave la cui ricostruzione aiuterebbe a giungere alla definizione di colpa lieve.

La previsione della colpa lieve viola il principio di tassatività perché non indica neanche alcun criterio in base al quale affermare quando la colpa del medico che si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche possa considerarsi grave, quindi, la lievità/gravità della colpa è normativamente imposta senza però che all'interprete siano dati gli strumenti per valutarla in concreto. Richiamando il concetto di colpa lieve, il legislatore ha voluto fornire un criterio di misurazione della colpa mediante il rispetto delle regole cautelari o paracautelari rappresentate dai protocolli ed ha offerto la colpa lieve come criterio per la rivalutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità colposa introducendo così una differenza tra colpa lieve e grave che non aveva mai avuto rilievo penalistico come criterio di esclusione della punibilità¹⁶².

Si tratta di una differenza che comporta una distinzione all'interno della categoria stessa della colpa – una distinzione estranea ed aggiuntiva rispetto all'art.43 c.p. ed in precedenza ricavabile solo implicitamente dal disposto di cui agli artt. 133 e 61 c.p. – senza però riformare il codice penale nè provvedere a fornire una definizione di colpa lieve.

Sarebbe stato più corretto provvedere alla modifica dell'art. 43 c.p. specificando che, in materia penale, assume rilievo solo la colpa grave così si sarebbe avuta una normativa di carattere generale che avrebbe potuto riguardare tutti coloro che si trovano ad agire in attività rischiose non creando quella situazione di disparità generata dalla normativa della legge Balduzzi in cui chi riveste la qualifica di medico rispetto a chi non ne è provvisto, di fronte allo stesso evento, risponde solo per colpa grave mentre i secondi anche per colpa lieve. Dunque, resta indefinita la precisa linea di confine tra colpa lieve e colpa grave e risulta affidata alla discrezionalità dei giudici la delimitazione del *discrimen* della punibilità, rimettendo ad essi l'interpretazione e l'applicazione della formula normativa al fine di individuare i criteri di giudizio atti a discernere la rilevanza penale o meno del fatto mentre,

¹⁶⁰ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012, 4.

¹⁶¹ A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione* Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n.16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, cit., 103.

¹⁶² A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, cit., 345; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 18*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012, 1.

avendo il legislatore spostato la soglia della punibilità fissandone il limite attraverso il riferimento al grado della colpa, sarebbe stato opportuno che egli avesse provveduto quanto meno ad indicare i parametri normativi da considerare per delimitare l'ambito della colpa lieve¹⁶³.

Dunque, la menzione della soglia di punibilità come parametro della colpevolezza attraverso il riferimento al grado della colpa richiedeva un intervento più rigoroso essendo il concetto di colpa lieve sconosciuto nel nostro ordinamento¹⁶⁴. La formula “*non risponde penalmente per colpa lieve*” è troppo generica e passibile di diverse e contrapposte interpretazioni ed evidenzia l'imprecisione e l'indeterminatezza di un dato normativo che contrasta con il principio di legalità in quanto a ragionevolezza e tassatività¹⁶⁵.

Il legislatore, intervenendo in un settore delicato come quello sanitario, introducendo un inedito concetto normativo di colpa lieve penalmente irrilevante, non avrebbe dovuto elaborare una norma dal contenuto così indeterminato e problematico ma piuttosto dare una definizione puntuale di colpa lieve attraverso tassativi, determinati e precisi parametri normativi idonei a delimitare il confine della punibilità o per lo meno avrebbe dovuto offrire dei parametri di riferimento in base ai quali ricostruire la figura per chiarire effettivamente quando si debba punire e quando no, evitando di lasciare tale decisione all'arbitrio del giudice¹⁶⁶.

Proprio a causa di questa carenza definitoria, la norma risulta lesiva del principio di legalità sia dal punto di vista della tassatività che della determinatezza.

Non essendo chiara e precisa nella sua formulazione, la norma lede il principio di determinatezza posto a garanzia della libertà e della sicurezza del cittadino il quale solo di fronte a leggi precise e chiare può comprendere ciò che gli è consentito e ciò che invece gli è vietato: è necessario che sia data al cittadino, prima ancora che al giudice, una definizione di colpa lieve o dei suoi criteri di determinazione, perché solo in questo modo risultano definiti i contenuti dei suoi doveri e questa determinazione è indispensabile sia perché il nostro ordinamento prevede che il cittadino ha il diritto di conoscere *ex ante* le condotte penalmente sanzionate, sia per evitare che il cittadino possa invocare a propria scusa l'erronea interpretazione della legge penale quando questa sia stata determinata dall'oscurità del testo legislativo¹⁶⁷. A causa della sua indeterminatezza, tale normativa dà problemi anche applicativi e dunque contrasta con il principio di tassatività in quanto non consente di delineare in modo ben definito l'ambito applicativo lasciando ampi margini di discrezionalità interpretativa ai

¹⁶³ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92; M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreati e altri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013; G. CASSANO/B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, cit., 16; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, cit., 128.

¹⁶⁴ M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreati e altri* in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013.

¹⁶⁵ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 7 – 8; G. CASSANO/B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, cit., 15.

¹⁶⁶ M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale. Nota a Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreati e altri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013.

¹⁶⁷ P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, cit., 92 D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 77.

giudici. In conclusione, la riforma di cui si necessitava avrebbe dovuto essere più tecnica e precisa in modo da suscitare meno dubbi interpretativi e da evitare il contrasto con il fondamentale principio di legalità. A tal fine, si sarebbe dovuto pienamente rispettare il principio di tassatività e determinatezza – aspetto irrinunciabile del principio di legalità - in quanto costituisce un aspetto importante del rapporto tra autorità ed individuo dato che nel momento in cui esso si attenua, l'ordinamento concretizza uno scarso rispetto per la libertà individuale poichè non solo non mette l'individuo in condizione di orientarsi con piena consapevolezza nella scelta della condotta, non solo non protegge l'individuo dall'autorità statale ma non consente neanche di assolvere all'esigenza di uguaglianza in quanto solo rispetto a norme redatte con chiarezza e precisione il procedimento interpretativo di adeguamento al caso concreto sarà più semplice ed univoco e, quindi, più basso sarà il rischio di disuguaglianze¹⁶⁸.

6.1. Per ovviare all'ambiguità interpretativa cui si presta la c.d. legge Balduzzi si sente fortemente l'esigenza di una riforma: di fronte ad un quadro normativo che si presenta incerto la materia si è trovata ad essere affidata alla sola giurisprudenza che, con la sua attività interpretativa, è intervenuta costantemente nel merito sostituendosi al legislatore il che non solo ha impedito a questa legge il pieno raggiungimento degli obiettivi che si è prefissata ma ha anche fatto emergere una forte esigenza di far chiarezza.

Di fronte a tale dato oggettivo, è evidente che ci sia bisogno di regolamentare nuovamente la materia cercando di colmare l'attuale vuoto legislativo a causa del quale perdura la necessità di una previsione normativa che consenta di porre concretamente rimedio alla mole (ormai enorme e sempre crescente) del contenzioso medico legale ed al conseguente fenomeno della medicina difensiva obiettivi che non si è riuscito a raggiungere attraverso la legge Balduzzi proprio a causa della sua ambiguità. A tal fine è intervenuto il disegno di legge n. 2224 c.d. D.d.L. Gelli – avente ad oggetto “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” - il cui testo definitivo è stato approvato, il 28 gennaio 2016, dalla Camera dei deputati ed è attualmente in esame al Senato.

Il D.d.L. Gelli è una proposta di legge che prosegue con la strada aperta del decreto Balduzzi sulla creazione di un “sottosistema” della responsabilità professionale sanitaria¹⁶⁹ e mira a garantire la sicurezza delle cure come parte costitutiva del diritto alla salute proponendosi di raggiungere un equilibrio tra le esigenze di serenità del professionista nello svolgimento della propria professione ed il diritto dei cittadini dinanzi ai casi di malasanità attraverso la previsione di maggiori le garanzie e tutele sia per l'uno che per l'altro e puntando sulla prevenzione dell'errore sanitario¹⁷⁰.

¹⁶⁸ S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 17-19.

¹⁶⁹ L. BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it, 29 novembre 2015; *Sanità, Parla (Scudomed): allargare impunità medici in ddl Gelli*, in www.askanews.it, 28 maggio 2016.

¹⁷⁰ M. CRISAFI, *Addio alla responsabilità del medico anche per colpa grave. Via libera dalla Camera alla riforma.*, in www.studiocataldi.it, gennaio 2016; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte). Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, Giugno

Quella del medico è di per sé un'attività rischiosa e la facilità con cui i medici e gli operatori sanitari possono essere chiamati in giudizio è una tematica che da molti anni affligge il mondo sanitario nazionale italiano per cui è comprensibile che i professionisti, nell'esercizio della loro professione, vivano nel timore di essere coinvolti in cause civili o penali considerando che nell'ultimo decennio si è assistito ad un incredibile aumento dei ricorsi per casi di malasanità.

Quindi, con il D.d.L. Gelli, si vuole venire incontro ai medici per tutelarli da eventuali tentativi speculatori proponendo una normativa che ha come scopo quello di limitare il ricorso al contenzioso medico legale in quanto si ritiene che solo in tal modo è possibile che i professionisti si sentano liberi e sereni nello svolgimento della propria attività e tornino, quindi, ad occuparsi dei problemi di salute senza pensare ai problemi legali¹⁷¹; al contempo però non possono essere trascurate le esigenze dei pazienti che, di fronte ai casi di malasanità, vogliono veder tutelati i propri diritti, pertanto viene loro riconosciuto il diritto ad una informazione completa e chiara e la possibilità di essere risarciti in tempi brevi e con modalità certe per i danni eventualmente subiti¹⁷².

Dunque, si tratta di un progetto di legge che vuole recuperare il rapporto di fiducia tra medico e paziente in un clima di serenità e sicurezza per entrambi e conseguire una buona gestione del rischio clinico apportando molte novità in ambito sia penale che civile¹⁷³.

In particolare, per quanto riguarda le novità in ambito penale, bisogna porre l'attenzione sugli artt. 5 e 6 della proposta di legge in esame.

L'art. 6 dispone che dopo l'art. 590-bis del codice penale è inserito l'art. 590-ter - intitolato *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario* – il quale prevede che «L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico - assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge».

L'art.6, con il far riferimento alle linee guida, rende necessario prendere in considerazione anche l'art. 5 – intitolato *Buone pratiche clinico - assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida* - secondo cui «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico - assistenziali e alle raccomandazioni previste

2016; T. FRITTELLI, *Responsabilità professionale Il soggetto debole del ddl Gelli: le aziende sanitarie e il Ssn* in www.quotidianosanita.it, 23 maggio 2016; M. MORO, *Responsabilità sanitaria: conferme e novità dal ddl Gelli*, in www.insurancereview.it, giugno 2016.

¹⁷¹ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016; *Sanità, Parla (Scudomed): allargare impunità medici in ddl Gelli*, cit., www.askanews.it, 28 maggio 2016; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, Giugno 2016.

¹⁷² ABOUTPHARMA, *Responsabilità professionale: il ddl all'esame della Camera*, in www.aboutpharma.com, gennaio 2016.

¹⁷³ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro centottantagioni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Ai fini della presente legge, le linee guida sono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida e pubblicate nel sito internet dell'Istituto superiore di sanità».

Dall'analisi del primo comma del nuovo art. 590 *ter* c.p. si evince una depenalizzazione, in caso di comportamento imperito del medico, di tutte le forme di gradazione della colpa diverse da quella grave pertanto, sia la colpa lieve che quella normale rientrano nell'area del penalmente irrilevante¹⁷⁴.

Con tale disposizione normativa il legislatore si propone di proseguire il lavoro iniziato dalla legge Balduzzi ma in un'ottica di forte limitazione della responsabilità penale quindi, sostanzialmente, riproduce quanto affermato dalla legge Balduzzi ma con dei concreti chiarimenti ed alcune differenze.

Innanzitutto, la previsione normativa si riferisce esclusivamente al comportamento imperito del medico e non anche a quello imprudente e a quello negligente, facendo così propri gli ultimi approdi giurisprudenziali maggioritari successivi alla legge Balduzzi: con la menzione della sola imperizia, si vuole sopprimere quell'orientamento giurisprudenziale minoritario per il quale la colpa lieve nell'attenersi a linee guida importa la non punibilità anche nelle ipotesi di negligenza e imprudenza¹⁷⁵ ribadendo l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza sulla Balduzzi e, dunque, il principio del "*culpa levis sine imperitia non excusat*" secondo cui per imperizia lieve non si risponde penalmente mentre se la colpa lieve si manifesta nelle forme della negligenza o dell'imperizia se ne risponderà¹⁷⁶.

Con tale previsione si sostituisce il concetto della generica colpa (caratteristico della legge Balduzzi) con quello di imperizia inserendo, dunque, il principio di imperizia quale unico parametro di riferimento per definire la gravità della colpa¹⁷⁷.

Inoltre, la novella afferma chiaramente che il sanitario, nei casi indicati (cioè quelli di imperizia), risponde solo per colpa grave; in tal modo si vuole porre fine al dubbio interpretativo - sorto in seguito all'entrata in vigore dell'art. 3 della legge 189 del 2012 e rimasto insoluto - relativo al regime applicabile nelle ipotesi di colpa ordinaria: sul punto un primo orientamento sosteneva che il legislatore avesse voluto configurare una responsabilità solo per colpa grave facendo defluire all'interno

¹⁷⁴ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

¹⁷⁵ P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli – Bianco. Testo della relazione svolta al IX Forum permanente sulla responsabilità professionale sanitaria - 4 marzo 2016*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 marzo 2016.

¹⁷⁶ *Colpa medica (art. 3 d.l. 158/2012 convertito in l. 189/2012) e D.d.L. Gelli – Bianco in ordine alla riforma della responsabilità del personale sanitario*, in www.deiurecriminalibus.altervista.org, 4 aprile 2016; ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl Gelli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, 26.

¹⁷⁷ P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco. Testo della relazione svolta al IX Forum permanente sulla responsabilità professionale sanitaria - 4 marzo 2016*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 marzo 2016.

della colpa lieve anche le ipotesi di colpa normale; un'altra tesi riteneva, invece, che il legislatore, depenalizzando esclusivamente la colpa lieve, avesse voluto far residuare la punibilità della colpa normale rientrante, quindi, nell'area del penalmente rilevante¹⁷⁸.

Dunque, la proposta di legge in esame si propone di superare questo dubbio prevedendo esplicitamente la depenalizzazione di tutte le forme di gradazione della colpa diverse da quella grave (depenalizzazione parziale) per cui sia la colpa lieve che quella normale rientrerebbero nell'area del penalmente irrilevante¹⁷⁹: si tratta di una depenalizzazione che incontra il suo limite nelle sole fattispecie caratterizzate da colpa grave, pertanto, permane la responsabilità penale per colpa grave in caso di comportamento imperito del sanitario.

Va poi evidenziato che, a differenza di quanto avviene nel comma 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, nel primo comma dell'art.6 del D.d.L. Gelli non si ha alcun richiamo al rispetto delle linee guida o delle buone pratiche limitandosi a far riferimento al solo concetto di imperizia.

Dalla mancanza di tale riferimento può desumersi la volontà del legislatore di escludere, nei casi di imperizia, la necessità di accertare, in concreto, che il medico si sia adeguato alle linee guida: la legge Balduzzi imponeva che il comportamento imperito del medico andasse esente da responsabilità in caso di colpa lieve soltanto se il professionista riuscisse a dimostrare in giudizio di aver rispettato (anche) le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica il che consentiva al giudice di valutare discrezionalmente il caso concreto e provocava una restrizione dell'ambito applicativo della norma; mentre, con la previsione contenuta nel secondo comma del disposto normativo in esame – partendo dal presupposto che le linee guida sono anch'esse regole di perizia e, dunque, soltanto un aspetto del più generale concetto di imperizia intesa come regola cautelare dal contenuto assai ampio indicante il comportamento medico posto in essere in contrasto con le regole tecniche (cd. *leges artis*) - il legislatore ha ritenuto opportuno escludere questo ulteriore accertamento e pertanto, in caso di comportamento imperito, non sarà più tenuto a dimostrare di essersi attenuto alle linee guida per andare esente da responsabilità in caso di colpa lieve ed in tal modo risulta ampliato l'ambito applicativo della norma¹⁸⁰.

Dall'analisi del secondo comma del nuovo art. 590-ter c.p. si evince la previsione di una integrale depenalizzazione della colpa.

Il comma due prevede l'esclusione della colpa grave quando vi è il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico assistenziali linee guida, salve le rilevanti specificità del caso concreto.

Sulla base del primo comma il professionista, in caso di comportamento imperito, è punibile solo per colpa grave ed in questo secondo comma il legislatore non fa altro che limitare ulteriormente l'ambito della responsabilità penale del professionista prevedendo l'esclusione anche della colpa grave e rinvenendo la giustificazione di tale esclusione nel rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida il che significa che il professionista è

¹⁷⁸ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

¹⁷⁹ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

¹⁸⁰ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

esente da responsabilità per colpa grave quando le ha rispettate (permanendo, invece, la responsabilità per colpa grave in caso di comportamento imperito del sanitario posto in essere in violazione delle linee guida e delle pratiche clinico-assistenziali)¹⁸¹; allo stesso tempo, però, il legislatore fa salve le ipotesi in cui le rilevanti specificità del caso concreto esigano un comportamento non conforme a quanto previsto dalle buone pratiche clinico - assistenziali e dalle raccomandazioni previste dalle linee guida per cui la colpa grave sussiste in quei casi in cui le linee guida sono state rispettate ma non si sarebbero dovute rispettare in ragione delle rilevanti specificità del caso concreto che richiedevano di agire diversamente il che vuol dire che le linee guida non devono essere rispettate in ogni caso ed anzi, rispettarle nei casi in cui le rilevanti specificità del caso concreto impongano di agire diversamente genera punibilità¹⁸².

Dunque Il D.d.L. Gelli ha operato, in sostanza, una totale depenalizzazione della colpa qualora risultino rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e dalle buone pratiche clinico - assistenziali: si tratta di una scriminante speciale della colpa grave che, mantenendo il riferimento alle linee e buone pratiche come motivo di esclusione di colpa, elimina la responsabilità penale anche in caso di colpa grave salvo che rilevanti specificità del caso concreto richiedessero un agire non conforme alle prescrizioni contenute nelle linee guida e nelle buone pratiche (resta, quindi, ferma l'autonomia del professionista nel valutare caso per caso come comportarsi)¹⁸³.

Anche in questo caso viene cristallizzato nel testo di legge l'orientamento giurisprudenziale maggioritario formatosi sul punto successivamente alla legge Balduzzi con la differenza che mentre nel principio giurisprudenziale post Balduzzi si usa l'aggettivo *macroscopico*, nel testo di legge Gelli si parla di *rilevanti specificità del caso concreto*¹⁸⁴.

Trattandosi di una depenalizzazione integrale la norma qui, a differenza del primo comma, non poteva non fare espresso richiamo al rispetto delle buone pratiche clinico - assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida essendo necessario indicare il motivo che giustificasse l'esclusione della colpa.

Si sottolinea, infine, che il comma 2 dell'art. 590 *ter* c.p. richiede il rispetto dalle linee guida ma non richiama il concetto di imperizia, il che riproporrà la discussione sorta tra gli interpreti *post* legge Balduzzi ma anche in tal caso la soluzione non potrà che essere quella di escludere l'applicazione dell'art. 590 *ter* 2 comma c.p. ai comportamenti imprudenti o negligenti del professionista, per le stesse ragioni esplicate in passato dalla giurisprudenza: le linee guida rappresentano, per definizione, delle direttive di carattere generale che il medico deve applicare al caso concreto “*con scienza*

¹⁸¹ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016; L. BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it, 29 novembre 2015; ABOUTPHARMA, *Responsabilità professionale: il ddl all'esame della Camera*, in www.aboutpharma.com, gennaio 2016.

¹⁸² ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl geli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, 26.

¹⁸³ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016; ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl geli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, 27 e 29.

¹⁸⁴ P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli – Bianco. Testo della relazione svolta al IX Forum permanente sulla responsabilità professionale sanitaria - 4 marzo 2016*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 marzo 2016; *Colpa medica (art. 3 d.l. 158/2012 convertito in l. 189/2012) e D.d.L. Gelli – Bianco in ordine alla riforma della responsabilità del personale sanitario*, in www.deiurecriminalibus.altervista.org, 4 aprile 2016.

e coscienza” ossia sempre secondo “diligenza” e “prudenza” per cui negligenza ed imprudenza non dovrebbero mai sussistere nell’esercizio della professione¹⁸⁵. Quindi, nei due commi dell’art. 6 della legge Gelli vengono ratificati i principi della dominante giurisprudenza post Balduzzi ma il D.d.L. in esame contiene anche due importanti novità: la prima riguarda i reati e la seconda le linee guida¹⁸⁶. In quanto ai reati va evidenziato che l’art. 3 della legge Balduzzi non indica a quali reati esso è applicabile risultando così di applicazione generica cioè applicabile indistintamente a tutti i reati mentre il D.d.L. in disamina si riferisce esclusivamente ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. rimanendo, quindi, fuori dal suo ambito applicativo tutti gli altri reati nei quali è possibile fare questione di linee guida e di colpa lieve: si pensi ai casi di interruzione colposa di gravidanza e all’ipotesi del radiologo che ottiene l’informazione diagnostica mediante una tac, anziché mediante un’ecografia che sarebbe stata altrettanto informativa ma avrebbe evitato l’esposizione del paziente a radiazioni ionizzanti dannose¹⁸⁷.

Per evitare l’incostituzionalità occorrerebbe eliminare nel testo normativo il riferimento ai soli reati di omicidio colposo e lesioni colpose.

Comunque, anche se si deciderà di mantenere la limitazione ai soli reati di omicidio colposo e lesioni colpose, l’art.6 della legge Gelli non potrà essere denominato numericamente art. 590 ter c.p. in quanto questa denominazione numerica è già stata recentemente assegnata all’aggravante della fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali, con riferimento al nuovo art. 590 bis c.p. (Lesioni personali stradali gravi o gravissime), nel testo approvato definitivamente in Senato lo scorso 2 marzo 2016¹⁸⁸.

In quanto alle linee guida: con la legge Balduzzi è stato inserito il ruolo del sapere scientifico e delle linee guida come parametro di riferimento per stabilire il livello della responsabilità da attribuire al medico in caso di danno¹⁸⁹ ed ora, con la proposta di legge Gelli, si riafferma il valore delle linee guida però, mentre la legge Balduzzi non indica quali siano le buone pratiche e le linee guida rilevanti per la sua applicazione limitandosi solo a richiamare espressamente le linee guida e le buone pratiche “accreditate dalla comunità scientifica”, l’art. 6 della legge Gelli le indica espressamente identificandole in quelle che sono definite e pubblicate ai sensi di legge e cioè ai sensi dell’art. 5 della stessa legge e cioè in quelle linee guida indicate dalle società scientifiche e dagli istituti di ricerca iscritti in un “*apposito elenco*” determinato da un decreto ministeriale¹⁹⁰.

¹⁸⁵ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016; ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl geli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, 28.

¹⁸⁶ P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell’approvanda legge Gelli – Bianco. Testo della relazione svolta al IX Forum permanente sulla responsabilità professionale sanitaria - 4 marzo 2016*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 marzo 2016.

¹⁸⁷ P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell’approvanda legge Gelli – Bianco. Testo della relazione svolta al IX Forum permanente sulla responsabilità professionale sanitaria - 4 marzo 2016*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 marzo 2016.

¹⁸⁸ *Colpa medica (art. 3 d.l. 158/2012 convertito in l. 189/2012) e D.d.L. Gelli – Bianco in ordine alla riforma della responsabilità del personale sanitario, cit.*, in www.deiurecriminalibus.altervista.org, 4 aprile 2016.

¹⁸⁹ M. MORO, *Responsabilità sanitaria: conferme e novità dal ddl Gelli*, in www.insurancereview.it, giugno 2016.

¹⁹⁰ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

Dunque, con la proposta di legge Gelli si procede alla positivizzazione delle raccomandazioni previste dalle linee guida mediante il riconoscimento preventivo, in sede regolamentare, delle società emananti le linee guida nell'apposito elenco istituito e regolamentato in sede ministeriale per mezzo di decreto¹⁹¹.

Si intuisce agevolmente che lo scopo del legislatore sia quello di offrire al medico ed all'interprete penale criteri di riferimento più certi rispetto al passato; in tal modo, infatti, il D.d.L. Gelli mira a soddisfare un'esigenza pratica molto sentita, quella appunto di individuare quali siano le linee guida alle quali il sanitario deve attenersi per evitare una responsabilità e che devono essere utilizzate nel giudizio penale¹⁹².

Si rende così possibile conoscere, prima che la condotta venga tenuta, qual'è la condotta lecita e quella illecita ed, in tal modo, la fattispecie colposa guadagna in termini di determinatezza: quella carenza di determinatezza tanto sentita e discussa a seguito dell'approvazione del decreto Balduzzi potrebbe, quindi, finalmente essere colmata con l'approvazione dell'art. 5 della proposta di legge in esame¹⁹³.

Inoltre, la formalizzazione delle regole cautelari del settore medico conferisce il crisma della giuridicità alle linee guida ed alle buone pratiche che non solo risultano certificate - la garanzia della sussistenza del requisito dell'accreditamento scientifico richiesto dalla legge Balduzzi viene ora dall'inserimento in un apposito elenco finalizzato a renderle più facilmente reperibili¹⁹⁴ - ma soprattutto ben possono integrare il precetto penale di cui all'art. 590 *ter* c.p. poiché in tal modo si presentano come una fonte *sub* regolamentare tecnica idonea ad integrare il precetto penale in sintonia col disposto costituzionale di cui all'art. 25 Cost.¹⁹⁵.

Sulla base di quanto analizzato fino ad ora, può dirsi che la legislazione medica, grazie al D.d.L. Gelli, ne guadagna in determinatezza sia in quanto alla definizione della gravità della colpa sia in quanto alla identificazione delle linee guida e delle buone pratiche ma vi sono alcune osservazioni critiche da fare.

In primo luogo, in quanto alle linee guida ed alle buone pratiche clinico – assistenziali, va detto che a seguito dell'analisi del decreto Balduzzi si riteneva necessario che il legislatore intervenisse nuovamente per fornire un parametro più certo nell'accertamento della colpa non essendo sufficiente affermare semplicemente che si trattasse di linee guida "accreditate dalla comunità scientifica" e la soluzione ritenuta più idonea sembrava quella di indicare *ex ante* in altra fonte normativa quali linee guida accreditate valessero per il raggiungimento dello scopo della norma ed a tal fine si riteneva

¹⁹¹ "Sanità, Parla (Scudomed): allargare impunità medici in ddl Gelli", in www.askanews.it, 28 maggio 2016; AIGA, *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*, Commento Giunta AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) al DDL C. 1769 – S. 2224, in www.aiga.it, giugno 2016.

¹⁹² P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco. Testo della relazione svolta al IX Forum permanente sulla responsabilità professionale sanitaria - 4 marzo 2016*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 marzo 2016.

¹⁹³ *Colpa medica (art. 3 d.l. 158/2012 convertito in l. 189/2012) e D.d.L. Gelli-Bianco in ordine alla riforma della responsabilità del personale sanitario*, in www.deiurecriminalibus.altervista.org, 4 aprile 2016.

¹⁹⁴ C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, Giugno 2016.

¹⁹⁵ AIGA, *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*, Commento Giunta AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) al DDL C. 1769 – S. 2224, in www.aiga.it, giugno 2016.

opportuno fossero indicati precisamente, in uno specifico decreto del Ministero della Salute, quali fossero gli enti ritenuti idonei alla creazione di linee guida effettivamente valide ai fini della depenalizzazione di una condotta.

Il D.d.L. Gelli riesce in parte a soddisfare questa esigenza prevedendo che le buone pratiche clinico – assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida cui il medico deve attenersi per limitare un possibile contenzioso devono essere emanate dalle Società Scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della Salute per poi essere inserite nel Sistema Nazionale per le Linee Guida e pubblicate nel sito internet dell'Istituto Superiore della Sanità.

In tal modo le linee guida entrerebbero a far parte del Sistema Nazionale delle Linee Guida dell'Iss ma vi sono dubbi sul se tale soluzione soddisfi le esigenze di indipendenza della scienza sollecitate da più parti: nel testo non si afferma chiaramente che il sistema sarà governato dall'Istituto Superiore della Sanità ma piuttosto che tali linee guida saranno inserite nel Sistema Nazionale delle Linee Guida, per cui non si capisce quale sarà effettivamente il ruolo svolto dall'ISS cioè se gli verrà assegnato solo il compito di pubblicare sul suo sito quanto prodotto dalle società scientifiche o se avrà, come sarebbe opportuno, una funzione di garante per contenuti, metodologia, trasparenza, tempestività dell'aggiornamento e gestione del conflitto di interesse¹⁹⁶.

Con una norma come questa che non definisce chiaramente il ruolo attribuito all'ISS, il Sistema Nazionale delle Linee Guida per la cura e la prevenzione delle patologie potrebbe trovarsi a non essere più prodotto in maniera indipendente dai ricercatori dell'ISS in quanto la gestione sarebbe affidata a società scientifiche inserite in un lista scelta dal governo il quale, in tal modo, estenderebbe la sua influenza ed il suo controllo anche in questo campo lasciando all'ISS il solo computo formale di pubblicare le linee e questa sarebbe una situazione che danneggerebbe l'indipendenza della scienza e degli operatori sanitari¹⁹⁷ con questa previsione, infatti, si rischia di aprire la strada verso una “medicina amministrata” ossia verso la produzione di linee guida figlie della politica il che desta molta preoccupazione considerando che ciò significherebbe che esse si troverebbero ad essere vincolate ad interessi di tipo economico e politico dai quali, invece, dovrebbero essere totalmente svincolate; in tal senso la “comunità scientifica” del decreto Balduzzi diventa una sorta di comunità scientifica parastatale nel testo della legge Gelli¹⁹⁸.

Titolare e responsabile della tutela della salute dei cittadini è il SSN pertanto responsabile della definizione di linee guida e buone pratiche clinico – assistenziali di riferimento nazionali dovrebbe essere proprio il SSN che non dovrebbe in alcun modo abdicare alla propria funzione in favore delle

¹⁹⁶ G. RODRIQUEZ, *Responsabilità professionale. Una legge troppo sbilanciata a favore dei medici o si è trovato il giusto equilibrio? Faccia a faccia Gelli e Aceti*, in www.quotidianosanita.it, 29 gennaio 2016; FONDAZIONE GIMBE, *Responsabilità Professionale: l'Art. 5 del DDL Gelli è da riscrivere?*, Audizione della Fondazione GIMBE presso la Commissione Igiene e Sanità del Senato della Repubblica Roma del 5 aprile 2016 in www.gimbe.org, 6 aprile 2016.

¹⁹⁷ G. RODRIQUEZ, *Responsabilità professionale. Una legge troppo sbilanciata a favore dei medici o si è trovato il giusto equilibrio? Faccia a faccia Gelli e Aceti*, in www.quotidianosanita.it, 29 gennaio 2016.

¹⁹⁸ L.BENCI *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it 29 novembre 2015; FONDAZIONE GIMBE, *Responsabilità Professionale: l'Art. 5 del DDL Gelli è da riscrivere?*, Audizione della Fondazione GIMBE presso la Commissione Igiene e Sanità del Senato della Repubblica Roma del 5 aprile 2016 in www.gimbe.org, 6 aprile 2016.

società scientifiche¹⁹⁹ che spesso sono portatrici di fini corporativi che poco hanno a che fare con la scienza rappresentando piuttosto interessi particolari di tipo economico e di potere da tutelare e da spartire poi tra i membri e tutto ciò andrebbe a sfavore della qualità delle linee guida che si troverebbe a non essere garantita nè dall'autorevolezza di chi le produce, nè dalla loro legittimazione normativa, nè dal rigore metodologico nel processo di elaborazione, nell'accuratezza nella ricerca, nella valutazione e nella selezione delle evidenze scientifiche nè da un adeguato controllo di eventuali conflitti di interesse nella loro formulazione laddove invece logiche di "economicità della gestione" non devono in alcun modo interferire con la cura del paziente e rigore metodologico e trasparenza sono ingredienti fondamentali delle linee guida di buona qualità²⁰⁰.

Pertanto, non sembra giusto attribuire alle società scientifiche l'esclusività nel processo di definizione delle linee guida dovendo necessariamente essere coinvolte anche le articolazioni del SSN (Ministero della Salute, Regioni, ASL) che, attraverso proprie rappresentanze tecnico-scientifiche pubbliche (ISS, Agenas,...) formate da esperti senza conflitti di interesse, devono rivestire un ruolo non solo di coordinazione e controllo ma anche di partecipazione attiva al processo formativo delle raccomandazioni e delle buone pratiche entrando nel merito delle valutazioni scientifiche al fine di tutelare concretamente gli interessi della comunità di riferimento da qualsiasi decisione possa essere presa solo per ragioni politiche, economiche e di potere ed inoltre, sarebbe positivo anche che nel processo formativo delle linee guida fossero coinvolte le associazioni di cittadini e pazienti²⁰¹.

Dunque, l'indipendenza dell'elaborazione delle linee guida deve rimanere in capo alla scienza e a tal fine non è sufficiente che l'Istituto Superiore della Sanità si limiti semplicemente a validare e certificare le linee guida prodotte per poi pubblicarle sul proprio sito internet: l'ISS deve prendere parte attiva al processo di formazione delle linee e, pertanto, sarebbe opportuno che nel nuovo testo legislativo venga assegnato esplicitamente all'ISS la funzione di garante in quanto a contenuti, metodologia, trasparenza, tempestività dell'aggiornamento e gestione del conflitto di interesse.

In quanto, poi, alla creazione di un sistema totalmente deresponsabilizzante va detto che il progetto di riforma attualmente in discussione in Parlamento sembra proporsi l'obiettivo di superare il ruolo della colpa nella punibilità dell'operatore sanitario²⁰² ma può sorgere qualche dubbio in quanto a che questo sia il miglior modo per risolvere i problemi attualmente esistenti.

La riforma mira a continuare quel processo di depenalizzazione iniziato dalla legge Balduzzi però, mentre nella legge Balduzzi si parlava solo dell'impunibilità della colpa lieve, con la novella

¹⁹⁹ A. DONZELLI, *Responsabilità professionale. Chi decide le Linee Guida? Lettera aperta all'Onorevole Gelli*, in www.senato.it, 22 ottobre 2015, 1.

²⁰⁰ Intersindacale medica e sanitaria, *Responsabilità professionale. Dalla conciliazione alle linee guida. Ecco tutte le criticità del Ddl secondo l'Intersindacale medica e sanitari*, in www.quotidianosanita.it, 12 aprile 2016.

L.BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it, 29 novembre 2015; FONDAZIONE GIMBE, *Responsabilità professionale. Una legge troppo sbilanciata a favore dei medici o si è trovato il giusto equilibrio? Faccia a faccia Gelli e Aceti*, in www.quotidianosanita.it, 29 gennaio 2016.

²⁰¹ A. DONZELLI, *Responsabilità professionale. Chi decide le Linee Guida? Lettera aperta all'Onorevole Gelli*, in www.senato.it, 22 ottobre 2015, p. 4 FONDAZIONE GIMBE, *Responsabilità Professionale: l'Art. 5 del DDL Gelli è da riscrivere?*, Audizione della Fondazione GIMBE presso la Commissione Igiene e Sanità del Senato della Repubblica Roma del 5 aprile 2016 in www.gimbe.org, 6 aprile 2016.

²⁰² I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015.

normativa in esame si assiste ad un ampliamento della esenzione della responsabilità anche alla colpa grave pertanto ci troviamo rispetto ad una depenalizzazione integrale della responsabilità (salvo casi specifici) in virtù della quale il professionista sembra quasi acquisire il diritto all'impunità penale considerando che i responsabili sembrano non essere più perseguibili se non in rari casi diventando, quindi, sempre più difficoltoso per i pazienti chiedere giustizia²⁰³.

L'esigenza di superare il ruolo della colpa nella punibilità dell'operatore sanitario ha origine nella considerazione che l'eliminazione della colpa, quale causa di punibilità, è vista come mezzo per ottenere la collaborazione degli operatori per il raggiungimento del miglioramento delle prestazioni sanitarie²⁰⁴ e ciò sulla base della considerazione che nel corso degli ultimissimi anni sono state numerosissime le istanze di depenalizzazione da parte dei sanitari che si sentono vittime della querela facile del paziente e ritengono che il rischio di essere condannati pregiudichi la loro quotidiana serenità professionale tant'è vero che la causa dello svilupparsi della medicina difensiva è da rinvenire proprio nella tendenza alla colpevolizzazione del medico e nel suo bisogno di "proteggersi" a scapito di quei pazienti che un domani lo potrebbero accusare, il che dimostrerebbe la correttezza dell'affermazione che se il medico non fosse colpevolizzabile non si sentirebbe costretto a svolgere attività "difensive" a sua preventiva discolpa²⁰⁵.

Ciò nonostante non può negarsi che la responsabilizzazione del colpevole è un principio di civiltà giuridica così come lo è quello della giusta tutela della serenità operativa del lavoratore:²⁰⁶ così come è giusto che il sanitario venga tutelato nel migliore dei modi dall'accanimento giudiziario dei pazienti per poter lavorare in condizioni di serenità psicologica, così è giusto che egli risponda degli errori che compie nell'esecuzione delle proprie prestazioni e che arrecano danno al paziente; la volontà fondamentale del medico è quella di tutelare la salute del paziente quindi è giusto che egli abbia la serenità di poter lavorare senza pensare che la sua azione lo può portare in un aula di tribunale evitando così la medicina difensiva però è anche giusto che in caso di errore paghi²⁰⁷.

Quindi, prima di procedere ad una così ampia deresponsabilizzazione sarebbe opportuno, innanzitutto, porre i sanitari in condizioni idonee per un corretto svolgimento della professione; infatti va tenuto presente che i sanitari si sentirebbero sicuramente più sicuri nello svolgimento delle proprie

²⁰³ L.BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it 29 novembre 2015; N. TODESCHINI, *Riforma della responsabilità medica: critica ragionata al testo*, in www.personaedanno.it, 2015.

²⁰⁴ I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015.

²⁰⁵ N. TODESCHINI, *Riforma della responsabilità medica: critica ragionata al testo*, in www.personaedanno.it, 2015.

I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015.

²⁰⁶ I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, Giugno 2016; AIGA, *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*, Commento Giunta AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) al DDL C. 1769 – S. 2224, in www.aiga.it, giugno 2016.

²⁰⁷ ANAAO ASSOMED Toscana - Convegno organizzato Sindacato medico venerdì 19 febbraio 2016, *Responsabilità professionale: Anaa: inalmente la possibilità per l'Italia di uscire dal far west*, in www.quotidianosanita.it, 22 febbraio 2016.

prestazioni se fossero posti nella condizione di poter lavorare in un contesto privo di problemi organizzativi e di comunicazione²⁰⁸: le disfunzioni organizzative sono giornalmente sotto gli occhi di tutti e fin troppe volte sono la causa di fatti fonte di responsabilità di cui sono spesso chiamati ingiustamente a risponderne i medici (in quanto referenti della prestazione sanitaria eseguita) e non i diretti responsabili che sono per lo più soggetti che agiscono nel medesimo contesto del medico ma che sono i reali incaricati delle mansioni di tipo tecnico-gestionale e che troppo spesso assolvono negligenzemente ai loro compiti dando vita a errori da cattiva organizzazione che spesso provocano risarcimenti, morti, lesioni o dolori se non addirittura danni seriali²⁰⁹.

Ed ancora, prima di optare per una depenalizzazione totale sarebbe opportuno non sottovalutare che l'eliminazione integrale della colpa, quale causa di punibilità, in assenza di politiche di monitoraggio e controllo, potrebbe sortire un effetto opposto a quello desiderato e cioè potrebbe dar vita ad un'impunità deresponsabilizzante nel senso che i professionisti potrebbero cullarsi nella garanzia di non rischiare alcun giudizio e non impegnarsi più al meglio nell'esecuzione delle proprie prestazioni e questo non farebbe altro che peggiorare la qualità del servizio sanitario nazionale danneggiando la salute dei pazienti²¹⁰.

Sulla base di queste considerazioni la soluzione proposta dalla legge Gelli (cioè la creazione di un sistema di "esonero di responsabilità" che renda il sanitario impune nella quasi totalità dei casi) non sembra la più opportuna in quanto l'estensione della esclusione di responsabilità anche alla colpa grave può portare ad una situazione di grave vuoto di tutela in sede penale a danno della persona offesa dal reato: per la vittima della mala pratica medica diventerebbe molto difficile ricevere tutela penale per la difesa di quel diritto che la nostra Costituzione definisce "fondamentale" quale appunto il diritto alla salute (art. 32 Cost.) venendosi a trovare nella condizione di poter essere tutelato essenzialmente solo in sede civile in violazione di un altro dei diritti fondamentali dell'uomo cioè quello del diritto alla difesa (art. 24 Cost.)²¹¹. Pertanto, potrebbe risultare migliore prevedere che gli errori inevitabilmente connessi al rischio insito nella stessa natura dell'attività sanitaria, ovvero quelli non manifestamente evitabili (dunque le ipotesi di colpa lieve), non espongano il professionista ad alcun rischio giudiziario a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'impiego in modo da rendere più tranquillo lo svolgimento della professione; però appare opportuno non estendere eccessivamente l'area di esclusione della responsabilità per riconoscere alla società il diritto di chiedere che chi sba-

²⁰⁸ I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015; FONDAZIONE GIMBE, *Responsabilità Professionale: l'Art 5 del DDL Gelli è da riscrivere?*, Audizione della Fondazione GIMBE presso la Commissione Igiene e Sanità del Senato della Repubblica Roma del 5 aprile 2016 in www.gimbe.org 6 aprile 2016.

²⁰⁹ N. TODESCHINI, *Riforma della responsabilità medica: critica ragionata al testo*, in www.personaedanno.it, 2015. I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015; AIGA *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*, Commento Giunta AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) al DDL C. 1769 – S. 2224, in www.aiga.it, giugno 2016.

²¹⁰ I. PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015.

²¹¹ L. BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it, 29 novembre 2015.

glia sia chiamato a rispondere del danno provocato con tempi certi e modalità chiare per il risarcimento di un danno subito e che la ripetitività degli errori sia fonte di preclusione al proseguimento dell'attività professionale²¹².

In ultimo va considerato che questa proposta di legge, se accolta così come presentata, non riuscirà a redimere i dubbi di incostituzionalità sorti a seguito dell'emanazione del decreto Balduzzi in quanto alla violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)²¹³. A tal proposito va detto che, come con il decreto Balduzzi, anche con la legge Gelli si continua a destinare ai sanitari un trattamento differenziato (e più favorevole) rispetto a qualunque altra categoria professionale e la persistenza di tale ambito di favore per la classe medica continuerebbe a comportare una sproporzione valutativa circa la responsabilità per colpa rispetto a qualsiasi altra attività professionale²¹⁴.

Pertanto, tutte le osservazioni precedentemente fatte a sostegno della violazione del principio di uguaglianza relativamente a quanto disposto dal decreto Balduzzi rimangono tutt'oggi valide ed, anzi, si rafforzano a causa dell'ulteriore depenalizzazione operata dal D.d.L. Gelli: nel decreto Balduzzi si parlava solo dell'impunità della colpa lieve mentre con la legge Gelli vi è l'estensione anche alla colpa grave per cui le argomentazioni a sostegno della violazione del principio di uguaglianza non solo rimangono tutte in piedi ma, anzi, si rafforzano proprio a causa dell'ampliamento della esenzione dalla responsabilità prevista dal D.d.L. Gelli trattandosi di una disparità di trattamento ancora più netta²¹⁵.

Inoltre, con questa nuova legge la disparità di trattamento sussiste anche tra i soggetti appartenenti alla stessa categoria: l'introduzione di un sistema di responsabilità a "doppio binario" che configura la responsabilità del medico dipendente come extracontrattuale e, viceversa, quella del medico libero professionista e dell'ente ospedaliero in termini di responsabilità contrattuale, non consente di riservare a tutti i medici un trattamento uguale neanche in sede civile²¹⁶.

In conclusione può dirsi che il contenuto del disegno di legge Gelli è il frutto di un riordino della materia la cui necessità si fonda sulle criticità concrete che opprimono il settore sanitario a causa

²¹² ANAAO ASSOMED Toscana - Convegno organizzato dal Sindacato medico venerdì 19 febbraio 2016, *Responsabilità professionale: Anaao: finalmente la possibilità per l'Italia di uscire dal far west*, in www.quotidianosanita.it, 22 febbraio 2016; I.PARTENZA, *Colpa e Loss Prevention nel progetto di riforma della responsabilità sanitaria: serve un cambiamento culturale*, in www.faultandliability.com, 21 dicembre 2015.

²¹³ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

²¹⁴ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016; ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl Gelli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, 27; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte). Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, giugno 2016.

²¹⁵ L. BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it, 29 novembre 2015.

²¹⁶ G. RODRIQUEZ, *Responsabilità professionale. Una legge troppo sbilanciata a favore dei medici o si è trovato il giusto equilibrio? Faccia a faccia Gelli e Aceti*, in www.quotidianosanita.it, 29 gennaio 2016; C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

del grande rischio di contenziosi con i pazienti e sul tentativo di sottrarre alla giurisprudenza di legittimità l'ultima parola in tema di colpa medica²¹⁷: da un lato si vogliono risolvere i problemi interpretativi palesati dalla legge Balduzzi introducendo una normativa di riferimento in un settore in cui il vuoto legislativo ha lasciato campo libero alla giurisprudenza cercando di limitarne il potere discrezionale²¹⁸; dall'altro si cerca di creare delle aree di impunità per abbassare la pressione giudiziaria sugli operatori sanitari per tranquillizzare la classe medica in modo da consentirgli di esercitare la propria professione con la massima serenità in un clima non conflittuale così restituendo piena effettività all'art. 32 Cost. e al fondamentale diritto dell'individuo di essere curato al meglio²¹⁹ e ciò sulla base della considerazione che negli ultimi anni si è venuta a creare una grave frattura culturale tra professionisti sanitari e pazienti: i primi sempre più arroccati su posizioni difensivistiche per evitare giudizi a carico ed i secondi sempre più proiettati verso la trasformazione dell'obbligazione di assistenza medica da obbligazione di "mezzi" ad obbligazione di "risultato" (quello della guarigione comunque garantita)²²⁰. La proposta di legge Gelli rappresenta un buon passo in avanti perché la legislazione medica, grazie ad essa, ne guadagna in determinatezza sia in quanto alla definizione della gravità della colpa sia in quanto alla identificazione delle linee guida e delle buone pratiche seppur sarebbe opportuno che nel nuovo testo legislativo, venga assegnato esplicitamente all'Istituto Superiore della Sanità parte attiva nel processo di formazione delle linee attribuendogli specificamente la funzione di garante in quanto a contenuti, metodologia, trasparenza, tempestività dell'aggiornamento e gestione del conflitto di interesse e non solo il compito di validare e certificare le linee guida prodotte per poi pubblicarle sul proprio sito internet.

Però, in quanto all'estensione della esclusione della responsabilità anche alla colpa grave, sarebbe opportuno riflettere bene sul se sia una scelta giusta quella di prediligere una così tanto vasta area di impunità penale: l'eliminazione integrale della colpa quale causa di punibilità non sembra essere la scelta più opportuna considerando che un sistema di "esonero di responsabilità" che renda il sanitario impune nella quasi totalità dei casi potrebbe dar vita ad un'impunità deresponsabilizzante, può portare ad una situazione di grave vuoto di tutela in sede penale a danno della persona offesa dal reato in violazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.)²²¹ ed oltretutto, proprio a causa dell'ampliamento della esenzione dalla responsabilità, si incrementerebbero i dubbi di costituzionalità sorti a seguito dell'emanazione del decreto Balduzzi in quanto alla violazione del principio costituzionale di uguaglianza (art. 3 Cost.) e ciò sulla base della considerazione che con la legge Gelli non solo si continua a destinare ai sanitari un trattamento differenziato (più favorevole) rispetto a qualunque altra

²¹⁷ M. MORO, *Responsabilità sanitaria: conferme e novità dal ddl Gelli*, in www.insurancereview.it, giugno 2016.

²¹⁸ C. CUPELLI *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Nota a Cass.pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, giugno 2016; ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl geli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, 27.

²¹⁹ *Sanità, Parla (Scudomed): allargare impunità medici in ddl Gelli*, www.askanews.it, 28 maggio 2016; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, giugno 2016.

²²⁰ T. FRITTELLI, *Responsabilità professionale. Il soggetto debole del ddl Gelli: le aziende sanitarie e il Ssn* in www.quotidianosanita.it, maggio 2016.

²²¹ L. BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli* in www.quotidianosanita.it 29 novembre 2015; C. GUERRIERO, cit., in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016.

categoria professionale comportando una sproporzione valutativa circa la responsabilità per colpa rispetto a qualsiasi altra attività professionale ma, trattandosi di un'area di impunità penale ancora più vasta, si darebbe vita ad una disparità di trattamento ancora più netta²²².

²²² C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica.*, in www.iurisprudenzia.it, 16 febbraio 2016; ANAAO ASSOMED Emilia Romagna, *Il ddl Gelli sulla responsabilità in ambito professionale sanitario*, in www.anaaoemiliaromagna.it, febbraio 2016, p. 27; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Nota a Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), n. 23283, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. Denegri, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, Giugno 2016 L. BENCI, *Responsabilità professionale. Ecco cosa potrebbe succedere se venisse approvato il ddl Gelli*, in www.quotidianosanita.it, 29 novembre 2015.

Profili critici dello stato irreversibile di incapacità processuale penale, tra recenti sentenze della Consulta e proposte di riforma

FLAVIA ACCARDO

ABSTRACT

“Eternamente giudicabili” are defined those persons against whom criminal prosecution is suspended indefinitely for their inability to appear in Court. On March the 25th 2015, the Constitutional Court declared illegitimate the article 159 of the criminal code. Thanks to this judgement, a declaration of irreversible state of insanity allows the prescription of crimes. This article wants to analyze the changes in legislation and case law about this topic, particularly the legislative proposals currently under discussion in Parliament.

SOMMARIO: 1. Il problema dei soggetti definiti “eterni giudicabili” e le recenti sentenze della Consulta. – 1.1. Le considerazioni di diritto della sentenza Corte costituzionale n. 23 del 2013. – 1.2. Le considerazioni di diritto della sentenza Corte costituzionale n. 45 del 2015. – 2. La disciplina della capacità processuale tra evoluzione normativa e giurisprudenziale, connessioni col procedimento applicativo delle misure di sicurezza. – 3. Riflessioni critiche.

1. Con le sentenze n. 23/2013 e n. 45/2015 la Corte costituzionale, mutando orientamento rispetto alle pronunce precedenti, si è espressa sull’illegittimità della sospensione *sine die* del procedimento penale nei confronti del soggetto dichiarato totalmente e irreversibilmente incapace di comprendere il significato degli atti del procedimento o del processo¹.

Nel 2013 la Consulta aveva già denunciato l’anomalia di tale fenomeno, comunemente sintetizzato con l’espressione “eterni giudicabili”². In assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, però, il giudice delle leggi aveva rimesso la soluzione del problema alla valutazione discrezionale del legislatore, formulando alcune proposte esemplificative, *in primis* la possibilità di dichiarare

¹ La sentenza n. 23 del 21 ottobre 2013 è pubblicata in *Cass. pen.*, 2013, 1823 con nota di L. SCOMPARIN, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli “eterni giudicabili”*. V. anche nota di SEVERINI, *Nota in tema di prescrizione del reato*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1751. La sentenza n. 45 del 25 marzo 2015 è consultabile su *Diritto penale contemporaneo*, 26 marzo 2015, con commento di G. LEO, *La Consulta ‘risolve’ il problema dell’incapace eternamente giudicabile*; v. anche M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più ‘eterni giudicabili’*, *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2015.

Per una indicazione esaustiva delle precedenti pronunce della Corte sul tema, v. H. BELLUTA, *Il tema degli “eternamente giudicabili” torna davanti alla Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 maggio 2014.

² L’espressione, comunemente richiamata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, è risalente. Cfr. già G. MONTALBANO, *La qualità d’imputato nel processo penale e il tema degli «eterni giudicabili»*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in onore di Alfredo De Marsico*, Milano 1960, 235: «Il problema degli “eterni giudicabili”, indicato per la prima volta da Bruno Franchi si presenta... ancora angoscioso».

l'impromovibilità o improcedibilità dell'azione penale con provvedimento revocabile nel remoto caso di un successivo recupero della capacità processuale.

Nelle more della riforma³, la sentenza n. 45/2015 ha, invece, dichiarato l'illegittimità dell'art. 159 c.p. nella parte in cui, «ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e ove questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile»⁴.

Anche tale declaratoria di incostituzionalità non è risolutiva. L'irreversibilità dell'infermità mentale impedisce la celebrazione del procedimento e frustra la funzione costituzionale della pena, da applicare in caso di condanna. Eppure, in assenza di presupposti per il proscioglimento, il soggetto viene sottoposto a controlli semestrali sulla permanenza della causa di sospensione processuale e resta in un paradossale *status* di giudicabilità fino all'intervento di una causa di estinzione del reato. Lo Stato sopporta il costo delle verifiche periodiche, dall'esito scontato, finché non interviene la morte dell'incapace o la prescrizione del reato.

Il dibattito sull'argomento si è tradotto, nel tempo, in ripetute questioni di legittimità costituzionale che hanno inciso sull'evoluzione della disciplinarnormativa. In particolare, come si avrà modo di specificare, la sentenza della Corte cost. n. 340/1992 ha reso applicabile la disciplina della sospensione processuale anche nei confronti dei soggetti non imputabili al momento della consumazione del fatto. Ciò ha reso il tema degli "eterni giudicabili" intimamente connesso con il procedimento applicativo delle misure di sicurezza.

Tali elementi sono sufficienti per comprendere che la valutazione circa la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 159 c.p. va tenuta ben distinta da quella relativa alle soluzioni normative prospettate dalla Consulta e attualmente in esame alla Camera.

Una riforma della disciplina della capacità processuale va ponderata anche tenendo presente la funzione delle sanzioni penali, quale *τέλος* di riferimento di un sistema penale efficiente⁵. Ad esse sono collegate precise scelte in rapporto alle nozioni di azione penalmente rilevante e di colpevolezza. Si tratta, quindi, di incidere su aspetti cruciali del sistema penale rispetto ai quali sarebbe, naturalmente, più proficuo affrontare un'esaustiva riforma organica piuttosto che operare con interventi puntuali. È, allora, auspicabile che gli interventi normativi attualmente in discussione siano davvero frutto

³ Il Disegno di legge C. 2798, presentato il 23 dicembre 2014, all'art. 2.2 dell'analisi tecnica, nell'ambito delle modifiche al codice di procedura penale volte ad aumentare l'efficienza del processo, prevedeva l'introduzione di un art. 72-bis c.p.p. che consentisse «la definizione del processo con sentenza di non doversi procedere per il caso in cui l'imputato sia in uno stato di incapacità mentale irreversibile». L'art. 10 co. 2 del testo trasmesso dalla Camera il 24 settembre 2015, indicato come Disegno di legge S. 2067, prevede che, ai sensi dell'art. 72-bis co.1 c.p.p. sia disposto: «Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.».

⁴ Corte cost. sent. n. 45/2015, cit. In base alla pronuncia, il termine di prescrizione ricomincerà a decorrere dal momento in cui viene accertata dal giudice l'irreversibilità della causa di incapacità processuale.

⁵ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 61; C. ROXIN, *Politica criminale e sistema di diritto penale*, ed. italiana a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, 35.

di scelte meditate e non un riflesso condizionato rispetto “all’allarme di emergenza” attivato dalle recenti sentenze della Corte costituzionale⁶.

1.1. Nel 2013 era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 159 c.p. perché, in connessione con gli artt. 71 e 72 c.p.p., era ritenuto in contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost.⁷. La sospensione senza termine del giudizio, nei casi di irrealistico recupero delle facoltà mentali, determinava un evidente contrasto col principio costituzionale di ragionevolezza, dal momento che lo stesso concetto di sospensione presuppone la transitorietà della sua causa. Tale disciplina, inoltre, riservava agli incapaci con scarsissima possibilità di recupero un trattamento irrazionalmente peggiore, violando il principio di uguaglianza. Analogamente sacrificati risultavano i canoni del giusto processo, in particolare la ragionevole durata del processo e il diritto di difesa. Nel remoto caso di recupero delle facoltà mentali, infatti, il lungo tempo trascorso dal fatto di reato avrebbe reso difficile la difesa dell’imputato.

La Corte aveva riconosciuto il fondamento della censura di illegittimità, per il contrasto dell’ indefinito protrarsi nel tempo della sospensione del processo con la stessa *ratio* della prescrizione del reato, legata sia all’affievolimento progressivo dell’interesse dei consociati alla punizione dell’illecito, che al “diritto all’oblio” dei cittadini, almeno per i fatti non particolarmente gravi.

La Corte aveva affermato con fermezza che, rispetto alle norme sostanziali e processuali richiamate, «le ragioni delle garanzie ivi previste si rovesciano inevitabilmente nel loro contrario»⁸.

Il giudice delle leggi aveva chiesto, pertanto, al legislatore di risolvere tale anomalia e aveva suggerito la previsione di una sentenza dichiarativa dell’impromovibilità o improcedibilità dell’azione a seguito dell’accertamento di uno stato di incapacità processuale totale e irreversibile, facendo salva la possibilità di revocare tale provvedimento nel remoto caso di un accertato recupero delle facoltà mentali, sempre che non fossero già scaduti i termini di prescrizione⁹.

In via subordinata, la Corte aveva proposto di introdurre un limite al numero di accertamenti esperibili ai sensi dell’art. 72 c.p.p., oppure di dichiarare la non punibilità *ex art.* 129 c.p.p. qualora fosse decorsa una frazione del termine di prescrizione.

Si comprende che, in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata, una decisione sul punto sottendeva delle scelte da rimettere, necessariamente, alla discrezionalità del potere legislativo. Nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità, però, la Corte aveva affermato:

⁶ Sulla legislazione penale emergenziale, cfr. per tutti S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 1 ss.

⁷ Nel caso oggetto del giudizio *a quo* si procedeva per omicidio colposo a seguito di un incidente stradale avvenuto nell’ottobre 2011, nel quale il terzo trasportato aveva perso la vita e il conducente imputato aveva riportato lesioni con conseguente trauma encefalico grave. È opportuno ricordare che, prima della sentenza in commento, era stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale, lamentando il contrasto degli artt. 71 e 72 c.p.p. con gli artt. 3, 24, 112 Cost. La Corte cost., con sent. n. 281/1995, richiamandosi alla propria consolidata giurisprudenza precedente, aveva rigettato tale censura, ritenendo imposta dallo stesso diritto di difesa costituzionalmente sancito, la sospensione del processo nei confronti degli incapaci di comprendere gli atti del giudizio. La sentenza è consultabile in www.cortecostituzionale.it.

⁸ Corte cost. sent. n. 23/2013, cit.

⁹ V, sul punto, *supra*, nota n. 3.

«Non sarebbe tollerabile un eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato»¹⁰.

1.2. La questione di legittimità decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 45/2015 era, ancora una volta, relativa al contrasto dell'art. 159 c.p., in combinato disposto con gli artt. 71 e 72 c.p.p., con gli artt. 3, 24, 27 co.3, 111 Cost.¹¹.

La Corte ha richiamato integralmente le argomentazioni della sentenza n. 23/2013 e ha ritenuto inevitabile dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 159 c.p. essendo precluso al giudice *a quo* tanto applicare *tout court* una norma già ritenuta illegittima dalla stessa Consulta, quanto sospendere il processo in attesa di un futuro ed incerto intervento correttivo del legislatore.

È interessante il richiamo, operato in motivazione, al quarto comma dell'art. 159 c.p., introdotto con l. 28 aprile 2014 n. 67, in materia di procedimento contro soggetti dichiarati irreperibili ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p. Tale norma prevede che la durata della sospensione del termine di prescrizione del reato non possa superare il limite previsto dall'art. 161 co. 2 c.p.; maturato tale termine massimo, la prescrizione riprende a decorrere anche in costanza dell'irreperibilità e della sospensione del processo¹². Alla luce di tale riforma legislativa, sarebbe illegittimo un trattamento diverso di situazioni sostanzialmente analoghe.

Anche in questa sentenza la Corte ha ribadito che consentire il decorso della prescrizione non risolve integralmente l'anomalia del sistema e, pertanto, ha confermato l'utilità di un intervento legislativo che autorizzi il giudice a provvedere con sentenza di non doversi procedere per incapacità irreversibile.

2. Per capacità processuale penale si intende la capacità giuridica di essere imputato di un fatto su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi e la capacità di agire nell'ambito del processo penale¹³.

Consentire all'imputato di partecipare coscientemente agli atti del giudizio e, quindi, di difendersi in proprio, oltre che per mezzo di un difensore tecnico, costituisce una garanzia irrinunciabile del sistema accusatorio¹⁴.

¹⁰ Corte cost. sent. n. 23/2013, cit.

¹¹ La Corte prende in esame due distinte ordinanze di rimessione. Il caso oggetto dell'ordinanza di rimessione del 21.3.2013 del Tribunale di Milano riguardava un soggetto perfettamente imputabile al momento della consumazione del reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti e di false comunicazioni sociali, che aveva riportato compromissioni irreversibili della propria sfera psichica a seguito di un incidente stradale successivo alla formulazione dell'imputazione. La distinta ordinanza del 17.3.2014 del Giudice di pace di Gaeta riguardava, invece, due persone indagate per danneggiamento, in concorso tra loro. Secondo gli accertamenti peritali, la concorrente era affetta da una patologia psichica inemendabile, tale da comprometterne del tutto la capacità processuale. Tale ultima questione viene, però, dichiarata inammissibile dalla Corte dal momento che, a seguito di separazione del procedimento, il processo nei confronti del concorrente dell'incapace si era concluso con assoluzione per insussistenza del fatto, formula che ben avrebbe consentito di dichiarare il proscioglimento dell'incapace processualmente ai sensi dell'art. 71 co.1 c.p.p.

¹² Tale argomentazione potrebbe, ad oggi, sollevare dubbi circa la legittimità costituzionale della disparità di trattamento rispetto ai casi di sussistenza di una causa transitoria di incapacità processuale.

¹³ Per le ambiguità connesse alla nozione di capacità processuale penale e per i complessi rapporti tra la capacità di essere imputato e la capacità giuridica penale v. G. CONSO, voce *Capacità processuale b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 134 ss.

¹⁴ Con specifico riferimento al tema in commento v., *ex multis*, G. MONTALBANO, *La qualità d'imputato nel processo penale*, cit.; M. G. AIMONETTO, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992, 105 ss.; VALENTINI REUTER, *Malattia irreversibile dell'imputato e dibattiti*, in *Giur. cost.* 1996, 3086; G. UBERTIS, *Gli "eterni giudicabili"*,

Tuttavia, la necessità di sospendere gli atti del giudizio coinvolge fenomeni molto diversi tra loro. Eternamente giudicabile può essere colui che è ridotto in stato vegetativo a seguito di un grave incidente occorso dopo la realizzazione di un fatto di scarso allarme sociale e, all'estremo opposto, colui che, indagato per aver commesso un delitto efferato, è affetto da un' infermità mentale grave e irreversibile. Questa semplice considerazione fa comprendere come l'evoluzione della disciplina della capacità processuale penale coinvolga anche la percezione della malattia mentale da parte della comunità scientifica e della società, prima ancora della scienza penalistica e della politica criminale.

L'art. 88 del codice di procedura penale del 1930 prevedeva la sospensione del processo per infermità mentale, ma nell'ottica di un processo inquisitorio e solo per i soggetti imputabili divenuti incapaci di intendere e di volere in un momento successivo rispetto alla consumazione del fatto. Per espressa previsione codicistica, nel disporre la sospensione, il giudice ordinava, all'occorrenza, il ricovero in un manicomio pubblico, preferibilmente giudiziario.

L'art. 159 c.p. completava tale disciplina prevedendo la sospensione del termine di prescrizione del reato in costanza della sospensione del processo.

La biforcazione del sistema, che consentiva l'ordinaria celebrazione del processo nei confronti dei non imputabili al momento del fatto, era giustificata da una perfetta coerenza ideologica tra il sistema di diritto penale sostanziale e quello processuale. Le norme in questione non erano altro che la traduzione della fiducia riposta dal legislatore nelle misure di sicurezza, unica sanzione applicabile ai non imputabili. La concezione dell'ospedale psichiatrico giudiziario come strumento indefettibile per neutralizzare soggetti socialmente pericolosi giustificava la necessità di celebrare comunque il processo nei confronti del non imputabile.

Di tale coerenza sistematica era persuasa la stessa Corte costituzionale che, chiamata a pronunciarsi nel 1979, con la sentenza n. 23 si risolveva per la legittimità costituzionale del sistema, sottolineando il fondamento curativo delle misure di sicurezza da applicare ai non imputabili¹⁵.

Il vigente codice di rito, nel disciplinare le ipotesi di sospensione del procedimento e del processo, ha sostituito il concetto di vera e propria incapacità di intendere e di volere previsto dall'art. 88 c.p.p. 1930 con quello più generico di incapacità di partecipazione cosciente¹⁶. Disposta la sospensione, il giudice deve accertare semestralmente la persistenza dello stato patologico dell'imputato ai

in *Dir. pen. proc.*, 1997, 169; M. MONTAGNA, *L'imputato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, I, tomo I, *I soggetti*, a cura di G. DEAN, Torino, 2009, 481 ss.; A. SANTORU, *Art. 70*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Milano, 2010, 888; S. CAMPANELLA, *Imputabilità e capacità di partecipare coscientemente al processo: profili di sovrapposibilità delle relative perizie*, in G. DE FRANCESCO – C. PIEMONTESE – E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 235.

¹⁵ Corte cost. sent. n. 23/1979, consultabile su www.cortecostituzionale.it. Il caso riguardava una donna, inferma di mente già al momento del fatto, imputata dell'omicidio del marito. La Corte affermò: «Presupposto delle misure di sicurezza è infatti la pericolosità sociale del soggetto cui tali misure vengono applicate; a differenza delle pene, irrogate a seguito di un giudizio di responsabilità, esse non attuano una funzione punitiva ma di prevenzione e di difesa sociale (sentenza 167/72), ed esplicano un compito curativo e precauzionale (sentenza 96/70). Un tale atteggiarsi delle misure in parola comporta una fondamentale conseguenza sul piano della disciplina, che giustifica un trattamento normativo distinto e, per molti versi, incompatibile con quello della pena: basti pensare - oltre che al regime della norma impugnata - al sistema della durata minima del ricovero in manicomio giudiziario ed al corrispondente potere del giudice (sentenza 110/1974) di revocare la misura di sicurezza prima che sia decorso il termine corrispondente alla durata minima, ove sia accertata la cessazione dello stato di pericolosità del prosciolto».

¹⁶ Il passaggio dalla sospensione per non imputabilità alla sospensione per incapacità di comprendere gli atti del giudizio ha consentito di sospendere il processo per l'impossibilità di assicurare il diritto all'autodifesa anche in caso di disturbi

sensi dell'art. 72 c.p.p.¹⁷. L'ordinanza di sospensione è revocata qualora la perizia accerti la cessazione della causa di incapacità processuale, ovvero quando ricorrono le condizioni per pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. In ogni caso, in pendenza della sospensione, il giudice può assumere prove quando vi è pericolo nel ritardo o si ritiene che esse possano consentire il proscioglimento.

Nelle more della sospensione, l'art. 72 c.p.p. consente al giudice, in primo luogo, di avvisare le autorità competenti per l'adozione delle misure previste dal sistema sanitario nazionale. Si tratta, quindi, di provvedimenti solo curativi, limitati nel tempo e finalizzati al trattamento delle fasi acute dell'infermità mentale¹⁸. Qualora, poi, debbano essere disposte misure cautelari, queste possono essere eseguite nelle forme specifiche previste dall'art. 286 c.p.p.

È rilevante sottolineare che, in sede di stesura del nuovo codice di procedura penale, il Governo non ha equiparato la situazione dei non imputabili sin dal momento del fatto a quella dell'incapacità sopravvenuta, per non violare i limiti imposti dalla legge di delega, incidendo su aspetti di disciplina sostanziale¹⁹.

Solo nel caso dei minori non imputabili infraquattordicenni, l'art. 26 d.P.R. n. 488/1988 ha previsto, sin dal momento della sua emanazione, una presunzione assoluta di incapacità processuale che ne impone l'uscita immediata dal giudizio penale. Tale meccanismo è orientato dalla logica specializzata del diritto all'educazione, che accompagna tutto il processo penale minorile, ed è finalizzato a non turbare lo sviluppo psicologico ed emotivo del minore con l'esperienza violenta del processo penale²⁰. Anche questa disciplina, però, non è priva di contraddizioni ed infatti, pur nella preclusione assoluta dell'accertamento del reato o del quasi reato, al minore non imputabile è applicabile una misura di sicurezza, per espressa previsione degli artt. 223 e 224 c.p. e degli artt. 37 e 38 d.P.R. 488/1998²¹.

psichici che non siano di gravità tale da escludere l'imputabilità. V. sul punto P. L. ZANCHETTA, *Gli imputati malati di mente e il nuovo codice processuale penale*, in *Quest. giust.* 1989, 884; A. GUALAZZI, *Gli accertamenti volti a verificare identità fisica, età e capacità processuale dell'imputato*, in M. MONTAGNA (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, Vol. 3, Torino, 2011, 420 ss.

¹⁷ La dottrina prevalente ritiene che la previsione di verifiche periodiche fosse rivolta proprio a rimediare al problema degli eternamente giudicabili che, una volta ricoverati, venissero dimenticati negli ospedali psichiatrici giudiziari. Così, ad es., F. SASSANO, *Gli infermi psichici*, in P. CENDON, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, Vol. II, *Parte speciale*, Torino, 2009, 1087 ss.; P. TONINI, *Lineamenti di procedura penale*, 12^a ed., Torino, 2014, 66 ss.

¹⁸ Le misure a cui si fa riferimento sono quelle previste dagli artt. 34 e 35 della l. n. 833/1978, ovvero l'ASO (accertamento sanitario obbligatorio) e il TSO (trattamento sanitario obbligatorio). Tale disposizione recepisce, quindi, la c.d. riforma Basaglia, intervenuta solo dieci anni prima dell'entrata in vigore del nuovo codice processuale, che, oltre a prevedere il superamento delle strutture manicomiali, aveva iniziato una rivoluzione culturale nella considerazione della malattia mentale come una patologia curabile, che non necessariamente impedisce la socializzazione del soggetto debole. Sul punto v. F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata*, Torino, 1968, *passim*; ID., *Che cos'è la psichiatria?*, Torino, 1977, *passim*.

¹⁹ La l. n. 81/1987, infatti, delegava il potere legislativo al Governo solo in materia processuale. Tale scrupolo del legislatore delegato si legge nella Relazione al progetto preliminare, p. 53, ed è confermato dal parere della Commissione parlamentare, p. 40. Così Corte cost. sent. n. 340/1992 consultabile su www.cortecostituzionale.it

²⁰ Per i minori infradiciottenni, invece, è prevista l'ipotesi dell'accertamento processuale della maturità e, solo successivamente, la dichiarazione di non luogo a procedere.

²¹ Va ricordato che la Corte costituzionale, con la sent. n. 324/1998, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 co. 1 e 2 c.p. nella parte in cui «prevede l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario». Sui principi ispiratori del processo penale minorile e sui suoi punti ancora oscuri anche in relazione all'applicazione delle misure di sicurezza, C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 9 ss. e 107 ss. Sul punto v. anche A. ANCESCHI, *Il minore autore di reato. Aspetti sostanziali, processuali e sociologici*, Torino, 2011, 130 ss.; M. RONCO - B. ROMANO, *Codice penale commentato*, Milano, 2012, 1292 ss.

Nella latitanza del legislatore, la Corte costituzionale è intervenuta sul trattamento differenziato dei processualmente incapaci e, con la sentenza n. 340/1992, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 70 c.p.p. perché, in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., limitava la sospensione del processo ai soli casi di incapacità sopravvenuta rispetto al fatto per cui si procedeva.

L'intento della Consulta era quello di rendere più equo il processo nei confronti dei non imputabili, assicurando loro il diritto di autodifesa. Per una sorta di eterogenesi dei fini, però, il non imputabile rischia di essere sottoposto alla misura di sicurezza provvisoria, con un abbassamento di garanzie. Ed infatti, l'incapacità processuale comporta la sospensione del giudizio, ma, in mancanza dei presupposti per il proscioglimento, nulla vieta l'applicazione in via provvisoria di una misura di sicurezza sulla base del presupposto dei gravi indizi di commissione del fatto, *ex artt.* 206 c.p.e 312 ss. c.p.p. Il provvedimento cautelare resta applicabile finché perdura la pericolosità sociale del soggetto, senza che si possa estendere la disciplina della durata massima della custodia cautelare²². Ne consegue che il non imputabile è esposto al rischio di una misura cautelare fortemente afflittiva e discutibile in termini di disciplina, che finisce per rappresentare una misura di sicurezza anticipata in assenza di un accertamento della sussistenza dei relativi presupposti applicativi oggettivi²³.

In tale contesto, va ricordata la l. n. 251/2005 che, in materia di prescrizione, ha introdotto un ulteriore punto di frizione nel sistema. La riforma dell'art. 161 c.p., valorizzando la *ratio* e gli scopi politico-criminali sottesi a questa causa di estinzione del reato, ha previsto l'introduzione di un termine massimo di prescrizione - salvo deroghe -, ma solo rispetto ai casi di interruzione²⁴. Tale differenziazione, evidentemente volta a scongiurare dilazioni strategiche dei tempi processuali, sembra aver creato un'irragionevole disparità di trattamento²⁵.

²² Si ricordi, infatti, che con sent. n. 148/1987, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. nella parte in cui non prevede un termine di durata massima dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza. Di recente, Cass. Sez. VI, 8 luglio 2009 – 15 luglio 2009, n. 28908, CED 244427, ha affermato che l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza non è soggetta ai termini di durata massima previsti per la custodia cautelare. Solo con l'art. 1 co. 1-*quater* del d.l. n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 81/2014, in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, è stato previsto che le misure di sicurezza, provvisorie o definitive, non possono durare oltre il massimo edittale stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso.

²³ Sono note le peculiarità del regime applicativo delle misure di sicurezza, in particolare l'indeterminatezza della pericolosità sociale, l'abbassamento di garanzie in tema di irretroattività ai sensi dell'art. 200 c.p., la funzione di vera e propria neutralizzazione del reo, nonché l'originaria indeterminatezza nel massimo che, solo di recente, è stata corretta fissando il limite del massimo edittale previsto per la pena corrispondente. Eppure il carattere fortemente afflittivo di queste sanzioni è, ormai, chiaro, come confermano sia l'art. 129 c.p.p., che esclude, proprio per consentire l'accertamento del fatto, la non imputabilità dai casi di declaratoria immediata di non punibilità; sia la recente riforma che ha voluto la chiusura degli OPG per vederli trasformati in REMS; sia, infine, l'art. 1 co. 1-*quater* del d.l. n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 81/2014, che ha fissato un limite massimo all'applicazione delle misure di sicurezza, segnando una vera e propria rivoluzione culturale sul punto. Sulle misure di sicurezza e sui loro profili critici v., *ex multis*, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 400; V. GREVI, *Misure di sicurezza e diritto di difesa dinanzi al giudice di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 1272; E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, 764; G. GUARNIERI, *Il processo delle misure di sicurezza*, Torino, 1953; L. DEMARESTRI, *Il processo delle misure di sicurezza. Problemi attuali e prospettive di riforma*, Milano, 1983; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*; ID., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 luglio 2011.

²⁴ Sulla prescrizione del reato, con una panoramica delle diverse posizioni dottrinarie, *ex plurimis*, F. GIUNTA, *Prescrizione del reato e tempi della giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative nel processo (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Urbino 23-24 settembre 2005)*, Milano, 2007, 197.

²⁵ Ne è conferma il, già citato, quarto comma dell'art. 159 c.p., introdotto dalla l. n. 67/2014, che dispone un limite alla sospensione del termine di prescrizione nel caso di sospensione del giudizio per irreperibilità dell'imputato.

3. Le recenti sentenze della Consulta costituiscono, sicuramente, la manifestazione di una maggiore sensibilità sociale nei confronti dei soggetti affetti da infermità mentale.

La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 159 c.p. non può che essere condivisa, avendo riguardo alla funzione della pena *ex art. 27 co. 3 Cost.*, alla *ratio* della prescrizione del reato e agli esiti paradossali a cui conduceva il combinato disposto degli artt. 159 e 161 c.p. e 71 ss. c.p.p.

Tuttavia, il favore con cui sono stati recepiti, nel complesso, tali provvedimenti giudiziari appare condizionato dall'applicazione immediata che essi possono trovare in casi in cui, anche per la scarsa gravità del reato da accertare, è palese l'inutilità di un'eventuale sanzione e l'afflittività della verifica semestrale delle condizioni mentali del soggetto.

Rispetto a tali ipotesi, la possibilità, attualmente in discussione, di pronunciare una sentenza di improcedibilità sembrerebbe ispirata alla tutela della dignità umana.

È opportuno domandarsi, però, quali potrebbero essere gli esiti di tale meccanismo processuale nei confronti di soggetti, processualmente incapaci, responsabili di delitti efferati.

Vi è chi ritiene che la sentenza della Corte cost. n. 45/2015 e l'eventualità che il legislatore accolga la soluzione della declaratoria di improcedibilità siano criticabili perché costituenti una riduzione del margine applicativo delle misure di sicurezza detentive. In particolare, l'accertamento dell'irreversibilità dell'incapacità processuale, comportando un proscioglimento per improcedibilità, impedirebbe la sottoposizione del soggetto ai controlli obbligatori, «con la conseguenza che un'eventuale sua pericolosità sociale sopravvenuta rischierebbe di passare inosservata»²⁶.

Al contrario, ciò che appare più preoccupante è che un soggetto irreversibilmente incapace di comprendere gli atti del procedimento possa essere sottoposto ad una misura particolarmente afflittiva pur in assenza di un congruo accertamento del fatto nel contraddittorio delle parti²⁷.

Considerazioni di tal genere evidenziano la coerenza di quelle soluzioni che, muovendo da un'impostazione teleologicamente orientata alla finalità integratrice della pena, ritengono di dover superare la concezione dell'imputabilità come presupposto della colpevolezza per parlare, più propriamente, di una responsabilità deeticizzata²⁸. In tale contesto, anche al c.d. incapace di intendere e

²⁶ *Contra*, M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più 'eterni giudicabili*, cit. par. 7.

²⁷ La definizione del processo con sentenza di non doversi procedere per tutti i casi in cui l'imputato sia in uno stato di incapacità mentale irreversibile, originariamente prevista dal Disegno di legge C. 2798, lasciava immaginare che gli irreversibilmente incapaci potessero essere sottoposti ad un procedimento analogo a quello previsto per gli autori di reato infraquattordicenni ai sensi degli artt. 223 e 224 c.p. e degli artt. 37 e 38 d.P.R. n. 488/1998. Si è già sottolineato come la legittimità costituzionale di una simile procedura sia fortemente discutibile. Sul punto v. *supra* par. 2, in particolare nota 21.

A risultati non molto diversi conduce il testo attuale del Disegno di legge S. 2067, che esclude la sentenza di non doversi procedere nel caso in cui debba essere applicata una misura di sicurezza diversa dalla confisca. Resterebbe, comunque, irrisolto il problema dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza. Sul punto v. *supra* par. 2, in particolare note 22 e 23.

²⁸ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 121 ss. V. anche C. ROXIN, *Cosa resta della colpevolezza nel diritto penale?*, in *Politica criminale e sistema di diritto penale*, cit., 149 ss.

di volere andrebbe applicata una sanzione penale proporzionata alla propria responsabilità e la valutazione del suo disagio psichico dovrebbe essere recuperata, in termini di personalizzazione del trattamento sanzionatorio, in fase di esecuzione della pena²⁹.

Nel caso di un soggetto che, sin dal momento di consumazione del fatto, non era in grado di porre in essere condotte coscienti e volontarie, invece, varrebbe la pena di interrogarsi sull'esistenza di un'azione penalmente rilevante, prima ancora che sulla colpevolezza dell'autore³⁰.

Solo delineando in questo modo i confini della rilevanza penale del fatto, la disciplina della capacità processuale e l'eventuale conseguente declaratoria di non procedibilità possono svolgere la loro funzione di garanzia dell'esercizio effettivo del diritto di difesa e della capacità di partecipazione cosciente al processo.

In ogni caso, se pure non si condividessero tali premesse, l'attuale disegno di legge S. 2067, che cerca di risolvere il problema degli "eterni giudicabili" con uno strumento deflattivo esplicitamente pensato per aumentare l'efficienza del processo, sembra inserirsi nel novero di interventi puntuali, lontani da una ricostruzione sistematica che coniughi scelte di diritto sostanziale, sistema sanzionatorio e processo penale³¹.

²⁹ È noto nella letteratura psichiatrica, infatti, che la patologia mentale non pregiudica la capacità di comprendere il valore e il significato degli atti della realtà e del giudizio, così come un singolo episodio di depersonalizzazione o di frattura psicotica dell'io può accadere anche ad un soggetto generalmente considerato "normale".

³⁰ Cfr. C. FIORE e S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, vol. I., II edizione Torino, 2005, 141 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici. V. anche C. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dogmatica penalistica tedesca*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, vol. III, 2087 ss.

³¹ Sull'importanza della corrispondenza tra ideologie e sistema penale v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 21.

La giustizia minorile in Spagna dinanzi alla violenza dei figli sui genitori

FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO¹

ABSTRACT

This paper analyzes the possibilities and the limits of the LO 5/2000, on the child's criminal liability, in relation to the procedural treatment expected when he realizes violent crimes on their parents. In particular, it considers the main phases of the juvenile criminal proceeding in cases of family violence and the characteristics of judicial intervention in these situations.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'obbligo di dichiarare. – 3. Le misure giudiziarie nei casi di violenza familiare. – 3.1. La libertà vigilata. – 3.2. Internamento. – 3.3. Convivenza con un'altra persona, famiglia o gruppo educativo. – 3.4. Trattamento ambulatoriale. – 3.5. Realizzazione di compiti socio-educativi e prestazioni a beneficio della comunità. – 3.6. Divieto di avvicinarsi o di comunicare con la vittima o con i suoi familiari o con le altre persone indicate dal giudice.

1. Per qualificare la condotta violenta dei minorenni nei confronti dei loro ascendenti si usano vari termini come “sindrome dei genitori maltrattati”, “abuso dei genitori”, “maltrattamento dei genitori”, “sindrome dell'imperatore”, “figli psicopatici”, “figli tiranni”, “piccoli dittatori”, “genitori picchiati”, “violenza degli adolescenti e dei minori nei confronti dei genitori”, “violenza ascendente”, “violenza inversa” o “violenza dei figli sui genitori”².

Tra tutte queste espressioni la più adeguata è “violenza dei figli sui genitori”, poiché descrive in modo più oggettivo e rigoroso la realtà sociale a cui si riferisce ed è, a sua volta, quella meno stigmatizzante. Al giorno d'oggi non esiste un consenso ampio su questa materia, sebbene si possa osservare che, recentemente, la società spagnola per lo studio della violenza dei figli sui genitori

¹ Francisco Javier Garrido Carrillo, professore di diritto processuale, Università di Granada (Spagna). Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del Gruppo di ricerca “Studi processuali”, SEJ 422, del *Plan Andaluz de Investigación*, e della Rete di cooperazione internazionale d'eccellenza: “Giustizia, Diritto, Costituzione e Processo”.

² SEARS, R.R., MACCOBY, E. E., e LEVIN, H. *Patterns of child rearing*. Row & Peterson, Evanston, Illinois, 1957; HARBIN, H. e MADDEN, D. “Battered parents: a new syndrome”. *American Journal of Psychiatry*, 136 (10), 1979; “abuso de padres”: COTTREL, B. “Parent Abuse: the abuse of parents by their teenage children”. *Family Violence Prevention Unit*. Health Canada, 2001; “síndrome del emperador o hijos psicópatas”: GARRIDO GENOVÉS, V. *Los hijos tiranos. El Síndrome del Emperador*. Ariel, Madrid, 2005; “hijos tiranos o pequeños dictadores”: BARCAI, A., ROSENTHAL, M. D., e JERUSALEM, P. D. “Fears and Tyranny. Observations on the tyrannical child”. *Arch gen Psychiatry*, 30 (3), 1974; URRÁ PORTILLO, J. *El pequeño dictador: cuando los padres son las víctimas*. La Esfera de los Libros, Madrid, 2006; “padres golpeados”: DUGAS, M., MOUREN, M.C., e HALFON, O. “Les parents battus et leurs enfants”. *Psychiatrie de l'Enfants*, 28, 1985; “violencia ascendente”: CHINCHILLA, M^a J., GASCÓN, E., GARCÍA, J. y OTERO, M. *Un fenómeno emergente: Cuando el menor descendiente es el agresor*. Universidad de Zaragoza, 2005. P. 9; “violencia invertida”: BARBOLLA CAMARERO, D., MASA, E., e DÍAZ, *Violencia Invertida. Cuando los hijos pegan a sus padres*. Gedisa, Barcelona, 2011; “violencia filio parental”: PEREIRA, R. “Violencia filio-parental, un fenómeno emergente”. *Revista Mosaico*, 36, 2006. 7-8.

(*Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-Parental, SEVIPIF*) ha proposto una definizione pratica, secondo cui la violenza dei figli sui genitori si riferisce alle “condotte reiterate di violenza fisica, psicologica (verbale o non verbale) o economica, nei confronti di uno dei genitori o di entrambi o di coloro che ne fanno le veci”. Si escludono “le aggressioni puntuali, in caso di intossicazioni, sindrome di astinenza, stati deliranti o allucinatori, l’autismo o la deficienza mentale grave e il parricidio senza precedenti di aggressione”³.

Un fenomeno come quello della violenza dei figli sui genitori richiede una risposta adeguata da parte dello Stato⁴ al fine di elaborare soluzioni che permettano di prestare attenzione alle vittime e ai responsabili di tali fatti. Non si deve dimenticare che non tutti i casi in cui si verificano tali episodi arrivano dinanzi ai giudici. Per i casi concernenti i minori di 14 anni si è istituito un sistema di protezione.

In questo contributo si analizzeranno le possibilità e i limiti della Legge Organica 5/2000 sulla responsabilità penale dei minorenni (*Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, nel prosieguo LORRPM)⁵ in relazione al trattamento processuale dei minori, che commettono delitti di violenza sui propri genitori.

L’intervento giudiziario non è, forse, il più adeguato per reprimere le condotte violente dei minorenni nei confronti dei loro genitori ma è l’unica risposta possibile quando la condotta del minore riveste carattere penale e non sono sufficienti né le misure di prevenzione né gli interventi preventivi provenienti da altri ambiti come il sistema di protezione educativo o quello sanitario.

³ Il dibattito tra i soci della *SEVIPIF* per elaborare una definizione di violenza dei figli sui genitori che potesse essere utilizzata dai suoi membri e da tutti gli specialisti della materia e diffusa nei paesi di lingua spagnola si celebrò ad ottobre del 2014. Dati estratti da: [<http://www.sevifip.org/index.php/2013-10-26-21-52-54/definicion-de-vfp-pdf/file>]. Ultima consulta: 15 ottobre 2015.

⁴ A condizione, come sottolinea Jiménez Díaz, “la risposta dello Stato non si traduca in un interventismo penale sproporzionata, con la quale è portato al campo del diritto penale tutto ciò che non sa risolvere con gli altri strumenti che potrebbero essere appropriate o che cosa è peggio, non vogliono risolto con questi altri strumenti, semplicemente perché il sistema penale è molto più economico e più potente di fronte alla opinione pubblica, JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “Sociedad del Riesgo e Intervención penal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-08 (2014), pág. 08-20.

⁵ In relazione al processo penale minorile si rinvia tra gli altri a: GARRIDO CARRILLO, F.J., *El Menor infractor. Tratamiento procesal penal*, Ed. Avicam, Granada 2015; COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho Penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. e SERRANO TÁRRAGA, M^a. D. (Eds.) *Derecho penal juvenil*. Dykinson, Madrid, 2007; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. “Nuevos jóvenes, nuevas formas de violencia”. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología EGUZKILORE*, n° 20, 2006; MORILLAS CUEVA, L. (Dir.). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*. Dykinson. Madrid. 2010; POLO RODRÍGUEZ, J. J., e HUÉLAMO BUENDÍA, A. J. *La nueva Ley penal del menor*. Colex, Madrid, 2007. 17-20; ROCA AGAPITO. “El sistema de sanciones en el Derecho Penal español” Ed. Bosch, Barcelona, 2007; AYO FERNÁNDEZ, M., “Las Garantías del Menor infractor”, Ed. Thompson Aranzadi, Madrid 2004; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso penal de menores: funciones del ministerio fiscal y del juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*. Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menor, Marzo, 2007; GOMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN (Coordinadora), *Comentarios a la Ley del Menor*. (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006). Ed. Iustel. 2007; GONZÁLEZ PILLADO, E., MORENO CATENA, V., SOLETO MUÑOZ, E., FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., REVILLA GONZÁLEZ, J.A., LÓPEZ JIMÉNEZ, R., Ed. Tirant lo Blanch. *Proceso Penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; MORENILLA ALLARD, PABLO, *El Proceso penal del Menor*. Ed. Colex, 2007; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. “Menores y responsabilidad penal: el debate se reabre”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n° 49, 2015, pág. 155-179; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. “Responsabilidad penal dei minorenni nell’ordinamento giuridico spagnolo”, *Diritto e Giustizia Minorile*, n° 2/2015 (aprile-settembre), pag. 21-44.; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 17-19), 2015, 1-36.

È opportuno precisare che nella maggior parte dei casi i familiari denunciano tali fatti solo quando ritengono di non riuscire ad affrontare il problema da soli, dirigendosi alla giustizia solo come *extrema ratio* e dopo aver provato inutilmente altre alternative⁶. In tal modo, cercano di aiutare i figli, non di imporre loro un castigo. Mediante l'applicazione delle misure cautelari o dell'ordine di protezione, cercano di porre fine a questa situazione, evitando che il minore possa aggredirli di nuovo⁷.

In certe occasioni, i genitori che soffrono violenza da parte dei loro figli non presentano una denuncia o cercano di ritardare questo momento, al fine di preservare la c.d. "buona immagine familiare", mantenendo la situazione in segreto e cercando di evitare la "vergogna sociale" di essere aggrediti dai propri figli⁸.

Il pubblico ministero (*Ministerio Fiscal*) riceve notizia dei casi di violenza dei figli sui genitori a seguito della denuncia di questi ultimi (della madre nella maggior parte dei casi), dei medici degli ospedali o dei centri di salute o dei vicini. Il pubblico ministero può pervenire a conoscenza del delitto anche grazie all'intervento della polizia, ai rapporti dei servizi sociali o dei tecnici che eseguono le misure giudiziarie (articoli 1.1 e 16 LORRPM) o attraverso il giudice istruttore.

Per quanto riguarda i casi in cui i genitori sono maltrattati da due dei loro figli, uno maggiore di 18 e l'altro minore, ma maggiore di 14 anni, le indagini sui fatti concernenti a quello maggiore saranno dirette dal giudice istruttore, mentre le indagini relative al figlio minore saranno dirette dal pubblico ministero (art. 16.5 e 21 LORRPM). Se il minore denunciato ha già compiuto 18 anni, ma le condotte di maltrattamento nei confronti dei loro genitori sono state perpetrate prima, i fatti commessi prima della maggiore età saranno competenza del giudice minorile, mentre quelli commessi posteriormente della giurisdizione per gli adulti (art. 5.3 LORRPM).

⁶ In uno studio realizzato da ROMERO BLASCO *et al*, si constata che solo nel 6,9% dei casi la denuncia è stata presentata durante le prime manifestazioni di violenza, mentre nel 93,1% si erano già prodotti altri episodi di violenza dei figli sui genitori senza che i fatti fossero stati denunciati. I risultati di questo lavoro, sebbene lontani nel tempo, continuano ad essere attuali. Cfr. ROMERO BLASCO, F., MELERO MERINO, A., CÁNOVAS AMENÓS, C., e ANTOLÍN MARTÍNEZ, M., *La violencia de los jóvenes en la familia: una aproximación a los menores denunciados por sus padres*. Documentos de Trabajo. Centro de Estudios Jurídicos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2005, 100.

⁷ Si rinvia tra gli altri a GARCÍA DE GALDEANO, M. P., e GONZÁLEZ, M.T. "Madres agredidas por sus hijos". *Guía subvencionada por el Área de políticas de género de la Diputación Foral de Bizkaia*. EVNTF, 2007. P. 6; SEMPERE, M., LOSA, B., PÉREZ, M., ESTEVE, G., e CERDÁ, M. *Estudio cualitativo de Menores y jóvenes con medidas de intervención por delitos de violencia intrafamiliar*. Documentos de Trabajo. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. Generalitat de Catalunya, 2006, 144.

⁸ I genitori considerano la denuncia uno stigma sia per il figlio che per loro. Oltre a considerare il figlio come un delinquente, l'intorno sociale imputerebbe questa situazione al loro fallimento come genitori, mettendo in discussione la loro capacità di educare. Oltre a questi motivi, i genitori temono che se presentano la denuncia si incrementi la violenza contro di loro come rappresaglia o che i figli pongano fine alla relazione con loro. Inoltre, se i genitori hanno fatto ricorso a diverse istituzioni e il conflitto non è stato risolto, non credono che l'intervento della giustizia possa apportare nulla di positivo alla situazione. Sui fattori che portano i genitori a non denunciare, cfr. CALATAYUD, E. *Buenas, soy Emilio Calatayud y voy a hablarles de....* Alienta Editorial, Madrid, 2014. P. 67; CAGIGAL DE GREGORIO, V., SERRANO MOLINA, A., e AZA BLANC, G. "La violencia de los hijos hacia los padres". *Miscelánea Comillas: Revista De Ciencias Humanas y Sociales*, 66 (129), 2008. P. 453; CHINCHILLA, GASCÓN, GARCÍA e OTERO. "Un fenómeno emergente: Cuando el menor descendiente es el agresor" Universidad de Zaragoza, 2005, P. 6; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, E. "El maltrato de hijos a padres. Algo más que un delito", in NIETO MORALES, C. (Coord.) *La violencia intrafamiliar: menores, jóvenes y género: una mirada desde la práctica profesional*. Bosch. Barcelona, 2012. P. 160; LIÑÁN AGUILERA, F. L. "El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores". *Intervención Psicoeducativa En La Desadaptación Social: IPSE-Ds*, (4), 2011, 12.

I genitori decidono di denunciare i fatti alla polizia, quando gli episodi in questione sono estremamente violenti. La detenzione dovrà essere comunicata immediatamente al pubblico ministero. È interessante osservare che rispetto ad altri delitti la dichiarazione del minore detenuto si realizzerà in presenza dell'avvocato e del pubblico ministero rappresentato da una persona diversa da colui che ha istruito il procedimento, non essendo raccomandabile la presenza di coloro che esercitano la patria potestà, la tutela o la "guardia" del minore⁹ -di fatto o di diritto-, i quali normalmente saranno le vittime o gli offesi (art. 17 LORRPM).

Dopo aver comunicato la situazione al pubblico ministero, questi può ammettere o meno la denuncia; se la dichiara ammissibile, considerando i fatti che si presume costituiscano delitto, realizzerà le indagini pertinenti al fine di verificarli. Quando si tratta di fatti penalmente irrilevanti, si archivieranno, con l'eventuale remissione della prova all'entità pubblica di protezione. Se al contrario, intende che i fatti costituiscano delitto, il pubblico ministero comunicherà l'inizio del procedimento al giudice minorile, affinché inizi le indagini corrispondenti. La decisione circa l'archivio o l'inizio della denuncia dovrà essere notificata a coloro che l'hanno presentata.

Di seguito, si aprirà un processo penale a carico del minore, che dovrà essere breve e agile, dal momento che eventuali dilazioni possono avere un effetto ancor più pregiudizievole che nel processo a carico di persone adulte. Nei casi di violenza dei figli contro i genitori queste caratteristiche possono raggiungere la loro massima esigibilità, richiedendo la protezione delle vittime e l'intervento sul minore un'azione immediata. Per tali ragioni, in questi casi, in cui esiste questa speciale relazione con le vittime, le misure cautelari acquistano maggior rilievo, essendo consigliabile la loro adozione sia d'ufficio sia a istanza dei denunciati.

Quando i genitori del minore aggressore contro il quale si realizza il procedimento debbano comparire in qualità di denunciati o testimoni, non potranno essere presenti dall'inizio dell'udienza come accompagnanti e rappresentanti del minore ma dovranno attendere fuori della sala fintantoché non abbiano deposto i testimoni, in conformità a quanto disposto nell'art. 35.1 LORRPM, che in relazione a coloro che assistono all'udienza, tra cui si trova il minore, dispone "...che potrà essere accompagnato dai loro rappresentanti legali, salvo che il giudice, sentiti il PM, l'avvocato del minore e i rappresentanti dell'equipe di esperti, accordi il contrario". In questo modo, la presenza dei rappresentanti legali del minore è sottoposta a un trattamento individualizzato, potendo questi assentarsi quando lo consideri opportuno il giudice minorile, dal momento che la figura del genitore o del rappresentante legale coincidono con quella della vittima e/o dell'accusa particolare.

Allo stesso tempo, per quanto riguarda l'ambito civile, nei casi di violenza dei figli sui genitori, in cui ovviamente i genitori hanno un interesse opposto a quello del figlio minore e non emancipato, si nominerà un difensore giudiziale, salvo il caso in cui il conflitto d'interesse esista con uno solo dei genitori e l'altro eserciti la rappresentanza legale del minore senza necessità di nominare un difensore giudiziario (un caso poco usuale nelle fattispecie che si analizzano in questa sede). In questo caso, la rappresentanza del minore sarà assunta da un PM distinto da quello che ha condotto l'istruzione e che esercita la pubblica accusa (art. 163 e artt. da 299 a 302 c.c.).

⁹ Il concetto di "guardia" del minore in Spagna si riferisce alla funzione di tutela esercitata senza la previa formalizzazione che caratterizza la tutela, la curatela o la difesa giudiziaria, mediante la quale si proteggono i beni o la persona di un minore o di un presunto incapace transitoriamente e senza un titolo abilitante.

2. Per quanto riguarda l'obbligo di dichiarare, i genitori, sebbene siano gli unici denunciati o testimoni dei fatti, non sono obbligati a dichiarare, in conformità a quanto disposto nell'art. 416 LE-CRim. Tuttavia, se il genitore si avvalga della dispensa dall'obbligo della dichiarazione e la sua testimonianza è l'unica prova possibile, nella maggioranza dei casi si procederà all'assoluzione del minore, poichè non ci saranno prove sufficienti per far venir meno la sua presunzione di innocenza¹⁰. Al contrario, se il genitore non ricorre alla dispensa dall'obbligo di dichiarare, la sua testimonianza sarà sufficiente a far venir meno la presunzione di innocenza e ad ottenere una sentenza di condanna¹¹, sebbene, affinché questo succeda, la Corte Suprema ha stabilito una serie di esigenze¹²:

- Che vi sia assenza di credibilità soggettiva. Si riferisce alla credibilità della vittima, testimone unico, in relazione al fatto che la denuncia non dovrà essere mossa o condizionata da motivi di vendetta o da altri motivi illegittimi.

- Verosimiglianza in queste manifestazioni in relazione al loro contenuto e all'esistenza di dati o prove che rendano credibile quanto affermato dalla vittima.

- Si esige la sussistenza dell'incriminazione, senza ambiguità né contraddizioni importanti.

Infine, sebbene non sia frequente, a volte, possono essere chiamati a testimoniare i terzi. Sono generalmente persone appartenenti o vicine al nucleo familiare, che sono state presenti o hanno ascoltato il fatto. In tali casi, secondo l'art. 37.3 LORRPM, ci dovremmo attenere a quanto disposto nella LO 19/1994, del 23 dicembre, sulla protezione dei testimoni e periti nel processo penale (*LO 19/1994, de 23 de Diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*). Allo stesso tempo, il giudice dei minorenni potrà accordare che la sua dichiarazione abbia luogo senza che possano essere osservati ma solo ascoltati, in circuiti chiusi di televisione, se si dispone dei mezzi, o per videoconferenza, essendo questo il sistema più idoneo per garantire la sicurezza del testimone¹³.

In relazione all'intervento necessario dell'equipe di esperti, l'art. 37.2 LORRPM ne prescrive l'udienza. L'equipe di esperti dovrà essere ascoltata come prova periziale necessaria sulle circostanze del minore relative alla "situazione psicologica, educativa e familiare del minorenne, così come al suo intorno sociale e, in generale, a qualsiasi altra circostanza rilevante per l'adozione di alcune delle misure previste nella presente legge" (art. 27.1, 3 LORRPM). Al di là della perizia dell'equipe di esperti, l'accusa particolare, cioè il genitore della vittima del maltrattamento perpetrato dal minore, può presentare la perizia di un medico forense (art. 456 LECrim).

Infine, per quanto riguarda il diritto all'ultima parola, in conformità all'art. 739 LECrim, il giudice controllerà che il minore non offenda la morale, che rispetti il giudice e le altre persone, limitandosi a ciò che sia pertinente. Se necessario, potrà anche toglierli la parola. Il giudice minorile dovrà rispettare il diritto all'ultima parola del minore anche nel caso in cui fosse stato espulso dalla

¹⁰ SAP Madrid (Sez. 4ª), 30 luglio 2010 (LA LEY, 174031/2010).

¹¹ Si rinvia tra le altre a SAP, Soria (Sez. 1ª), 21.12.2010 (LA LEY, 271384/2010); SAP Barcellona (Sez. 3ª), 22 novembre 2010 (Aranzadi, JUR\2011\79709); SAP Malaga (Sez. 8ª), 16 giugno 2008 (Aranzadi, JUR\2011\211340); SAP Murcia (Sez. 4ª), 9 maggio 2007 (LA LEY, 128788/2007).

¹² FJ. 3. STS (Sala Penal, Sez. 1ª), 18 giugno 2014 (Aranzadi, RJ\2014\3963); FJ. 2. STS (Sala Penale, Sez. 1ª), 17 dicembre 2013 (Aranzadi, RJ\2014\369); FJ. 5. STS (Sala Penale, Sez. 1ª), 27 dicembre 2012 (Aranzadi, RJ\2012\94566).

¹³ GARRIDO CARRILLO, F. J. "La fase de audiencia o de juicio oral en el proceso penal de menores", in MORILLAS CUEVA, L. (Dir.). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*. Dykinson. Madrid. 2010, 493.

sala per ragioni di ordine pubblico o avesse accordato l'abbandono momentaneo qualora il suo interesse potesse rischiare di essere pregiudicato¹⁴. In tal caso, avuto riguardo all'importanza del rispetto del diritto all'ultima parola, il minore conserva questo diritto e dovrà essere l'ultimo ad intervenire personalmente e direttamente nel processo (37.4 LORRPM).

I delitti di violenza familiare normalmente sono commessi con la violenza o l'intimidazione. Difficilmente sarà possibile applicare la rinuncia prevista nell'art. 18 LORRPM. Allo stesso modo, non si potrà ricorrere alla conciliazione o alla riparazione tra il minore e la vittima (art. 19 LORRPM) nel caso in cui si tratti di delitto grave, quando tali atti si commettano con violenza o intimidazioni gravi o qualora tali requisiti nella commissione della condotta non sussistano e si tratti di casi di minore entità in cui si ravvisi una situazione di forte squilibrio tra le persone interessate. Allo stesso modo non vi si potrà ricorrere quando il minore maltrattatore non manifesti il proposito di porre fine a tali atti o nel caso in cui il maltrattato, a causa del danno sofferto e della ragionevole inesistenza della speranza di pervenire alla mediazione, si trovi psicologicamente incapace di prendere parte al processo.

Da parte sua, non si può ricorrere alla mediazione, sulla quale la dottrina dibatte¹⁵, in nessun tipo di maltrattamento familiare e, di conseguenza, neppure nei casi di violenza familiare, dal momento che in tali fattispecie esiste una situazione di forte squilibrio di potere tra la vittima e l'aggressore¹⁶. Infatti, nei casi di violenza di genere la mediazione è esclusa dall'art. 44.5 della LO 1/2004, del 28 dicembre, sulle misure di protezione integrale contro la violenza di genere (*LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género*). Nei casi di violenza

¹⁴ Su questa questione si rinvia a GARRIDO CARRILLO. "La fase de audiencia...". *Op. Cit.* p. 497; LÓPEZ JIMÉNEZ. "Fase de audiencia o de juicio oral. Sentencia y recursos". in GONZALEZ PILLADO, E (Dir.) *Proceso Penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, p. 265. In questo senso la FGE nella sua *Circolare 9/2011* (par. V. 3) indica che, a causa dei contenuti sensibili che i rapporti degli equipe di esperti normalmente contengono non solo sul minore ma anche sulla sua famiglia, sarà conveniente promuovere l'uso di questa facoltà nei confronti sia del minore sia della sua famiglia, durante la lettura, l'estensione o il chiarimento del rapporto, così come in relazione ad altre prove (rapporti psichiatrici) che possano violare l'interesse del minore.

¹⁵ Alcuni autori difendono la mediazione nei casi di violenza familiare, tra gli altri, FARALDO CABANA, P. "Las prohibiciones de aproximación y comunicación aplicables a menores infractores". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, 2009, p. 60; LIÑÁN AGUILERA, F. L. "El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores". *Intervención Psicoeducativa En La Desadaptación Social: IPSE-Ds*, (4), 2011, 19.; MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C. "La violencia Familiar y de Género ejercida por los Menores". *III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género*. Madrid, 21-23 ottobre, 2009, 15. Tuttavia, autori come AROCA MONTOLÍO, C., BELLVER MORENO, M. C., e MIRÓ, C. "Los problemas de violencia en los adolescentes, ¿incapacidad educativa de los progenitores?". *Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa*, 53, 2013, 287, considerano che l'uso della mediazione non è adeguato in nessun caso di violenza familiare o domestica sebbene "uno de los principios de la mediación es la igualdad de poder real o percibido entre las partes que median, hecho que jamás ocurre si existen malos tratos porque la relación entre víctima y victimario es de desigualdad". Allo stesso modo, si rinvia a ORDOÑO ARTÉS, C. "La atribución de competencias en el orden civil a los Juzgados de violencia sobre la mujer", in JIMÉNEZ DÍAZ, Mª J. (Coord.) *La Ley Integral. Un estudio Multidisciplinar*. Dykinson, Madrid, 2009, 469. Infine, autori come GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso Penal de Menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*. Thompson Aranzadi, Navarra, 2007, 92, segnalano le importanti conseguenze negative che produce l'applicazione dell'art. 19 LORRPM per il minore in relazione alla presunzione di innocenza, dal momento che questi, "queda conminado a realizar una determinada actividad porque se reputa como cierto que ha participado en la realización de un hecho delictivo. Certeza que no se obtiene a partir de la celebración de un juicio oral (...) el sobreesimiento al que alude el art. 19 no se corresponde en puridad con una sentencia absolutoria sino más bien, con una resolución de extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de condena".

¹⁶ Cfr. AROCA, C. "Las claves de la violencia filio-parental", in CÁNOVAS, P. y SAHUQUILLO, Mª P. (Coord.) *Menores y familias: retos y propuestas pedagógicas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, 512.

dei figli sui genitori, questo tipo di soluzioni devono essere adottate in via residuale, dal momento che, come dice García Ingelmo, l'uso di questa facoltà per questo tipo di fatti potrebbe trasmettere ad eventuali aggressori il messaggio non più solo equivoco, ma pericoloso, che con un eventuale perdono si possano risolvere queste condotte¹⁷.

Tuttavia, non dobbiamo scartare a priori queste possibilità di soluzione stragiudiziale quando ci troviamo dinanzi a manifestazioni lievi o iniziali di maltrattamenti o a casi di scarsa entità in cui non concorra violenza o intimidazione ed esista un ambiente di calma e un desiderio comune di porre fine alla situazione. In questi casi, si può imporre al minore l'obbligo di assistenza alla psicoterapia con i genitori. Qualora si preveda che il caso si possa risolvere favorevolmente, questa si può rivelare una soluzione idonea, la quale nel caso in cui il minore non adempia alle sue obbligazioni o maltratti di nuovo i genitori può essere revocata. Attraverso la mediazione, il minore non deve solo ricevere il messaggio chiaro di rimprovero ma dovrà assumerlo, pensando che qualsiasi ricaduta riceverà una risposta più severa.

Infine, dobbiamo mettere in rilievo un'altra particolarità dei casi di violenza dei figli sui genitori, cioè il fatto che in questi casi raramente si adotta una pronuncia di condanna in materia di responsabilità civile perché normalmente la persona offesa coincide con il genitore che deve rispondere civilmente dei delitti e delle infrazioni commesse dai propri figli¹⁸.

Un minore, infatti, può iniziare a lavorare e, pertanto, a disporre di proprie entrate a partire dai 16 anni. Sebbene non sia frequente nei casi di cui ci stiamo occupando, se il minore dispone di tali entrate, si potrà adottare una pronuncia di condanna in materia di responsabilità civile a favore dei genitori. Tuttavia, sia i genitori del minore che disponga di entrate proprie sia gli altri familiari aggrediti, nel caso in cui questi non disponga di entrate e il minore e i genitori debbano rispondere civilmente in modo solidale, generalmente rinunciano ad esercitare la responsabilità civile.

3. La violenza dei figli sui genitori è un conflitto dotato di una forte carica emozionale, per il legame tra l'autore e la vittima, e richiede un intervento efficace, dal momento che la situazione riguarda sia il minore che la famiglia. In questo senso, tutte le persone coinvolte contribuiscono all'evoluzione e alla soluzione del conflitto.

Quando si verificano situazioni come quelle descritte e prima che i minori responsabili subiscano il processo, questi possono entrare in contatto con i servizi sociali o con il personale medico, anche se in molte occasioni i minori rifiutano di collaborare volontariamente o abbandonano in modo precipitato gli interventi o i trattamenti offerti¹⁹.

Nel caso in cui il minore sia coinvolto in un procedimento giudiziario, il giudice può imporgli di partecipare in modo attivo a terapie o a determinati interventi. L'organo giudiziario deve tenere

¹⁷ GARCÍA INGELMO, F. M. "Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores". *II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres*. Sevilla, 28 e 29 novembre 2011, 20.

¹⁸ Artt. 61-64 LORRPM. e, SAP Cádiz (Sez. 4ª), 4 ottobre 2011 (Aranzadi, JUR\2012\64819); SAP Barcellona (Sez. 3ª), 15 aprile 2009 (LA LEY, 163216/2009).

¹⁹ In questo senso, HAW, A. *Adolescent violence towards parents in New South Wales. The Challenges and Perspectives of Secondary Education Professionals*. Tesi di dottorato, Università di Sydney, Australia, 2014, p. 91, segnala che i genitori non sono sempre disposti a partecipare agli interventi, dal momento che colpevolizzano il figlio e intendono che è chi dovrebbe cambiare; invece i minorenni in certe occasioni rinunciano quando gli si offre aiuto, considerando che la responsabilità della situazione debba essere attribuire ai genitori che sono coloro che devono modificare le loro condotte.

presente che chi giudica e a cui può imporre una misura per il delitto commesso è il minore, non i suoi genitori, la cui partecipazione all'intervento dovrà essere volontaria, non esistendo nessun meccanismo per obbligarli coattivamente. Al di là di questi limiti, l'intervento giudiziario impone la partecipazione del minore a determinate misure o programmi educativi, sanzionandolo se questa non si realizza nei termini stabiliti²⁰.

Parte della dottrina considera che l'inclusione del minore nel circuito giurisdizionale rende ancor più critico il conflitto familiare²¹. Altri²², invece, considerano che dinanzi a episodi di violenza, indipendentemente dalle loro caratteristiche particolari, la cosa più adeguata è denunciare, come per qualsiasi altra fattispecie di delitto, i minori che realizzano una condotta di violenza in famiglia, i quali devono essere processati e sottoposti alle misure giudiziari pertinenti²³.

Una volta trasmessi i fatti al Pubblico Ministero, questi valuterà se si tratta di un delitto o meno, deciderà circa l'ammissione della denuncia ed archiverà il caso qualora consideri che tali fatti non costituiscano delitto (art. 16 LORRPM).

La LORRPM nei suoi articoli 7 a 15 si occupa delle misure che si possono adottare nel processo penale minorile e dei criteri che devono guidarne l'applicazione²⁴. Per l'adozione della misura più idonea e per la sua esecuzione, si considereranno in modo flessibile le caratteristiche del caso concreto, cioè non solo la prova e la valutazione giuridica dei fatti, ma soprattutto l'età, le circostanze

²⁰ Si rinvia tra gli altri a NAVALÓN SESA, D., GIL ALMENAR, C., e MARTÍN DEL CAMPO, L. "La violencia intrafamiliar en el ámbito de la Justicia Juvenil: el papel del educador social". *RES: Revista de Educación Social*, n° 15, 2012, 15-16; ROMERO, J. C. "La respuesta judicial", in PEREIRA, R. (Coord.) *Psicoterapia de la violencia filio parental. Entre el secreto y la vergüenza*. Morata, Madrid, 2011, 84.

²¹ Da un lato, il fatto che queste situazioni acquistino una dimensione pubblica e si offra una possibile alternativa produce un "effetto contagio" che può spingere altri genitori ad utilizzare la strada della denuncia, anche in forma preventiva, per il timore che i fatti realizzati dal minore si trasformino in maltrattamenti. Dall'altro, non ci dobbiamo dimenticare che dinanzi a determinati conflitti sociali, il ricorso al diritto penale deve essere l'ultimo. Si veda in questo senso, AGUSTINA, J. R. (Director). *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*. Edisofer, Madrid, 2010. P. 215; AMANTE GARCÍA, C. "Abordaje legal sobre la violencia filio parental. Hijos que agreden, padres que delegan". *Jornadas sobre Violencia Intrafamiliar*. Valencia, 28-29 de Febrero de 2008. Recuperato il 5 giugno 2013 da: [<http://altea-europa.org/documentos/Hijos-agreden-padres-que-delegan.pdf>]. P. 7; FERNÁNDEZ RICO, E., FRANCOS GÓMEZ, A., MARTÍN PÉREZ, J. M., e AVELLANEDA MOLINA, J. M. "Violencia filio-parental: conductas violentas de jóvenes hacia sus padres". *XI Congreso Español de Sociología. Crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Universidad Complutense de Madrid, 10, 11 e 12 luglio, 2013. Recuperato il 5 novembre 2013 da: [<http://www.fesweb.org/congresos/11/ponencias/1711/>]. P. 3; ROMERO. "La respuesta...". *Op. Cit.*, 94.

²² Tra questi, IBABE, I., JAUREGUIZAR, J., e DÍAZ, O. *Violencia filio-parental: conductas violentas de jóvenes hacia sus padres*. Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, 2007, 34; ROPERTI, E. *Padres víctimas, hijos maltratadores*. Espasa Calpe, Madrid, 2006, 96.

²³ Frequentemente, dinanzi al fallimento dei meccanismi di prevenzione così come agli interventi preliminari, l'unico ricorso che resta è denunciare il maltrattamento dinanzi alla giustizia affinché il giudice dei minorenni adotti la misura opportuna. Come segnala CALATAYUD, in questi casi, "no hay más salida que denunciar y poner a nuestro hijo a disposición de la Justicia. Es un paso que nadie querría dar nunca, pero no hacerlo sólo complica las cosas y retrasa la solución". Si rinvia a CALATAYUD, E. e MORÁN, C. *Mis sentencias ejemplares*. La Esfera de los Libros, Madrid, 2009. p. 256, anche in CALATAYUD. "Buenas, soy Emilio Calatayud...". *Op. Cit.* p. 65. Sulla questione si rinvia a DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA. *La atención a menores infractores en centros de internamiento de Andalucía*. 2014. Recuperato il 20 gennaio 2015 da: [www.defensordelmenordeandalucia.es]. P. 365; GARRIDO GENOVÉS, V. *Antes que sea tarde*. Nabla, Barcellona, 2007. p. 184-186; NIETO MORALES, C. e GONZÁLEZ LARA, A. M^a. "Prevención y educación frente a la violencia intrafamiliar", in NIETO MORALES, C. (Coord.) *La violencia intrafamiliar: menores, jóvenes y género: una mirada desde la práctica profesional*. Bosh. Barcellona, 2012, 146.

²⁴ Nell'adozione di queste misure non dobbiamo dimenticare quanto disposto nel paragrafo I. 5 dell'Esposizione dei motivi della LORRPM, che individua come uno dei principi ispiratori della legge la sua "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad".

familiari e sociali, la personalità e l'interesse superiore del minore, così come la sua evoluzione, a cui si fa riferimento nei due ultimi rapporti dell'equipe di esperti (art. 7.3 LORRPM). A tal fine, l'art. 7.1 della LORRPM offre un ampio catalogo di misure, ordinate in conformità alle restrizioni che producono sui diritti del minore²⁵.

Dall'altra parte, per quanto riguarda i criteri di flessibilità e l'interesse superiore del minore, la legislazione offre al giudice la possibilità di imporre una o più misure indipendentemente dal fatto che appartengano alla stessa classe (art. 7.4 LORRPM).

Per quanto riguarda la durata delle misure, ci dobbiamo attenere alla gravità del delitto. Quando i fatti costituiscono un delitto che non riveste una certa gravità, secondo la regola generale, la misura non potrà eccedere i due anni, cento ore nel caso delle prestazioni a beneficio della comunità e otto fine settimana di permanenza durante il fine settimana²⁶.

Se si tratta, invece, di fatti costituenti una fattispecie di delitto grave o che essendo qualificati come delitti meno gravi siano stati realizzati con violenza, intimidazione o abbiano provocato un rischio grave per la vita e l'integrità delle persone o siano stati commessi in gruppo o con l'appoggio di una banda che si dedichi ad attività criminali, la durata dipenderà dall'età del minore al momento della commissione dei fatti (art. 9.2 e 10.1 LORRPM)²⁷.

Per quanto riguarda la durata delle misure privative della libertà, la legge precisa che in nessun caso potrà eccedere quella prevista per la pena privativa della libertà che sarebbe stata imposta per lo stesso fatto a un soggetto maggiore d'età (art. 8 LORRPM)²⁸.

²⁵ In modo specifico, le misure previste nell'art. 7.1 LORRPM sono: *a*) Internamento in regime chiuso, *b*) Internamento in regime semiaperto, *c*) Internamento in regime aperto, *d*) Internamento terapeutico in regime chiuso, semiaperto o aperto, *e*) Trattamento ambulatoriale, *f*) Assistenza al centro di giorno, *g*) Permanenza il fine settimana, *h*) Libertà vigilata, con diversi obblighi, *i*) divieto di avvicinarsi o comunicare con la vittima o con quei familiari o altre persone che indichi il Giudice, *j*) Convivenza con un'altra persona o gruppo educativo, *k*) Prestazioni a beneficio della comunità, *l*) Realizzazione di funzioni socio-educative, *m*) Ammonizione, *n*) Privazione del permesso di condurre ciclomotori o veicoli a motore o del diritto di ottenerlo o delle licenze amministrative per caccia o per uso di qualsiasi tipo di armi, *n̄*) Inabilitazione assoluta.

²⁶ V. art. 9.3 LORRPM in relazione alla durata delle misure e l'art. 7.2 LORRPM, alla misura di internamento.

²⁷ Se il minore avesse 14 o 15 anni, la misura potrebbe avere una durata di almeno tre anni, centocinquanta ore nel caso di prestazioni a beneficio della comunità 12 fine settimana di permanenza durante il fine settimana. Nel caso in cui il minore abbia 16 o 17 anni potrà durare fino a sei anni, duecento ore nel caso di prestazioni a beneficio della comunità e sedici fine settimana di permanenza durante il fine settimana. In caso di violenza dei figli sui genitori, se il fatto riveste estrema gravità, così come nei casi di recidiva, il giudice deve imporre la misura di internamento in regime chiuso da uno a sei anni, completandola successivamente con un'altra misura di libertà vigilata con assistenza educativa fino a un massimo di cinque anni. V. art. 10.1 LORRPM.

Infine, nei casi di delitto di omicidio (art. 138 CP), assassinio (art. 139 CP), aggressione sessuale (art. 179 CP), aggressione sessuale con aggravanti (art. 180 CP), terrorismo (articoli 571 a 580 CP) o qualsiasi altra fattispecie che preveda una pena di prigione uguale o superiore a 15 anni, secondo quanto previsto per legge, il giudice deve imporre la misura di internamento in regime chiuso, la cui durata dipenderà dall'età del minore al momento dei fatti (art. 10.2 LORRPM). Nel caso in cui il minore abbia 14-15 anni, la misura potrà durare da uno a cinque anni e potrà essere completata con un'altra misura di libertà vigilata fino a tre anni. Infine, nel caso in cui il minore abbia 16-17 anni, la misura potrà durare da uno a otto anni e potrà essere integrata con un'altra misura di libertà vigilata con assistenza educativa fino a cinque anni.

²⁸ Pertanto, assieme alla durata massima prevista per ciascuna misura, si dovrà considerare il limite derivante dal principio di proporzionalità in relazione alla pena che si sarebbe imposta al minore per la commissione di questo delitto se fosse stato adulto (art. 8 LORRPM).

Infine, nel caso di fattispecie qualificate come delitti gravi, si potranno imporre solo le seguenti misure: avvertimento, libertà vigilata fino a un massimo di sei mesi, permanenza durante il fine settimana fino a un massimo di quattro mesi per fine settimana, prestazioni a beneficio della comunità fino a cinquanta ore, ritiro della patente di guida o di altre licenze fino ad un anno, divieto di avvicinarsi o di comunicare con la vittima o con i familiari indicati dal giudice fino a sei mesi e realizzazione di compiti socio-educativi fino a sei mesi (art. 9.1 LORRPM).

Ai fini dell'esecuzione delle misure si assegna al minore un tecnico o un professionista di riferimento, che elaborerà e presenterà al giudice per la sua approvazione un programma individuale di esecuzione di misure (PIEM) nel quale si prevederanno, adattandolo alle caratteristiche del minore, il contenuto, le finalità, gli orari, gli obiettivi e le altre circostanze socio-educative della misura imposta. Nel caso dei delitti di violenza commessi dai figli sui genitori, è conveniente che questo PIEM si adatti alle caratteristiche di questo delitto e che si orienti verso risposte educative o terapie per le relazioni familiari²⁹.

3.1. La libertà vigilata, che può essere imposta sia in modo definitivo che cautelare, è una misura che si adotta nella maggior parte dei processi che hanno ad oggetto casi di violenza dei figli sui genitori. È una misura flessibile, che permette, da un lato, un alto grado di adattamento, personalizzazione e di individualizzazione; dall'altro un intervento più intenso e continuo nel tempo senza che sia necessario separare il minore dalla propria famiglia. Per questo, i PM e l'equipe di esperti generalmente la propongono ed è la più applicata dai giudici minorili, non solo nei casi di violenza familiare, ma per far fronte a qualsiasi tipo di delitto commesso dal minore³⁰. Il carattere versatile di questa misura così come il controllo che si esercita per assicurare che il minore la compia in modo effettivo permette di qualificarla come una "cassa" in cui si trovano altre misure, come potrebbe essere il trattamento ambulatoriale o l'assistenza nel centro durante il giorno³¹.

Nei casi di violenza familiare esiste la possibilità di imporre la libertà vigilata senza allontanamento per permettere al minore di continuare a risiedere nel domicilio abituale nei limiti in cui la convivenza familiare non sia stata compromessa in modo definitivo e gli altri membri del nucleo familiare non corrano alcun rischio³². In molte occasioni, infatti, la famiglia non desidera che il figlio continui a vivere in casa; in altri la decisione giudiziaria impone l'allontanamento, avuto riguardo

²⁹Cfr. Paragrafo VI della Circolare 1/2010 della FGE. Al riguardo, si veda anche REDONDO ILLESCAS, MARTINEZ CATENA, e ANDRÉS PUEYO, "Factores de éxito asociado a los programas de intervención...". *Op. Cit.* p. 94.

³⁰V. in questo senso, tra gli altri, BERNUZ BENEITEZ, M. J., FERNÁNDEZ MOLINA, E., e PÉREZ JIMÉNEZ, F. "La Libertad Vigilada como medida individualizadora en la Justicia de Menores". *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.7, art. 6, 2009. pp.1-27; GARCÍA PÉREZ, O. "La práctica de los Juzgados de Menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y su eficacia". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, n. 12-art. 12, 2010. pp. 1-36. p. 8; IBABE, JAUREGUIZAR e DÍAZ. "Violencia...".*Op. Cit.* p. 124. Il giudice potrà anche imporre la misura di libertà vigilata nei casi di sospensione dell'esecuzione e come complemento di una misura principale. Questa misura dovrà avere carattere complementare all'internamento in regime chiuso (artt. 7.2, 7.4, 9.1, 28, 29 e 40 LORRPM).

³¹ V., BERNUZ BENEITEZ, FERNÁNDEZ MOLINA, e PÉREZ JIMÉNEZ. "Educar y...".*Op. Cit.* p. 3.

³² Questa alternativa è complessa e deve essere rigorosamente fondata, dal momento che se la situazione è grave può contribuire a rendere cronico il problema che si vuole risolvere. Per questo, come segnala SEMPERE, LOSA, PÉREZ, ESTEVE, e CERDÁ. "Estudio cualitativo...". *Op. Cit.* p. 145, "sería condición necesaria que los miembros del núcleo familiar mostrasen predisposición para establecer compromisos con el profesional de medio abierto por tal de abordar la problemática con la máxima celeridad (terapia familiar u otros apoyos profesionales que puedan orientar en la resolución del conflicto)".

all'interesse del minore, malgrado i genitori manifestino il desiderio che il figlio non venga allontanato da loro³³.

Per evitare il c.d. "effetto abbandono" o i problemi di protezione connessi all'obbligo di residenza, dal momento che si impedisce al minore di convivere nel suo nucleo familiare abituale, la LO 8/2006 ha introdotto un ultimo inciso nella normativa sulla libertà vigilata, prevedendo che a causa di questi obblighi fosse impossibile per il minore continuare a convivere con i genitori, i tutori o con coloro che esercitano la "guardia", il PM dovrà rimettere la prova di questi fatti all'entità pubblica di protezione del minore, e questa entità dovrà promuovere le misure di protezione adeguate alle sue circostanze conformemente a quanto disposto nella LO 1/1996. Di conseguenza, attraverso questo meccanismo si sta imponendo l'obbligo di risiedere con una famiglia distinta mediante l'accogliamento familiare o in un centro di protezione mediante accoglimento residenziale. Quest'ultimo sarà l'alternativa maggiormente usata considerando che le famiglie sono reticenti a farsi carico di un minore che ha maltrattato i suoi genitori³⁴.

Quando si richiede la misura di allontanamento *strictu sensu* o come regola di condotta della libertà vigilata, le richieste dovranno includere una clausola per facilitare la terapia familiare. Nella decisione in cui si dispone questa misura si dovrà specificare che questa non escluderà eventuali contatti del minore con la famiglia quando i tecnici incaricati dell'esecuzione lo considerino conveniente al fine di realizzare le citate terapie³⁵.

Soluzioni per coinvolgere la famiglia nella risoluzione del conflitto durante la sospensione della misura

La LORRPM nell'art. 40, come succede nel procedimento a carico di persone adulte (articoli 80 ss. c.p.), contempla la possibilità di sospendere l'esecuzione della sentenza, previo compimento di una serie di presupposti e condizioni³⁶.

³³ In questi casi acquista una particolare importanza la quinta regola di condotta riconosciuta nell'art. 7.1, h) LORRPM, "*obligación de residir en un lugar determinado*".

³⁴ Come afferma LIÑÁN AGUILERA. "*El maltrato...*". *Op. Cit.* p. 19: "*la familia extensa rara vez quiere hacerse cargo de un menor en estas condiciones*".

³⁵ Così lo riconosce la FGE nella sua Circolare 1/2010 (par. III. 2.2. e 3). Senza dubbio nei casi di violenza dei genitori sui figli è raccomandabile stabilire norme di condotta come l'obbligo di seguire una terapia o un intervento familiare (V. In questo senso il FJ. 2, *Auto AP Girona (Sección 3ª) del 16 de Julio de 2002 -Aranzadi, JUR 2002\245498-*). In questi casi l'intervento della famiglia è imprescindibile ma, come è già stato osservato in questi casi, il giudice dei minorenni è limitato, dal momento che questi giudica e impone una misura al minore ma non ai suoi genitori, che in molte occasioni non sono disposti ad assistere ad una terapia, considerando che si tratta di un problema esclusivo del minore.

³⁶ In modo specifico l'art. 40.1 della LORRPM richiede che:

- La misura imposta non sia superiore ai due anni;
- Si realizzi in un arco di tempo determinato;
- La durata della sospensione non ecceda i due anni;
- Che siano ascoltati: il PM, l'avvocato del minore, il rappresentante dell'equipe di esperti e dell'entità pubblica di protezione o riforma dei minori;
- Che si escluda dalla sospensione la pronuncia sulla responsabilità civile.

Per quanto riguarda la condizione che siano ascoltati il PM, l'avvocato del minore, il rappresentante dell'equipe di esperti e quello dell'ente pubblico di protezione o di riforma del minore, dobbiamo segnalare che, malgrado la modifica introdotta dalla LO 8/2006 che ha introdotto l'accusa particolare, il summenzionato art. 40 LORRPM non dice nulla sull'accusa particolare e dall'altro l'art. 25, g) LORRPM si limita a citare che tra i suoi diritti su trova quello di "*ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor*". Per questo si deve considerare che dovrebbe anche essere ascoltato nei casi di sospensione.

In questo modo, il giudice minorile nella propria sentenza o il giudice competente per l'esecuzione quando questa sia irrevocabile, sia d'ufficio sia a istanza del P.M. o dell'avvocato del minore, potrà accordare attraverso un'ordinanza motivata (*auto*) la sospensione dell'esecuzione del contenuto della sentenza³⁷. Una volta stabiliti i presupposti previsti nell'art. 40.1 LORRPM, il secondo comma dello stesso precetto, determina le condizioni a cui sarà soggetta la menzionata esecuzione:

a) Non essere condannato con sentenza irrevocabile per delitto commesso durante la sospensione, se ha raggiunto la maggiore età, o non essere applicata misura con sentenza irrevocabile in un procedimento regolato da questa legge durante la sospensione.

b) che il minore si impegni a mostrarsi disponibile ad integrarsi nella società, non commettendo nuove infrazioni.

c) Inoltre, il giudice può stabilire l'applicazione di un regime di libertà vigilata durante il periodo di sospensione o l'obbligo di realizzare un'attività socio-educativa, raccomandata dall'equipe di esperti o dall'entità pubblica per la protezione o per la riforma dei minorenni nel precedente tramite di udienza, anche con il compromesso della partecipazione dei genitori, dei tutori o di coloro chiamati ad esercitare la "guardia" del minore, specificando la natura e il termine in cui quell'attività si dovrà realizzare"³⁸.

Come si può osservare, considerando quanto disposto nell'art. 40.2. c) della LORRPM, si potrà applicare una misura di libertà vigilata con l'obbligo di seguire una terapia o un intervento familiare, così come di promuovere (se non di obbligare) il necessario intervento dei genitori. Per questo, il precetto legale segnala testualmente che questa terapia o intervento familiare può essere imposta anche con la promessa di partecipare dei genitori o dei tutori o di coloro che sono chiamati a fare la guardia del minorenne.

L'inadempimento di queste condizioni determinerà la fine della sospensione e l'esecuzione della sentenza. In definitiva, il precetto legale nei casi di violenza familiare richiede il necessario intervento dei genitori nella risoluzione del conflitto.

3.2. Dopo la libertà vigilata, la misura più utilizzata nei casi di violenza familiare è l'internamento. L'internamento si deve adottare, in modo cautelare o definitivo, come *extrema ratio* in conformità ai principi di eccezionalità, proporzionalità, sussidiarietà e provvisorietà, quando si imponga in modo cautelare³⁹.

³⁷ Il precetto legale impiega l'espressione "*podrá acordar motivadamente*", per cui il compimento di questi requisiti legali non determina automaticamente la sospensione dell'esecuzione del dispositivo della sentenza che resta a discrezionalità del giudice minorile. V.F.J. 2, *Auto AP Girona (Sección 3ª) de 16 de Julio de 2002 (Aranzadi, JUR 2002\245498)*.

³⁸ Intende LÓPEZ JIMÉNEZ, R. "Fase de audiencia o de juicio oral. Sentencia y recursos", en GÓNZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.). *Proceso Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. P. 274, che "*la facultad del Juez de obligar al menor a realizar una actividad socioeducativa se realiza sin la audiencia previa del Ministerio Fiscal o del defensor del menor, exigiéndose sólo la recomendación del equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores*".

³⁹ Questi principi che sono alla base del processo penale a carico di adulti, nel processo penale minorile acquistano maggior valore e operatività. V. tra gli altri, MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. "*La violencia...*". *Op. Cit.* P. 14. Mantengono ARRIBAS e ROBLES che la misura di internamento non è più efficiente del resto delle misure alternative che si possono adottare, dal momento che si constata che con i minorenni internati in centri di riforma non si ottengono migliori risultati e dall'altro che suppongono un maggior costo. V. ARRIBAS COS, M. I., e ROBLES, J. I. "La Ley de Responsabilidad Penal del menor y el papel del psicólogo y la mediación en la ley 5/2000". *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 5, 2005.P. 20. In relazione al costo economico dei minorenni nei centri di riforma, segnala SENDÓN, L.

Nei casi di violenza familiare, che finiscono davanti al giudice, il problema è di solito così grave, che le misure meno restrittive generalmente non hanno effetto. Per questo, alcuni autori sostengono che le misure di internamento hanno una speciale effettività⁴⁰. Di solito, si ricorre all'internamento in regime semiaperto o all'internamento terapeutico quando esiste recidiva o gravità.

Le condotte commesse nei casi di violenza familiare sono qualificate come delitto di maltrattamento nell'ambito familiare (art. 153.2 e 3 CP) e delitto di maltrattamento o violenza abituale (art. 173.2 CP). Malgrado si concepiscano come delitti meno gravi, sarebbe opportuno imporre la misura dell'internamento, incluso in regime chiuso, se nell'esecuzione dei fatti si impiega violenza o intimidazione o si produce un rischio grave per la vita o l'integrità fisica delle persone. Tuttavia, nel caso previsto nell'art. 153.2 CP, la pena prevista per gli adulti ricomprende l'alternativa dei lavori in beneficio della comunità e dovrà rispettare le limitazioni derivanti dai principi di proporzionalità, sussidiarietà o eccezionalità (articoli 153 e 173 CP e articoli 8 e 9.2 LORRPM)⁴¹.

Una volta adottata la misura dell'internamento, questa deve essere eseguita nel centro più vicino al domicilio del minorenne per favorire i contatti con i familiari, gli amici e i vicini (art. 46 LORRPM), facendo in modo che l'internamento non supponga anche una rottura delle relazioni o una perdita dei vincoli con il suo intorno sociale⁴². Tuttavia, la realtà ci presenta un quadro diverso, dal momento che in molti casi i minori sono costretti a compiere la misura in un centro lontano da quello del domicilio familiare, essendo l'offerta di posti in centri di internamento inferiore rispetto alla domanda⁴³.

Sussidio di disoccupazione per internamento.

Quando ci si occupa della misura di internamento è necessario analizzare il sussidio di disoccupazione, previsto nell'art. 215 del decreto regio 1/1994, del 20 giugno, che approva il Testo Unico della legge generale sulla previdenza sociale (*Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio por el*

“Intervención educativa con Menores Infractores. No todos son delincuentes. Consideraciones a la Justicia Juvenil”. *RES: Revista de Educación Social*, n° 15, 2012. P. 7: che “Un dato contundente económico es que un menor atendido en la calle cuesta 4 euros al día y en un Centro, 260 euros al día”.

⁴⁰ Per questo, la grande maggioranza dei centri stanno introducendo ed eseguendo programmi specifici di intervento nell'ambito della violenza familiare. V. VIDAL DELGADO. “Actuaciones desde justicia con menores agresores a sus padres”, in NIETO MORALES, C. (Coord.) “La Violencia...”. *Op. Cit.*, 89.

⁴¹ Di conseguenza, l'applicazione delle misure di internamento è esclusa nel caso in cui è stato commesso un delitto lieve, dovendosi imporre solo quando sia strettamente necessario e non sia sconsigliato dall'equipe di esperti e, in ogni caso, considerando i limiti di durata previsti nel codice penale se il soggetto fosse maggiore d'età, così come quelli stabiliti nella LORRPM, riservandosi il regime chiuso per i casi specialmente gravi.

⁴² L'avvicinamento tra il minore e la famiglia attraverso le visite della famiglia e le uscite del minore acquista una grande importanza dal momento che quando termina la misura normalmente il minore farà ritorno nel luogo familiare.

⁴³ In questo modo, in molte occasioni, gli spostamenti per partecipare agli interventi comportano un investimento familiare che non tutte le famiglie possono affrontare; di conseguenza quelle che sono prive di risorse economiche vedono limitate le loro possibilità di trasferimento, rendendo così più difficile il lavoro che si deve realizzare nei casi di violenza dei figli sui genitori. Cfr. Le cifre esposte da RIDAURA COSTA. “La Violencia Filio-Parental. Intervención Socioeducativa, con menores y sus familias, en el centro educativo Colonia San Vicente Ferrer de Valencia”, *Congreso Internacional de Pedagogía Amigoniense. Fundación Universitaria Luis Amigó*, 2009. P. 15, in cui segnala che il 17% delle famiglie che non partecipano all'intervento con i minori sottoposti alla misura di internamento sono “aquellas familias que por dificultades económicas, geográficas o de disponibilidad no han podido acudir al centro de forma sistemática”. Questa situazione indusse il Difensore del minore dell'Andalusia a richiedere l'istituzione di una serie di aiuti economici per quelle famiglie che disponevano di scarse risorse economiche per favorire la visita del minore e la partecipazione nei programmi di violenza dei figli sui genitori dei centri. DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA. “La atención a menores en centros de internamiento de Andalucía”. 2014. Recuperato il 20 gennaio 2015 da: [www.defensordelmenordeandalucia.es], 409; DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA. *Informe anual de 2014*. Sevilla, 2015, 140.

que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), il cui riconoscimento è condizionato al compimento di alcuni requisiti.

Tra i possibili beneficiari di questa prestazione economica si trovano i minori usciti da un centro di internamento in cui erano entrati a causa della commissione di fatti tipizzati come delitto, i quali, oltre ad essere stati privati della libertà per un periodo superiore ai sei mesi, nel momento della liberazione abbiano compiuto 16 anni. La percezione economica ascende all'80 % dell'IPREM, che attualmente equivale a 426 euro mensili e la sua durata sarà di 6 mesi prorogabili per altri due di uguale durata fino ad un massimo di 18 mesi⁴⁴.

Questo sussidio è valutato in modo molto negativo da un ampio settore di esperti⁴⁵, i quali considerano che il riconoscimento di questa misura nel rispetto dei termini e delle condizioni previste nella normativa vigente mette in pericolo il lavoro educativo realizzato con il minore durante la fase dell'internamento⁴⁶. Si constata che molti minorenni che stanno compiendo una misura di libertà vigilata, a iniziativa propria o dei familiari, non compiono questa misura con il proposito di ottenere una sanzione più restrittiva dei loro diritti che li obblighi ad entrare in un centro di internamento per assicurarsi, alla sua conclusione, un aiuto economico. Inoltre, in molte occasioni, i minori sono reticenti a chiedere di cambiare la misura di internamento con un'altra meno restrittiva, malgrado si possano beneficiare di questa possibilità solo dopo essere stati internati per almeno sei mesi, che è il tempo necessario per ottenere la prestazione a cui si è accennato.

Di fronte alla situazione descritta si potrebbero presentare varie opzioni. Da una parte condizionare il riconoscimento del diritto al sussidio per minori sottoposti a internamento al compimento delle misure contemplate nel Piano Individuale di Esecuzione di Misure e alla continuità del processo di formazione del minore; dall'altro, si potrebbe sopprimere la prestazione in denaro con quella in specie, come nel caso di borse di studio o corsi di formazione.

Infine, è importante sottolineare che per i casi in cui l'unica alternativa è l'applicazione di una misura privativa della libertà, sarebbe conveniente predisporre moduli specifici per i minori responsabili di fatti di violenza familiare⁴⁷, evitando che coloro che debbano compiere differenti misure condividano installazioni, spazi e lo stesso regime di convivenza nei rispettivi centri.

Le misure di internamento comprendono un primo periodo che si realizza in un centro di riforma, riconosciuto dall'amministrazione e gestito dal personale di sicurezza, e un secondo periodo, nel quale i minorenni sono sottoposti a libertà vigilata. Durante il primo periodo i minori sottoposti

⁴⁴ Si tratta di una prestazione, conosciuta comunemente come la "prestazione o sussidio per scarceramento", per favorire il reinserimento nella società di quelle persone che sono state private per un tempo della loro libertà, rendendo possibile una sussistenza minima fino a trovare un impiego.

⁴⁵ Così lo mette in rilievo il DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA in "La atención a menores...". *op. cit.*, 406.

⁴⁶ E. CALATAYUD, contempla la possibilità di ridurre o addirittura sopprimere questa prestazione dal momento che "corremos el riesgo de que haya niños que delincan sólo para cobrar los cuatrocientos euros". V. CALATAYUD, "Buenas, soy Emilio Calatayud y voy a...", 50.

⁴⁷ La domanda di un servizio specializzato è una richiesta ricorrente da parte dei genitori. V. GARRIDO GENOVÉS. "Los hijos..." *op. cit.*, 61; IBABE, JAUREGUIZAR e DÍAZ "Violencia..." *op. cit.*, 123; ROMERO. "La respuesta..." *op. cit.* 94 e 95.

alla misura di internamento in regime chiuso risiedono nel centro e realizzano attività formative, educative e di ozio⁴⁸. Nell'esecuzione di queste misure si dovranno favorire i vincoli sociali e il contatto con i familiari⁴⁹.

La finalità dell'internamento in regime chiuso è far acquisire al minore le competenze sociali essenziali per tenere un comportamento responsabile nella Comunità, mediante forme di controllo in un ambiente restrittivo e progressivamente autonomo (*Exp. Motivos, III.16 LORRPM*). Si tratta, senza dubbio, della misura più gravosa, la quale incide direttamente sulla libertà di circolazione del soggetto e che, in conformità al principio del minimo intervento, si può imporre solo nei casi di maggiore gravità⁵⁰.

Per quanto riguarda il compimento della misura, quando il minore raggiunge la maggiore età, si applicherà la regola generale prevista nell'art. 14.1 LORRPM, che stabilisce che il minore continuerà a compiere la stessa fino al raggiungimento degli obiettivi proposti nella sentenza.

Il precetto distingue a seconda che il minore abbia compiuto i 18 e i 21 anni. Da una parte, l'art. 14.2 della LORRPM attribuisce al giudice minorile la facoltà potestativa di ordinare il compimento della misura di internamento in regime chiuso in un centro penitenziario se, una volta compiuti i 18 anni, il minore non raggiunge gli obiettivi fissati nella sentenza⁵¹. Dall'altro, l'art. 14.3 LORRPM obbliga il giudice minorile ad ordinare il compimento di questa misura in un centro penitenziario quando il minore ha compiuto i 21 anni⁵².

⁴⁸ V. Articoli 7.1, a), e 7.2 LORRPM e art. 24 RLORRPM.

⁴⁹ Saranno possibili comunicazione e visite, così come la richiesta di permessi di uscita straordinari in determinate circostanze e di permessi ordinari e uscite durante il fine settimana dopo aver compiuto un terzo del periodo di internamento. Sul principio di risocializzazione, si rinvia all'art. 55 LORRPM e per quanto concierne il regime delle comunicazioni, delle visite e dei permessi di uscita, si rinvia agli articoli 40 a 52 RLORRPM.

⁵⁰ Cfr. articoli 9.2 LORRPM e art. 37,b) CDN. Si potrà imporre questa misura quando si verificano:

- Fatti tipizzati come delitto grave dal codice penale,
- o che, tipizzati come delitti meno gravi, sono stati eseguiti con violenza o intimidazione o hanno provocato un rischio grave per la vita o l'integrità fisica delle persone,
- o delitti commessi in gruppo o da persone appartenenti a una banda che si dedichi a attività criminali. Inoltre si dovrà imporre per imperativo legale dinanzi a fattispecie estremamente gravi come l'omicidio, l'assassinio, l'aggressione sessuale o i delitti di terrorismo o qualsiasi altro delitto previsto nel codice penale o nelle leggi penali speciali per i quali si preveda una pena di prigione uguale o superiore a 15 anni (art. 10.2 LORRPM).

Sebbene questa misura si possa applicare in modo cautelare, non si potrà imporre a quei delitti che non rivestono una simile gravità o che siano stati commessi in modo imprudente, nè nel caso in cui si commetta una semplice infrazione (*falta*) -ora delitti lievi- (articoli 9.1, 9.2, 9.4, 10, 28 e 29 LORRPM).

⁵¹ In modo specifico, l'art.14.2 LORRPM stabilisce che "*cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia*".

⁵² Secondo l'art. 14.3 LORRPM, "*no obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia*"

È opportuno mettere in rilievo un'incoerenza o dimenticanza del legislatore quando allude in questo paragrafo a "*cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad*", dal

In relazione a coloro secondo i quali questi casi dovrebbero essere considerati negativamente perché il giudice minorile starebbe imponendo una pena di prigione⁵³, è opportuno precisare che il giudice minorile non impone una pena di prigione, ma in virtù del principio di legalità può solo imporre le misure previste dall'art. 7.1 LORRPM, specificando il luogo del compimento della misura, che in questo caso può essere un centro o la prigione. Al contrario, queste disposizioni potrebbero pregiudicare il principio di sicurezza giuridica nell'ambito penale, dal momento che si deve tenere sempre presente che eventuali modifiche e sostituzioni delle misure da parte del giudice per i minorenni potranno essere adottate solo nel caso in cui non suppongano un'attuazione più gravosa per l'interessato.

La LORRPM (art. 28) non prevede la possibilità che in un procedimento diretto contro una persona maggiore di 21 anni per fatti compiuti quando era minorenni si possa accordare l'esecuzione in un centro penitenziario di una misura cautelare di internamento chiuso. Quanto disposto nell'art. 28 LORRPM in relazione all'art. 14.3 LORRPM potrebbe condurre a delle incoerenze, come nel caso in cui l'autore di uno dei fatti commessi quando era minorenni sia giudicato dopo aver compiuto i 21 anni. In questa ipotesi e in conformità a quanto indicato, la misura di internamento in regime chiuso si può eseguire in un centro penitenziario (art. 14.3 LORRPM), ma non così la misura cautelare di internamento chiuso, che si dovrà eseguire in un centro per minorenni in conformità all'art. 28 LORRPM⁵⁴.

I minori sottoposti alla misura di internamento in regime semiaperto risiederanno nel centro, ma potranno realizzare fuori dallo stesso alcune delle attività formative, educative, professionalizzanti e di ozio stabilite nel programma personalizzato di esecuzione della misura. La realizzazione di queste attività fuori dal centro dipenderanno dall'evoluzione della persona e dal compimento degli obiettivi previsti nelle stesse, potendo il giudice minorile sospenderle per un tempo determinato, accordando che tutte le attività si realizzino nel centro⁵⁵.

Da parte loro, i minorenni ai quali siano state imposte misure di internamento in regime aperto realizzeranno tutte le attività del progetto educativo vicino al centro, dovendo rientrare per il pernottamento, essendo il loro domicilio abituale.

momento che sebbene l'art. 69 non sia stato abrogato, è rimasto vuoto di contenuto, eliminandosi definitivamente la possibilità di applicare la LORRPM alla persona maggiore di 18 anni e minore di 21 (così come i riferimenti a questa questione contenuti negli artt. 1.2 e 4 LORRPM) con la riforma realizzata dalla LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Stando così le cose, tale allusione potrebbe acquistare valore nel procedimento diretto contro una persona di 21 anni per fatti commessi durante la minore età.

⁵³ DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA. "La atención a menores...", *op. cit.* 38: "Esta aportación de la Ley de 2006, debe ser valorada negativamente por esta Institución ya que supone, en la práctica, que el mismo Juzgado de menores estaría imponiendo penas de prisión".

⁵⁴ Per questo motivo, la Procura Generale dello Stato nella relazione annuale del 2014 propone una riforma dell'art. 28 LORRPM. Testualmente propone "la posibilidad de que, cuando se dirija el procedimiento contra una persona mayor de veintidós años por alguno de los delitos previstos en el art. 10.2 de la LORPM, pueda ejecutarse en un centro penitenziario la medida cautelar de internamiento cerrado que se le pueda imponer, en idénticos términos a los previstos en el art. 14.3 LORPM". V. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. "Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014, 2015. Recuperato il 5 ottobre 2015 da: [http://www.fiscal.es]. 776.

⁵⁵ V. art. 7.1, b) LORRPM e 25 RLORRPM.

L'internamento terapeutico nelle sue diverse forme⁵⁶ offre un contesto strutturato che consta di un programma basato sull'attenzione educativa specializzata o sulla realizzazione di un trattamento specifico nei centri di questo tipo⁵⁷.

Per l'analisi dell'applicazione delle misure terapeutiche, si dovrà realizzare un'interpretazione integrata di quanto disposto negli articoli 5.2 e 9.5 della LORRPM. In modo specifico, il primo di tali precetti stabilisce che "A prescindere da quanto esposto anteriormente, ai minori nei quali ricorrano le circostanze previste nei numeri 1°, 2° e 3° dell'articolo 20 del vigente codice penale, si applicheranno, se necessario, le misure terapeutiche a cui si riferisce l'articolo 7.1 lettere d) e e) della presente legge". Da parte sua l'art. 9.5 LORRPM stabilisce che quando nello scritto del PM o nella risoluzione dettata nel procedimento si apprezzassero alcune delle circostanze a cui si riferisce l'art. 5.2 di questa legge si potranno applicare solo le misure terapeutiche descritte nell'articolo 7.1, lettere d) ed e) della stessa.

Pertanto, in conformità all'art. 5.2 LORRPM sarà applicabile "nel caso in cui fosse necessario" e secondo quanto previsto nell'art. 9.5 dello stesso testo di legge "solo si potranno applicare" la misura di internamento terapeutico in alcuni regimi o il trattamento ambulatoriale in quei casi in cui si accerti che il minore si trova in situazione di alienazione mentale o in una delle situazioni di non imputabilità descritte nei primi tre commi dell'art. 20 c.p.:

1°. Anomalia o alterazione psichica o disturbo mentale transitorio;

2°. Intossicazione piena per il consumo di bevute alcoliche, droghe tossiche, stupefacenti, sostanze psicotrope o altre che producano effetti analoghi, situazione di sindrome di astinenza a causa della dipendenza da tali sostanze⁵⁸;

3°. Alterazioni nella percezione dalla nascita o dall'infanzia, con alterazione grave del senso della realtà.

Pertanto, come osserva la FGE nella sua circolare 3/2013 (par. I), dinanzi a una causa di non imputabilità, si può imporre solo una misura terapeutica, ma tale imposizione non è obbligatoria, quando non ci siano esigenze preventive generali né retributive da soddisfare. Questo significa che, in questi casi, la misura si deve imporre solo se esiste una necessità oggettiva. Per questo, l'art. 5.2 LORRPM si riferisce all'imposizione in caso di necessità. Sarà opportuno, quindi, che la necessità

⁵⁶ I diversi regime di internamento terapeutico non erano previsti nella redazione originale della LORRPM, ma sono stati introdotti dalla LO 8/2006. In questo senso, la *Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2013, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil (ap. XVI)*, afferma che l'internamento terapeutico nei diversi regimi segue le direttrici stabilite per l'internamento, previsto negli articoli 7.1, a), b) e c) LORRPM, potendosi imporre dinanzi alla commissione del delitto, sia in forma cautelare o irrevocabile, precisando che l'internamento terapeutico si potrà imporre solo in regime chiuso quando sussistano le circostanze previste nell'art. 9.2 ma non nei casi previsti negli articoli 10. 1 e 2 LORRPM.

⁵⁷ È diretta ai minorenni che soffrono anomalie o alterazioni psichiche, uno stato di dipendenza di bevande alcoliche, droghe tossiche o sostanze psicotrope, o alterazione della percezione che determinino una alterazione grave della realtà. È una misura specialmente utile quando in questi stati non si assicurano al minore o al suo intorno le condizioni idonee per il trattamento ambulatoriale, né si verificano le condizioni di rischio che richiederebbero l'applicazione dell'internamento in regime chiuso (artt. 7.1, b) LORRPM e 27 RLORRPM).

⁵⁸ In questo senso, è incoerente e provoca confusione che, da una parte, la legge disponga nell'art. 7.1, d) e e) che il minore potrà rifiutare sia l'internamento terapeutico sia il trattamento ambulatoriale nei casi di disabitazione, dovendo il giudice applicargli un'altra misura che si adatti alle sue circostanze e dall'altro che nell'art. 5.2 e 9.5 disponga che in questi casi, se fosse necessario, si può imporre solo questa misura di internamento o trattamento ambulatoriale.

del trattamento, la pericolosità del minorenne e la prevenzione speciale positiva (finalità di reintegrazione sociale) giustificano l'imposizione della misura⁵⁹.

Considerando che tutte le misure si potranno applicare da sole o come complemento di un'altra misura, normalmente l'internamento terapeutico comporterà l'isolamento nei casi in cui si apprezzi una situazione di non imputabilità piena del minore e si imporrà insieme ad un'altra misura nei casi di una quasi imputabilità in cui non si apprezzi l'esimente completa prevista nell'art. 20 c.p. ma quella incompleta dell'art. 21, co. 1, c.p. o l'attenuante analogica dell'art. 21, co. 7, c.p.⁶⁰.

Inoltre, la LORRPM prevede in forma espressa la possibilità che il minore rifiuti un trattamento di disabitazione. Il giudice potrà applicargli un'altra misura adeguata alle sue circostanze. Ciò sembra coerente se si considera l'inefficacia di un trattamento forzoso di tali caratteristiche. Tuttavia, in conformità alla formulazione letterale della legge, dobbiamo avvertire che la possibilità di rifiuto resta limitata al trattamento che abbia ad oggetto la disabitazione dal consumo di bevute alcoliche, di droghe tossiche o di sostanze psicotrope. Di conseguenza, quando l'internamento sia disposto per anomalie o alterazioni psichiche o perché il minore soffre di alterazioni nella percezione che determinino una distorsione grave della cognizione della realtà, il rifiuto del minore di sottoporsi al trattamento indicato nella sentenza non sarà valido, essendone l'imposizione coattiva e, quindi, di compimento obbligatorio⁶¹.

Infine, è opportuno segnalare che la misura di internamento terapeutico nelle sue distinte forme pare molto raccomandabile nei casi di violenza familiare relazionati a diverse addizioni (ad esempio a sostanze tossiche, allo shopping, alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione) o alla sofferenza di qualche disturbo della condotta (disturbo per *deficit* di attenzione e di iperattività, disturbo negativista, disturbo dissociale, o disturbo esplosivo intermittente). Infatti, vari studi mettono in rilievo che la violenza familiare è uno dei motivi per cui il maggior numero dei minorenni si trovano ricoverati in un centro di internamento terapeutico⁶².

3.3. Un'altra misura che si può imporre nei casi di violenza dei figli sui genitori è la convivenza con altre persone, famiglie o gruppi educativi (articoli 7.1, j) LORRPM e 19 RLORRPM). In questo

⁵⁹ Successivamente, la FGE afferma che: *“De ello deriva que, no concurriendo peligrosidad, la absolución del inimputable no implica necesariamente la imposición de un internamiento terapéutico, aunque puedan adoptarse otras medidas desde el área de Protección de Menores. El juicio de peligrosidad, por aplicación supletoria del Código Penal, consiste en evaluar si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2ª CP). La imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM), sin perjuicio, lógicamente, de que a mayor gravedad de los hechos, pueda, como regla general, inferirse mayor peligrosidad y, correlativamente pueda ponerse con más claridad de relieve la necesidad de imponer un internamiento terapéutico”*.

⁶⁰ In questo modo lo precisa, tra gli altri, COLÁS TURÉGANO. *“Derecho Penal...”* op.cit., 235.

⁶¹ BENÍTEZ ORTÚZAR. *“Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del art. 7 LORRPM”*, in MORILLAS CUEVA, L. (Dir). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. Estudio jurídico*. Dykinson, Madrid, 2010, 211.

⁶² Tra gli altri, CUBERO, E. *“La intervención institucional en el maltrato familiar”*. *Congreso Internacional: Padres e hijos e conflicto*. Madrid, 22 e 23 settembre, 2011. Recuperato il 15 marzo 2013 da: [<http://www.recurra.com/index.php/component/content/article/107>], 8; FANDIÑO PASCUAL, R., e GUDE SAÍÑAS, R. *“Adolescentes en el límite y violencia familiar: Entre la psicopatología y la delincuencia”*. *Cuadernos De Psiquiatría y Psicoterapia Del Niño y Del Adolescente*, (48), 2009, 136.

caso, il minore deve convivere durante il periodo di tempo stabilito dal giudice con un'altra persona, con un'altra famiglia e con un gruppo educativo, scelti per orientarli nel processo di risocializzazione.

È opportuno osservare che l'applicazione di questa misura richiede l'accettazione della persona, della famiglia o del gruppo educativo con cui il minore dovrà convivere. In questi casi la volontà del minore non costituisce un'esigenza legale, a differenza di quello che succede nel caso dell'accoglimento come misura di protezione, sebbene sia necessaria una buona predisposizione del minorenne, che si potrà valutare mediante la comparazione dello stesso, e se necessario, conoscendo l'opinione dei rappresentanti legali⁶³. Generalmente la famiglia rifiuta di farsi carico di un minore che ha maltrattato i propri genitori, per cui nella maggior parte dei casi⁶⁴ si ricorre alla convivenza con un gruppo educativo⁶⁵.

Al fine di garantire lo sviluppo del minore è opportuno che la misura di convivenza si adotti assieme alla libertà vigilata, dando esecuzione a quest'ultima al termine della prima fino al completo reinserimento del minore nel suo intorno. In questo modo, si riduce il rischio di recidiva che si produce nel caso in cui il minore si integri di nuovo con la famiglia senza che esista un periodo di adattamento.

D'altro canto, è anche interessante che la misura di convivenza si applichi assieme a quella dell'allontanamento, dal momento che si tratta di una libertà vigilata con obbligo di risiedere in un luogo determinato o del divieto di avvicinarsi o comunicare. In questo modo non sarebbe necessario ricorrere al sistema di protezione. La giustizia minorile può dare una risposta all'assenza di protezione che l'adozione della misura di allontanamento può comportare nei casi di violenza familiare. Inoltre, dobbiamo considerare che l'accoglimento deve fare affidamento sul consenso del minore e nei casi di cui ci stiamo occupando è possibile che il minore non lo presti, per cui sarebbe più efficace se la giustizia minorile imponesse l'allontanamento assieme alla misura di convivenza che richiede solo la buona predisposizione del minore⁶⁶.

L'adozione della misura di convivenza con un'altra persona, famiglia o gruppo educativo è quella maggiormente effettiva nei casi di violenza familiare, trattandosi di una soluzione di esecuzione semplice, efficace rispetto ai fini perseguiti e scarsamente traumatica sia per il minore colpevole sia per la sua famiglia⁶⁷. Tuttavia, questa misura non si impone con molta frequenza per le difficoltà

⁶³Si rinvia all'art. 19.3 RLORRPM. Rispetto all'accoglimento come misura di protezione, l'art. 173. 2 C.c., stabilisce che per la formalizzazione dell'accoglimento tra i consensi necessari si deve trovare quello del minore, nel caso in cui questi abbia compiuto 12 anni.

⁶⁴ Nella maggior parte dei casi la famiglia estesa non accetta di convivere con il minore aggressore, sebbene si possano trovare delle eccezioni. V. SAP Madrid (Sez. 4ª), 23 giugno 2008 (Aranzadi, JUR\2008\321561).

⁶⁵ Cfr. Circolare 1/2010 (par. III.2.4) del FGE.

⁶⁶ Cfr. articoli 173.2 Cc, 7.1, i), 7.4 e 19.3 LORRPM. In questo senso, FARALDO CABANA, P. "Las prohibiciones de aproximación y comunicación aplicables a menores infractores". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, 2009, 63, segnala che "para evitar estos problemas, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores debería contener una previsión en el sentido de que, siendo imposible que el menor infractor sometido a las prohibiciones de aproximación y/o comunicación continúe viviendo con sus padres, tutores o guardadores, debe aplicarse, además, la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, sin remitir a la legislación protectora de menores. No es correcto mezclar menores sujetos al sistema de protección y al sistema penal juvenil, como tampoco lo es confundir las medidas de cada sistema, aunque tengan cierto parecido (como sucede con la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y el acogimiento familiar o residencial)".

⁶⁷ Questa misura è raccomandata sia dalla FGE nella sua circolare 1/2010, sia da parte della dottrina, tra gli altri, CALATAYUD. "Buenas, soy Emilio...". *Op. Cit.*, 65; GARCÍA INGELMO. "Actuación desde la Jurisdicción...". *Op. Cit.*, 6-

già segnalate a ricevere il consenso della persona o della famiglia che dovrebbe convivere con il minore e per la scarsità di mezzi esistenti in relazione al gruppo educativo nella maggior parte delle Comunità Autonome⁶⁸.

Infine, secondo quanto segnalato dalla FGE nella sua circolare 1/2010 (par. VI), questa misura si deve imporre in un arco di tempo adeguato per permettere di svolgere la sua funzione terapeutica o sociale, ovvero, per un periodo di tempo non inferiore ai dieci o dodici mesi, in conformità ai criteri tecnici comunemente accettati. Durante questo periodo il minore conserverà il diritto ad avere relazioni con la propria famiglia, salvo proibizione giudiziaria espressa⁶⁹.

3.4. Anche la misura del trattamento ambulatoriale si impone nei casi di violenza familiare, sebbene non con tanta frequenza come quelle trattate finora. Questa misura si potrà imporre dinanzi alla commissione di delitti sia in modo preventivo sia definitivo. I minori sottoposti alla stessa dovranno presentarsi nel centro designato con la periodicità richiesta e seguire le indicazioni fissate per curare in modo adeguato l'anomalia o il disturbo psichico, l'addizione al consumo di bevute alcoliche, droghe tossiche o sostanze psicotrope, o dei disturbi della percezione. È una misura destinata a quei minori che non richiedono un internamento terapeutico, dal momento che possono beneficiarsi di un programma terapeutico senza internamento che li aiuti a superare le citate addizioni e alterazioni, evitando la separazione del minore dalla sua famiglia⁷⁰.

Possiamo distinguere due tipi di misure di trattamento ambulatoriale: da una parte, il trattamento psicologico; dall'altro quello di disabituazione dall'addizione al consumo di bevande alcoliche, droghe tossiche o sostanze psicotrope. Entrambe le misure hanno gran rilievo nei casi di violenza familiare, dal momento che in molti casi i minori che hanno commesso questo tipo di delitti presentano problemi di condotta, di consumo tossico o di addizione alle nuove tecnologie.

La misura del trattamento ambulatoriale è regolata negli articoli 5.2 e 9.5 LORRPM, a cui si è fatto riferimento anteriormente in relazione alla misura di internamento terapeutico, per cui ci si rimette a quanto già affermato in quella sede.

Questa misura ha carattere obbligatorio solo per il minore nei termini di tempo fissati nella sentenza pronunciata dal giudice minorile che lo considera colpevole. In molte occasioni i genitori non vogliono sottoporsi alla terapia ma manifestano il desiderio di abbandonarla se il minore non

7; IBABE, JAUREGUIZAR Y DÍAZ. "Violencia...". *Op. Cit.*, 125; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. "La violencia...". *Op. Cit.* P. 13; MORALA SALAMANCA, J. A. "La convivencia en grupo educativo". *RES: Revista de Educación Social*, nº 15, 2012. Pp. 1-19; VIDAL DELGADO. "Actuaciones desde...". *op. cit.*, 88.

⁶⁸ Ad esempio la Comunità Autonoma dell'Andalusia nel 2014 disponeva di 18 centri di questo tipo con una capacità massima, di 8 posti ciascuno, per un totale di 144 posti. V. JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía de Centros y Servicios de Justicia Juvenil*. Consejería de Justicia e Interior, 2014. P. 49. Della scarsità dei ricorsi si è preoccupata anche la Procura (Fiscalía General del Estado) nella sua memoria del 2014, in cui si afferma che "la ausencia de recursos para el cumplimiento de la medida de convivencia en grupo, especialmente adecuada en determinados casos de violencia filio parental. No sólo es que sea un recurso inexistente en algunas Comunidades, sino que éstas, a veces tratan de compensar la ausencia o deficiencia de plazas mediante subterfugios como ofrecer que se cumpla en centros de protección (Pontevedra), o centros incluso de reforma (Navarra, Baleares) o hasta una residencia privada donde los padres tenían interna a una menor (Zamora), sin que prosperaran tales intentos ante la oposición de las respectivas Fiscalías". V. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. "Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014", 502.

⁶⁹ Art. 19.6 RLORRPM.

⁷⁰ Esposizione dei Motivi, III.20 e artt. 7.1, e), 9.1, 29 LORRPM e 16 RLORRPM.

cambia, poiché considerano che il problema risiede proprio nel figlio, che sarebbe l'unico colpevole, non arrivando a comprendere la necessità della loro partecipazione alle summenzionate terapie. Tutto ciò avrà ripercussioni negative sull'intervento.

3.5. La realizzazione di compiti socio-educativi produce scarsi effetti nei casi di violenza familiare. Il minore sottoposto a questa misura deve realizzare, senza essere internato né messo in libertà vigilata, specifiche attività aventi un contenuto educativo, dirette a permettere di integrarsi nella società e che favoriscano, pertanto, il suo reinserimento.

Questa misura, che può avere un carattere autonomo o formare parte di altre più complesse, si impone dinanzi alla commissione di delitti o delitti lievi, in modo definitivo, piuttosto che cautelare⁷¹. Tra i possibili compiti socio-educativi da realizzare possiamo citare l'obbligo di assistere a un corso occupazionale, a un'aula di educazione o a corsi per l'apprendimento di diverse competenze sociali, il controllo degli impulsi o la risoluzione di problemi o la partecipazione ad un corso di orientamento professionale.

Tali prestazioni non producono effetti rilevanti. Questa misura non si potrà imporre al minore senza il suo consenso e consiste nella realizzazione di determinate attività non retribuite aventi un certo interesse sociale o a beneficio di persone in situazione di precarietà. Si cercherà di relazionare la natura dell'attività da realizzare con i beni giuridici pregiudicati dai fatti commessi dal minore⁷².

Nei casi di violenza familiare le prestazioni a beneficio della comunità potrebbero consistere nella collaborazione con entità che prestino aiuto a vittime di violenza domestica o di violenza familiare. In questo modo, il minore potrebbe acquistare un'esperienza diretta sulle conseguenze che sugli altri producono questo tipo di azioni e allo stesso tempo potrà riflettere sulle conseguenze della sua condotta.

3.6. Infine, il divieto di avvicinarsi o di comunicare con la vittima o con i familiari o le altre persone che il giudice reputi conveniente, ha avuto una scarsa ripercussione nei casi di violenza familiare⁷³.

Il divieto di avvicinarsi impedisce al minore di avvicinarsi alla vittima, ai familiari e alle altre persone che il giudice consideri opportuno, a prescindere dal luogo in cui si trovino, così come dal suo domicilio, dal centro docente, dai luoghi di lavoro e da qualsiasi altro da questi frequentato. Il divieto di comunicare con la vittima o con le persone indicate dal giudice o dal tribunale, ad esempio i familiari, impedisce al minore di avere contatti con queste persone, con qualsiasi mezzo di comunicazione, informatico o telematico, di carattere scritto, verbale o visivo (art. 7.1, i) LORRPM)⁷⁴.

⁷¹ Esposizione dei Motivi, III.19 e artt. 7.1, l), 7.4, 9.1, 28 LORRPM e art. 21 RLORRPM.

⁷² La nota caratteristica di questa misura è che il minore deve comprendere durante la sua realizzazione che la collettività o determinate persone hanno sofferto in modo ingiustificato conseguenze negative a causa della sua condotta. Si rinvia all'esposizione dei motivi, III.15 e artt. 7.1, k) LORRPM e art. 20 RLORRPM.

⁷³ Al contrario, la giurisprudenza recente si è pronunciata con frequenza su casi in cui il minore realizza condotte di violenza di genere contro la propria coppia. Si rinvia a *SAP Isole Baleari* (Sez. 2^a), 16 gennaio 2012 (Aranzadi, JUR\2012\57444); *SAP Segovia* (Sez. 1^a), 20 gennaio 2011 (Aranzadi, JUR\2011\118732); *SAP Álava* (Sez. 2^a), 12 Novembre 2010 (Aranzadi, JUR\2011\122749); *SAP Madrid* (Sez. 4^a), 31 gennaio 2006 (Aranzadi, JUR\2006\203654).

⁷⁴ Questa misura non era prevista inizialmente nella LO 5/2000 ma fu introdotta dalla LO 8/2006 in un tentativo di assimilare il regime dei minori a quello degli adulti. Si rinvia a COLÁS TURÉGANO, A. "Derecho Penal..." *op. cit.* 229-230.

In relazione all'adozione della misura dell'allontanamento dobbiamo differenziare la giurisdizione per gli adulti, in conformità alla quale (art. 57, co. 2 c.p.) questa misura sarà "accordata in ogni caso", nei delitti contemplati nell'art. 57, co. 1 c.p., quando si commettano contro certe persone, dalla giurisdizione per i minorenni. Come osserva, tra gli altri, García Ingelmo, la misura dell'allontanamento a cui si è fatto riferimento è sempre potestativa, non esistendo vincolo di mandato imperativo ai sensi dell'art. 57, co. 2, c.p.⁷⁵.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, la flessibilità di questa misura è la sua principale caratteristica, dal momento che il giudice potrà imporla avuto riguardo alla vittima, ai suoi familiari o ad altre persone che stimi convenienti⁷⁶. Il controllo del suo effettivo compimento lo realizzeranno le forze dell'ordine pubblico, per cui la sentenza di condanna che imponga al minore l'allontanamento o l'ordinanza che ne stabilisca l'imposizione in modo cautelare dovrà essere notificata al Commissariato di Polizia o alla Guardia civile del domicilio della vittima⁷⁷.

Infine, per evitare l'"effetto mancata protezione" o i problemi che comporterebbe il fatto che il minorenne non possa convivere con il nucleo familiare abituale, la LO 8/2006, introduce nell'art. 7, co. 1, lett. i) LORRPM un inciso finale, segnalando che "se la misura impedisse al minorenne di continuare a convivere con i genitori o i tutori o coloro che esercitano la 'guardia', il PM dovrà rimettere la prova di tale aspetto all'entità pubblica di protezione del minore e tale entità dovrà promuovere le misure di protezione adeguate alle sue circostanze, in conformità a quanto disposto nella LO 1/1996". L'applicazione di questa misura potrebbe determinare, quindi, l'adozione di una misura di accoglimento familiare (preferibilmente in una famiglia estesa, sebbene possa essere una famiglia estranea) o di un accoglimento residenziale in un centro di protezione. Questo è uno dei motivi per cui nei casi di violenza familiare generalmente non si impone l'allontanamento.

⁷⁵ GARCÍA INGELMO. "Actuación desde la Jurisdicción de Menores frente a casos de maltrato familiar ascendiente y violencia de género", *I Congreso para el estudio de la Violencia contra las mujeres*. Sevilla, 29 e 30 novembre 2010. P. 4; GARCÍA INGELMO, F. M. "Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores". *II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres*. Sevilla, 28 e 29 novembre 2011, 25.

⁷⁶ Come osserva la FGE nella sua Circolare 1/2010 (par. III. 2. 3), questa ampiezza si deve intendere circoscritta in primo luogo alla necessità che la propria dinamica commissiva riveli un *periculum* in relazione alla persona che deve essere oggetto di protezione (la vittima, un familiare o un terzo) e in secondo luogo alla necessità che le persone protette (che possono essere una o varie) siano determinate nella sentenza.

⁷⁷La LORRPM, a differenza del CP, non prevede che il controllo di queste misure si realizzi attraverso mezzi elettronici, essendo pertanto logico discutere la possibile applicazione sussidiaria del Cp, considerando il suo carattere suppletivo in virtù di quanto previsto nella disposizione finale 1^a. In relazione a questa questione la FGE nella sua *Circular 1/2007 sui criteri interpretativi a seguito della riforma della legislazione penale dei minori del 2006* (par. VI. 2) sostiene che la mancanza di una previsione legale fa sì che questi divieti (cautelari o meno) possano essere controllati mediante meccanismi di controllo elettronico, salvo il caso in cui quello sottomesso alla misura volontariamente vi acceda.

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA



TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale per i Minorenni di Napoli, composto dai Signori:

- | | |
|-----------------------------------|---------------------|
| 1) Dott. M. Pierantoni | Presidente |
| 2) Dott. P. Vallario | Giudice (estensore) |
| 3) Dott. ME Migliaccio | Componente Privato |
| 4) Dott. A. Ferrigno | “ “ |

Con l'intervento del P.M. rappresentato dal Procuratore della Repubblica Dott. Imperato

E con l'assistenza del Cancelliere sottoscritto ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa penale

CONTRO

IMPUTATO

- LIBERO ASSENTE -

Dei reati di cui agli artt. 720 c.p. perché, in un circolo ricreativo prendeva parte al gioco del poker live, gioco d'azzardo essendo la vincita e la perdita quasi interamente aleatorie.
In Aversa il 25.10.12

CONCLUSIONI DELLE PARTI

P.M.M. Chiede n.d.p. perché il fatto non sussiste

DIFENSORE Si associa alla richiesta del P.M. ; in subordine chiede n.d.p. per irrilevanza del fatto.

N. 90/16 SENT.
N. 356/15 R.G.
N. 2649/12 P.M.M.

UD. del 24.2.16

NOTIF. ESTRATTO
CONTUMACIALE
IL

COMUNICATO AL
P.G. IL

10/03/2016

SENTENZA
IMPUGNATA
IL
DA
IL
DA

ATTI ALLA C. APP.
SEZ. MIN.
IL

E' ESECUTIVA DAL

11/04/2016

SPEDITO ESTRATTO
ESECUTIVO AL
P.M.M. IL

REDATTA SCHEDE
PER CASELL.

IL
ESENTE

N. ESENTE C.P.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto emesso dal Gup presso questo Tribunale in data 16.10.15, l'imputato veniva rinviato a giudizio per rispondere del reato indicato in rubrica.

All'udienza odierna, svoltasi alla presenza dell'imputato, il Tribunale ammetteva i mezzi di prova richiesti dalle parti e dispone procedersi all'escussione del teste . All'esito, , stante la rinunzia delle parti alla escussione dell'ulteriore teste, il Tribunale revocava l'ordinanza ammissiva delle prove in relazione al teste non escusso. Aveva, quindi, luogo l'esame dell'imputato. Quindi, dichiarata chiusa l'istruttoria dibattimentale ed utilizzabili gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento, il Tribunale invitava le parti a rassegnare le conclusioni e decideva come da dispositivo letto in udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il complesso delle risultanze istruttorie ha consentito di ritenere provata la responsabilità dell'imputato in relazione alla contestazione mossagli.

ha riferito che il 25.10.12 effettuò un controllo presso l'esercizio commerciale di . Si trattava di un locale aperto al pubblico, adibito a bar, al cui interno vi era una postazione internet. In quel momento, oltre al titolare, era presente nel locale un ragazzo, successivamente identificato nell'odierno imputato, il quale, seduto alla suddetta postazione, stava effettuando una partita on-line a videopoker. I verbalizzanti accertarono che era in possesso di un biglietto (cfr. verbale di sequestro in atti) che recava delle password attraverso cui era possibile collegarsi al sito www.triple888poker.com, su cui vi era il gioco, bypassando i sistemi che erano stati bloccati precedentemente dall'AMS. I verbalizzanti non riuscivano ad accertare quale fosse la posta in gioco.

Nel corso dell'esame l'imputato ammetteva di aver trovato il biglietto a terra, di essere andato in quel circolo in cui veniva trovato e di aver seguito le indicazioni sul



sito contenute nello stesso biglietto. Dopo essersi registrato cominciava a giocare al gioco del poker, puntando e perdendo 2.20 euro.

Alla luce di quanto emerso non vi è alcun dubbio sulla sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato contestato e sulla sua ascrivibilità all'imputato.

Dall'esame comportamentale in relazione al fatto commesso, l'imputato è risultato dotato di uno sviluppo intellettuale adeguato all'età, capace di determinarsi nelle scelte e sicuramente in grado di comprendere il significato delle proprie azioni.

Tuttavia non può non evidenziarsi la particolare tenuità del fatto, tenuto conto del grado non elevato di colpa dell'imputato, che riusciva ad entrare in possesso di alcune password che gli consentiva agevolmente di entrare nel sito proibito per giunta da una postazione situata in un locale aperto al pubblico, e della non abitudine della condotta, come si evince dalla assenza di precedenti giudiziari e penali specifici.

Altrettanto evidente è la esiguità del pericolo cagionato, in considerazione del valore minimo delle puntate (pari ad euro 2.20).

Trattasi, infine, di reato con pena della reclusione o dell'arresto domiciliare non superiore nel massimo a cinque anni.

Sussistono, pertanto, i presupposti oggettivi e soggettivi per addivenire ad una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 131 bis c.p., apparendo l'offesa di particolare tenuità.

Va disposta la confisca del biglietto trattandosi di corpo del reato.

P.Q.M.

Visti gli artt. 531 c.p.p. e 131 bis c.p. dichiara non doversi procedere nei confronti di
in ordine al reato contestato per la particolare tenuità del fatto.

Confisca del biglietto in sequestro.

Napoli, 24.2.16

Il Giudice est.

Dott.ssa Paola Vallario



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

IL 02/03/2016
Il Funzionario Giudiziario
BUSILIO BOCA

Il Presidente

Dott. Maurizio Pierantoni



NOTE A SENTENZA

La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione ai fatti della scuola Diaz

CLAUDIA MASUCCI

ABSTRACT

This paper is meant to analyze and comment the judgement of ECHR (Fourth Section, 7th April 2015, application no. 6884/11, case of Cestaro v. Italy) which condemns Italy because of the violation of art. 3 ECHR with regard to the prohibition of torture in relation to some events occurred during the G8 summit of Genoa in 2001. In particular, the Court holds that art. 3 has been infringed both under the substantive and the procedural aspect and that the Italian legislation lacks of dissuasive effect and is, therefore, inadequate.

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Osservazioni e questioni preliminari. – 3.1 Sulla fondatezza della questione: l'aspetto sostanziale. – 3.2. L'aspetto procedurale. – 4. Conclusioni.

1. Come è noto, il 7 aprile 2015 la Corte EDU si è pronunciata sul caso Cestaro, riguardante un cittadino italiano vittima di violenze da parte delle forze di polizia nel corso del G8 di Genova. La Corte è stata chiamata a decidere circa la violazione dell'art. 3 CEDU¹ (proibizione della tortura) sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, e inoltre sulla violazione degli artt. 6 e 13, disciplinanti il diritto ad un equo processo e ad un ricorso effettivo.

Nella prima parte della pronuncia, la Corte richiama gli accertamenti svolti² nei diversi livelli di giudizio interno³.

¹CEDU, sez. IV, sentenza del 7 aprile 2015, ric.

n. 6884/11, Cestaro c. Italia. Sul valore e le ricadute dell'art. 3 CEDU nell'ordinamento penale italiano v. A. BALSAMO, *L'art. 3 della CEDU e il sistema penale italiano – The statute of limitation in the italian criminal legal system requires to be amended*, in *Cass. Pen.*, 2014, fasc. 11, 3925 ss. Va sottolineato fin da subito che tale norma contiene un divieto assoluto e inderogabile, che non soffre eccezioni e non è bilanciabile: v. C. FAVILLI, *Art. 3*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss. e giurisprudenza ivi citata; V. PICCIONI, *Art. 3*, in C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey (a cura di), *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata e annotata*, Napoli, 2006, 134 ss.

²La decisione della Corte - essendo successiva ai diversi livelli di giudizio interni - di regola si fonda sugli accertamenti di fatto effettuati dalle giurisdizioni nazionali. In caso di gravi motivi, tuttavia, può discostarsi dall'accertamento dei fatti operato sul piano interno: cfr. sul punto il § 164 della sentenza: "Se sono stati portati avanti dei processi interni, [la Corte] non deve sostituire la propria versione dei fatti a quella delle giurisdizioni nazionali, alle quali spetta di stabilire i fatti sulla base delle prove raccolte. In effetti, anche se in questo tipo di casi bisogna osservare con occhio critico le conclusioni raggiunte a livello interno (El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia – Grande Camera, sentenza del 13 dicembre 2012, ric. n. 39630/09, § 155), bisogna tuttavia disporre di elementi convincenti per discostarsi dalle conclusioni a cui sono giunte", nonché Gäfgen c. Germania, Grande Camera, sentenza del 1 giugno 2010, ric. n. 22978/05, § 93. In circostanze particolari, inoltre, può rendersi necessaria una verifica più incisiva degli elementi di fatto. La Corte può chiedere alle parti in causa di presentare osservazioni (artt. 32 e 38 del Regolamento della Corte EDU). Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto si rimanda a C. FAVILLI, *Art. 3*, cit., 75.

³Sull'esito dei giudizi interni e sui possibili profili rilevanti in un ricorso presso la Corte EDU v. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 4., 1801 ss.

I fatti da cui trae origine la vicenda sono noti. Nel corso del vertice G8 tenutosi a Genova tra il 20 e il 22 luglio 2001 migliaia di persone provenienti da tutta Europa si riunivano per manifestare contro i capi di Governo. Si verificavano numerosi e violenti scontri tra manifestanti e forze dell'ordine, nel corso dei quali la città, pur blindata, veniva devastata e un giovane perdeva la vita⁴. La notte fra il 21 e il 22 luglio 2001 circa 500 agenti⁵, provenienti da diversi corpi, compivano un'irruzione nella scuola "Diaz-Pertini" (ospitante gli appartenenti all'associazione Genova Social Forum) e nell'adiacente scuola "Diaz-Pascoli" (in cui si trovavano giornalisti e avvocati della medesima associazione). Durante l'irruzione le forze di polizia usavano una violenza ingiustificata, colpivano (anche con manganelli di tipo "tonfa") gli occupanti (molti dei quali seduti con le mani alzate, o addirittura sorpresi nel sonno) e distruggevano il materiale audiovisivo dei giornalisti e degli avvocati. Il ricorrente, nello specifico, nonostante i segni di resa e l'età avanzata, veniva colpito brutalmente e subiva numerose, gravi lesioni, dalle quali derivava una parziale invalidità. Al termine dell'operazione, tutti gli occupanti della scuola "Diaz-Pertini" venivano arrestati e condotti in ospedale e presso la caserma di Bolzaneto⁶. L'irruzione veniva poi pretestuosamente giustificata con la necessità di procedere a perquisizione per raccogliere elementi di prova contro i c.d. black-block, che si affermava pernottassero nella scuola.

A seguito delle violenze perpetrate nei confronti degli occupanti della scuola, veniva instaurato un procedimento penale nei confronti di numerosi appartenenti alle forze dell'ordine, al fine di accertare gli elementi in base ai quali si era decisa l'irruzione, chiarire le modalità di esecuzione della stessa e fare luce su una presunta aggressione con coltello a un poliziotto e sul rinvenimento di due bottiglie molotov.

Nel 2004, una trentina di indagati venivano rinviati a giudizio, con accuse riguardanti sia le lesioni che l'arresto abusivo e il successivo tentativo di giustificazione. Nel 2008 il Tribunale di Genova emetteva la sentenza di primo grado⁷, giudicando in totale dodici imputati colpevoli di falso, calunnia semplice e aggravata, lesioni semplici e aggravate, percosse e porto abusivo di armi da guerra, con pene comprese tra i 2 e i 4 anni (stabilite tenendo conto del fatto che gli imputati fossero incensurati e ritenendo che avessero agito in condizioni di stress e fatica; veniva inoltre applicato l'indulto, approvato con legge n. 241 del 29 luglio 2006). Va sottolineato che non era stato chiesto il rinvio a giudizio per gli autori materiali delle violenze, in quanto era stato impossibile identificarli, anche a causa della mancanza di cooperazione da parte della polizia.

Nel 2010 veniva pronunciata la sentenza di appello⁸, che ribaltava la pronuncia di primo grado condannando tutti i vertici della polizia assolti in primo grado per i delitti di falso, lesioni gravi e porto abusivo di armi da guerra, applicando pene da 3 anni e 8 mesi a 5 anni. Tutti gli imputati

⁴ Nel 2011 la Corte EDU si è pronunciata sul caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, negando la violazione dell'art. 2 CEDU, sia sotto il profilo sostanziale che procedurale (v. Grande Camera, sentenza del 24 marzo 2011, ric. n. 23458/02); sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 270 ss.

⁵ Il numero non è mai stato accertato: v. sent. di appello, 204 (sent. Corte di appello di Genova, 1530/10 del 18 maggio 2010).

⁶ Cfr. anche Cass., sez. V, sent. 37088 del 14/06/2013, relativa ai fatti della caserma di Bolzaneto.

⁷ 4252/08 del 13 novembre 2008.

⁸ 1530/10 del 18 maggio 2010.

beneficiavano dell'indulto. Venivano invece dichiarati prescritti i reati di calunnia aggravata, abuso di pubblica autorità e lesioni semplici.

Nel 2012, infine, si pronunciava la Corte di Cassazione⁹, che dichiarava prescritte anche le lesioni gravi, confermando invece le condanne per falso in atto pubblico, calunnia e falso ideologico¹⁰. Da notare che la Corte, nelle questioni preliminari, si è soffermata sull'eccezione di incostituzionalità dell'art. 157 c.p. sollevata dal P.G.¹¹ in relazione all'art. 117 co. 1 Cost. e 3 CEDU, rigettandola.

2. Individuate le disposizioni interne e internazionali pertinenti, la parte in diritto della sentenza si apre con le osservazioni preliminari delle parti.

In particolare, come già accennato, il ricorrente lamenta di aver subito violenze e sevizie qualificabili come tortura, in violazione dell'art. 3 CEDU. Inoltre, i responsabili non sarebbero stati condannati adeguatamente a causa della prescrizione¹², dell'indulto e della mancanza di sanzioni disciplinari. Ancora, lo Stato non avrebbe adottato le misure necessarie¹³ a prevenire e sanzionare le violenze e i

⁹ 38085/12 del 5 luglio 2012.

¹⁰ Con un risultato paradossale: il processo è rimasto in piedi fino al giudizio di Cassazione per reati che tutelano beni giuridici quali la fede pubblica, il buon andamento della P.A., l'ordine pubblico, ma non la vita o l'integrità fisica, secondo una scala di valori invertita rispetto a quella della nostra Costituzione. Sul punto cfr., per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino, 1973, 14 ss.; 82 ss. Sull'irragionevolezza del sistema sanzionatorio sotteso al codice Rocco, soprattutto in rapporto a una Costituzione improntata ai valori di uno Stato sociale di diritto cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 18 ss.; 29 ss.

¹¹ Nello specifico, il P.G. osservava come le violenze perpetrate nei termini accertati dalle sentenze di primo e secondo grado integrino gli estremi della tortura ai sensi della Convenzione ONU contro la tortura, nonché ai sensi dell'art. 3 CEDU. Ciò è particolarmente rilevante in quanto il regime di prescrizione dei reati contestati (previsti dagli artt. 582, 583 e 585 c.p., art. 61 c.p., n. 9) violerebbe gli obblighi derivanti, nello specifico, dall'art. 3 CEDU, in base al quale i comportamenti riconducibili ai divieti ivi previsti dovrebbero essere repressi dagli Stati in maniera effettiva e dunque i relativi giudizi non dovrebbero essere soggetti a prescrizione (in quanto questa rischierebbe di rendere ineffettive le misure a tutela del diritto e quindi il diritto stesso). Sollevava quindi questione di legittimità costituzionale dell'art. 157 c.p. in quanto tale norma violerebbe gli obblighi previsti dall'art. 117 co. 1 Cost. nella parte in cui chiede di conformare la legislazione interna agli obblighi imposti in sede sovranazionale (dunque anche alla Convenzione EDU, che funge da norma interposta). La questione è stata però ritenuta manifestamente infondata, in quanto un simile intervento esorbiterebbe dai poteri della Corte costituzionale, in violazione del principio della riserva di legge sancito dall'art. 25 Cost., trattandosi nello specifico di incidere *in peius* sulla posizione degli imputati. Su tale questione v. anche A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹² Sull'inadeguatezza della disciplina italiana in tema di prescrizione si è recentemente pronunciata anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nello specifico con riguardo alle frodi in materia di IVA (sent. 8 settembre 2015, Grande Sezione, Taricco, causa C-105/14, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015).

¹³ Sugli obblighi sostanziali e procedurali scaturenti dall'art. 3 CEDU cfr. C. FAVILLI, *Art. 3*, cit., 73 ss. Schematicamente, gli obblighi si possono riassumere come segue: 1) Obblighi positivi di carattere legislativo, in base ai quali lo Stato è tenuto a predisporre un quadro normativo appropriato per perseguire le violazioni, in quanto questa è la precondizione affinché le violazioni dell'art. 3 possano essere accertate e punite. La Corte ha ritenuto, per esempio, che la prescrizione in relazione a condotte che violano i diritti fondamentali sia illegittima, in quanto impedisce di individuare e punire i responsabili. In tal senso v. anche Saba c. Italia, sez. II, sentenza del 1 luglio 2014, ric. n. 36629/10 e Alikaj c. Italia, sez. II, sentenza del 29 marzo 2011, ric. n. 47357/08. Va notato, peraltro, che quello relativo alla prescrizione è proprio l'argomento in base al quale la Procura di Genova ha fondato l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 157 c.p. in relazione all'art. 117 Cost. e 3 CEDU; 2) Obblighi positivi di protezione di soggetti vulnerabili: gli Stati devono impegnarsi a prevenire le violazioni dei diritti convenzionali, in particolare nei confronti dei soggetti vulnerabili, come quelli che si trovano in stato di detenzione, per i quali vale un obbligo rafforzato; 3) Obblighi positivi di investigazione e di inchiesta: si tratta di un'obbligazione di mezzi ma la Corte, entro certi limiti, può pronunciarsi sulla sproporzione tra la gravità della violazione e la pena, sebbene questa sia rimessa alla discrezionalità dello Stato. Le indagini devono essere condotte in maniera indipendente e imparziale, nonché essere tempestive, approfondite ed effettive. Il processo deve essere rapido e trasparente e concludersi con una pronuncia nel merito. Le misure adottate dallo Stato devono essere idonee a identificare

maltrattamenti di cui il soggetto si ritiene vittima, poiché l'ordinamento italiano non ha introdotto una norma che renda punibili tutte le condotte vietate dall'art. 3¹⁴. Con riguardo alle presunte mancanze dell'inchiesta, il ricorrente invoca anche gli artt. 6 par. 1 (durata ragionevole del processo) e 13 (diritto a un ricorso effettivo¹⁵) della Convenzione, considerati singolarmente e in combinato disposto con l'art. 3 CEDU.

Il Governo eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso perché il ricorrente avrebbe perso la qualità di vittima e presentato il ricorso prima dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, condizioni indispensabili (ai sensi dell'art. 35 CEDU) per l'ammissibilità dello stesso.

In particolare, il sig. Cestaro avrebbe perso la qualità di vittima¹⁶ in quanto il procedimento penale nei confronti dei presunti responsabili delle violenze avrebbe riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU e attribuito una riparazione di 35mila euro: dunque, si potrebbe affermare che le autorità interne hanno pienamente riconosciuto le violazioni. Inoltre, la dichiarazione di prescrizione di alcuni reati non avrebbe impedito al ricorrente di proporre un ricorso in sede civile per ottenere un risarcimento del danno. Sul punto, però, il sig. Cestaro ricorda¹⁷ che, in caso di violazione dell'art. 3 CEDU, è indispensabile, per garantire una riparazione adeguata a livello nazionale e così far perdere all'interessato la qualità di vittima, "identificare i responsabili e infliggere loro sanzioni proporzionate alla gravità dei maltrattamenti perpetrati" (§ 134)¹⁸. Egli sostiene, inoltre, che le autorità nazionali non

e punire responsabili. Gli indagati, nel corso del processo, dovrebbero essere sospesi dalla carica e, se condannati, rimossi; 4) Questioni processuali relative all'accertamento della violazione dell'art. 3: dal carattere sussidiario dell'intervento della Corte EDU deriva che compete ai Tribunali nazionali il compito di acquisire e valutare le prove presentate, nonché di accertare i fatti della controversia; in circostanze normali, soltanto la presenza di elementi "convincenti" consente alla Corte di discostarsi dall'accertamento dei fatti operato sul piano interno (v. *supra*, nota 2); in ogni caso la Corte EDU non è vincolata alla valutazione giuridica dei tribunali nazionali. Sul tema degli obblighi sostanziali e procedurali derivanti da un diritto fondamentale garantito a livello convenzionale cfr. anche F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 244 ss. e A. BALSAMO, *L'art. 3 della CEDU e il sistema penale italiano – The statute of limitation in the italian criminal legal system requires to be amended*, cit., 3926.

¹⁴ In tal senso A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *www.penalecontemporaneo.it*; A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, 129 ss.

¹⁵ Sulla nozione di effettività del ricorso in relazione al requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni cfr. Akdivar e altri c. Turchia, 16 settembre 1996, § 68, nonché § 149 ss. della sentenza in commento, che applica tale requisito al caso concreto. In particolare, un ricorso viene considerato effettivo se è disponibile sia in teoria che in pratica, se è suscettibile di offrire al ricorrente la riparazione delle sue doglianze e ha ragionevoli prospettive di successo. La regola del previo esaurimento deve essere intesa sempre nel senso di garantire una maggiore effettività ai diritti e dunque va declinata secondo le particolarità del caso concreto: pretendere che un soggetto debba presentare e poi attendere l'esito di un ricorso con scarsissima probabilità di accoglimento o di soddisfazione prima di poter adire la Corte EDU significherebbe rendere meno effettivi i diritti garantiti (dunque in questo senso va intesa la necessità che il ricorso, per essere effettivo, abbia buone probabilità di accoglimento). Sul punto v. anche A. DI STEFANO, *Art. 13, S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky* (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 480 ss.

¹⁶ Sulla nozione di vittima nell'interpretazione della Convenzione v. A. SACCUCCI, *Art. 34, S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky* (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 635 ss.

¹⁷ Richiamandosi, tra gli altri, al caso Gäfgen c. Germania, cit. (cfr. § 116 ss. e in particolare § 119).

¹⁸ Questo aspetto, che viene evidenziato più volte nel corso della sentenza, sembra evocare l'emersione di derive retributive in seno alla CEDU. Da una lettura complessiva della pronuncia, tuttavia, pare che la necessità dell'identificazione e punizione dei responsabili si fondi non solo sull'esigenza di una retribuzione per il fatto commesso, ma anche sulla necessità di garantire l'effettività dei diritti attraverso la certezza della pena, in un'ottica di prevenzione generale negativa: se i responsabili possono andare esenti da pena, il divieto avrà un'efficacia minore, perché potrà essere infranto senza conseguenze. La necessità dell'effettività dei diritti viene ricavata in via interpretativa dal Preambolo alla Convenzione (v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Preambolo*, in Bartole De Sena Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 6.

abbiano riconosciuto alcuna violazione dell'art. 3 CEDU e che i responsabili dei maltrattamenti siano rimasti in sostanza impuniti in ragione della prescrizione e della mancanza di qualunque misura disciplinare.

La seconda eccezione preliminare sollevata dal Governo, riguardante il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne¹⁹, si fonda su due argomenti: il ricorso sarebbe stato depositato prima della pronuncia della Corte di Cassazione, e in più il ricorrente avrebbe omesso di proporre un'azione in sede civile, non approfittando, dunque, di tutti gli strumenti che la legge italiana gli offriva.

La Corte, decidendo le questioni preliminari unitamente al merito²⁰, ritiene che le misure adottate dalle autorità interne non abbiano pienamente soddisfatto la condizione di un'inchiesta approfondita ed effettiva, così come definita dalla sua giurisprudenza²¹. Rigetta dunque l'eccezione fondata sulla mancanza della qualità di vittima, ricordando che, in caso di maltrattamenti deliberati inflitti da agenti dello Stato in violazione dell'art. 3, la giurisprudenza convenzionale richiede²², oltre al riconoscimento della violazione, due misure: un'inchiesta approfondita ed effettiva e una compensazione per la vittima. Non può essere sufficiente la mera corresponsione di un'indennità; infatti "se le autorità potessero limitarsi a reagire, in caso di maltrattamenti deliberati da parte di agenti dello Stato, accordando una semplice indennità, senza impegnarsi a perseguire e punire i responsabili, gli agenti potrebbero in alcuni casi infrangere i diritti delle persone sottoposte al loro controllo praticamente impunemente, e il divieto assoluto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti sarebbe privato di effetto pratico a dispetto della sua importanza fondamentale" (§ 231); sono necessarie, quindi, anche un'inchiesta effettiva e la punizione dei responsabili.

La Corte rigetta, poi, anche l'eccezione basata sul previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni, affermando laconicamente che è sufficiente che il processo interno sia concluso prima della pronuncia sulla ricevibilità del ricorso. Viene escluso, d'altra parte, che il ricorrente abbia l'obbligo di esperire congiuntamente tutti i mezzi a sua disposizione: poichè egli nel caso di specie si è costituito parte civile, non risulta necessaria anche la proposizione di un separato ricorso in sede civile.

3.1. Passando a esaminare la fondatezza della questione, in primo luogo la Corte si sofferma sulla prova dei maltrattamenti, ricordando che, come emerge da giurisprudenza diffusa²³, in caso di presunta violazione dell'art. 3 CEDU si deve, nel valutare le prove, condurre un esame particolarmente approfondito²⁴.

¹⁹ Su questo requisito cfr. C. PITEA, *Art. 35*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 658 ss.

²⁰ Cfr. § 229 ss. della sentenza.

²¹ Per le caratteristiche che deve presentare un'inchiesta relativa alla violazione di un diritto assoluto v. C. FAVILLI, *Art. 3*, cit., 74.

²² Come la Grande Camera ha precisato anche nel caso *Gäfgen c. Germania*, cit., § 116. Per ulteriori riferimenti v. *supra*, nota 13.

²³ Tra le altre: *Salman c. Turchia*, Grande Camera, sentenza del 27 giugno 2000, ric. n. 21986/93, § 100 e *Gäfgen c. Germania*, cit., § 92 ss.

²⁴ Circa il tipo di accertamento da effettuare in caso di violazione dell'art. 3 CEDU v. C. FAVILLI, *Art. 3*, cit., 76 ss. Quanto agli elementi probatori utilizzabili, la Corte precisa che può essere assunto qualsiasi elemento di prova e non sussistono forme procedurali predefinite. Va sottolineata una particolarità in tema di onere della prova: mentre la regola è per la prova a carico dell'accusa, nel caso in cui un individuo sia sottoposto a custodia o controllo da parte delle autorità nazionali tale onere è invertito, per cui spetterà allo Stato giustificare le lesioni eventualmente subite dal ricorrente nel

Nel caso di specie, la Corte nota che i giudizi di primo grado e di appello, su cui poi si è fondata la pronuncia della corte di Cassazione, hanno accertato che gli agenti, nel corso delle operazioni nella scuola Diaz, hanno colpito quasi tutti gli occupanti, anche quelli che erano seduti o stesi per terra, a pugni, calci o manganellate, urlando e minacciandoli; nello specifico, è stato accertato anche quanto avvenuto al ricorrente (§ 168). Inoltre il Governo ha dichiarato di sottoscrivere, in generale, la valutazione delle giurisdizioni nazionali, che hanno duramente stigmatizzato il comportamento degli agenti nel corso della loro irruzione alla scuola Diaz.

In base a tali elementi, la Corte ritiene che si siano verificate tanto l'aggressione fisica quanto quella verbale di cui il ricorrente si lamenta, nonché le conseguenze evidenziate.

Una volta accertato che il fatto materiale si è verificato, la Corte si occupa di attribuirgli una qualificazione giuridica, con riferimento alla distinzione, operata dall'art. 3 CEDU, tra la nozione di tortura e quelle di trattamenti inumani e degradanti²⁵. Oltre che la gravità dei trattamenti, la tortura

periodo in cui si trovava sotto il controllo statale, provando che non sono attribuibili agli agenti (tra le altre, v. Tomasi c. Francia, Camera, sentenza del 27 agosto 1992, ric. n. 12850/87 § 118; Selmouni c. Francia, Camera, sentenza del 28 luglio 1999, ric. n. 25803/94, § 87-88; Khadzhaliev e altri c. Russia, sez. I, sentenza del 6 novembre 2008, ric. n. 3013/04, § 80). Sul punto v. anche V. PICCIONI, *Art. 3*, in *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata e annotata*, a cura di C. Defilippi-D. Bosi-R. Harvey, Napoli, 2006, 128 ss.

²⁵ Sul punto cfr. C. FAVILLI, *Art. 3*, cit., p. 67 ss.; R. MORGAN – M. EVANS, *Combattere la tortura in Europa: le tradizioni e le norme del Comitato europeo per la prevenzione della tortura*, Strasburgo, 2002, p. 63 ss. Si tratta di distinzione non assoluta ma elastica e soggetta a interpretazione evolutiva, che guarda più alle particolarità del caso concreto che al rispetto di principi assoluti e inderogabili e di conseguenza risulta piuttosto indeterminata. Generalmente - sebbene, a seguito di alcune pronunce (Tomasi c. Francia, cit., e Ribitsch c. Austria, Camera, sentenza del 4 dicembre 1995, ric. n. 18896/91), parte della dottrina avesse ritenuto il criterio superato - la giurisprudenza richiede che sia raggiunto un *minimum level of severity*, che vale sia come limite esterno, atto a distinguere la fattispecie dell'art. 3 da altre ipotesi, sia come limite interno, per differenziare le tre categorie di maltrattamenti. Tale limite è relativo e va valutato caso per caso, in base a circostanze oggettive (durata del trattamento, gravità, intensità, sistematicità) e alle qualità soggettive della vittima (età, sesso, stato di salute, particolare vulnerabilità, conseguenze fisiche/mentali). In linea di principio è tuttavia possibile affermare che i trattamenti degradanti sono meno gravi dei trattamenti inumani, che a loro volta sono meno gravi della tortura. Nello specifico, i trattamenti degradanti sarebbero quelli in grado di creare angoscia, paura, in modo da umiliare la vittima e piegare la sua resistenza fisica o morale, coinvolgendo prevalentemente la sfera emotiva del soggetto. I trattamenti inumani riguarderebbero, invece, sia l'aspetto fisico che quello morale. Per integrare la tortura occorrerebbe, d'altra parte, tanto l'accertamento dell'intenzione di torturare, quanto la rilevante gravità delle sofferenze: questi due elementi non hanno sempre la medesima importanza, ma sono in rapporto di proporzionalità inversa. Altro elemento caratterizzante, anche se non indispensabile, sarebbe il perseguimento di un particolare scopo. Come accennato, però, la distinzione non è rigida e talvolta la Corte si limita ad affermare genericamente la violazione dell'art. 3 senza specificare di quale aspetto si tratti; ultimamente, la violazione dell'art. 3 è stata riconosciuta anche per lo stato di prostrazione dei familiari di alcuni cittadini ceceni spariti, nonché per il sovraffollamento carcerario (v. n. 40). La sentenza in commento, ai § 171 ss., ripercorre gli orientamenti della giurisprudenza (tra le altre, Bati e altri c. Turchia, sez. I, sentenza del 3 giugno 2004, ric. n. 33097/96, § 116; Gäfgen, cit., § 90; El Masri, cit., § 197). Sul principio di legalità nell'ambito della CEDU cfr. A. BERNARDI, *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 256 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 84 ss.; V. MANES, *Art. 7*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 249 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 85.

implica una volontà deliberata²⁶, così come riconosce anche la Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata nel 1984²⁷.

Secondo la Corte di Cassazione, le violenze sono state perpetrate con uno scopo punitivo, di rappresaglia, che mirava a provocare l'umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime, e potevano essere qualificate come torture ai sensi dell'art. 1 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli inumani o degradanti²⁸. I maltrattamenti commessi avrebbero creato uno stato di paura e di angoscia, provocando inoltre dolore e sofferenze acuti.

Si sottolinea, inoltre, che la Corte di Cassazione aveva evidenziato l'assenza di qualunque nesso di causalità tra la condotta del ricorrente e l'utilizzazione della forza da parte degli agenti di polizia: nessun atto di resistenza da parte degli occupanti era stato accertato e, anche se ve ne fossero stati, non avrebbero in ogni caso giustificato una violenza e una crudeltà simili²⁹. Ancora, le modalità delle operazioni non sono coerenti con il fine dichiarato dalle autorità, gli arresti sono stati effettuati illegalmente e le motivazioni esposte per giustificare l'operazione sono pretestuosi tentativi di giustificare *ex post* l'operato delle forze dell'ordine.

Alla CEDU spetta di giudicare non sulla responsabilità penale o civile delle persone fisiche, ma sulla responsabilità dello Stato ai sensi della Convenzione³⁰. In particolare, per quanto riguarda l'art. 3, la Corte ha più volte ribadito che tale disposizione consacra uno dei valori fondamentali della società democratica, che non prevede eccezioni e non soffre deroghe (art. 15 par. 2 CEDU), nemmeno in caso di pericolo pubblico minacciante la nazione³¹, lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata.

In conclusione e in coerenza con le premesse fatte, la Corte ritiene che i maltrattamenti subiti dal ricorrente integrino gli estremi della tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU (§ 190).

3.2. Dopo una breve sintesi della vicenda presso le giurisdizioni interne, la Corte passa ad esaminare le doglianze avanzate dal ricorrente sotto il profilo procedurale (sempre in relazione all'art. 3 CEDU, comprendendo sotto questa norma tutti i profili lamentati). Nello specifico, egli lamenta che al termine del lungo processo le giurisdizioni italiane hanno riconosciuto la gravità dei maltrattamenti, ma non hanno inflitto pene adeguate ai responsabili, in ragione del decorrere della prescrizione, dell'applicazione dell'indulto (a pene già irrisorie), e della mancanza di misure disciplinari (alcuni degli imputati hanno addirittura ottenuto delle promozioni). A suo parere, dunque, lo Stato non ha

²⁶ In alcuni casi la Corte ha ritenuto che i maltrattamenti in questione dovessero essere qualificati come tortura dopo aver applicato congiuntamente i due criteri (gravità della sofferenza e volontà deliberata), mentre altre volte ha attribuito ai due elementi peso diverso. Per indicazioni più dettagliate sulla giurisprudenza della Corte, anche in tema di violenza su detenuti, cfr. § 172-176 della sentenza in commento. Per esempio, nel caso Gäfgen, la Corte ha tenuto conto della durata dei maltrattamenti inflitti al ricorrente, degli effetti fisici o mentali che questi avevano avuto, dell'intenzionalità, del fine perseguito e del contesto, per poi qualificare gli atti come trattamento inumano.

²⁷ Per la definizione di tortura ai sensi di tale Convenzione, cfr. in particolare l'art. 1; per gli obblighi che ne derivano, l'art. 2.

²⁸ Cfr. la parte in diritto della sentenza della Cassazione.

²⁹ In primo grado, si è riconosciuto che, anche se ci fossero stati atti di resistenza isolati, le violenze della polizia sarebbero comunque state assolutamente sproporzionate. In secondo grado, la Corte d'appello ha affermato la mancanza di qualunque prova circa i pretesi atti di resistenza e che gli agenti furono indifferenti alle condizioni di vulnerabilità legati al sesso o all'età e ai segni di resa.

³⁰ Sul tipo di giudizio effettuato dalla Corte EDU, v. *supra*, nota 2.

³¹ Questo principio è stato chiarito, da ultimo e in maniera particolarmente incisiva, nelle sentenze Gäfgen, cit., §87, e El Masri, cit., §195.

adempito le obbligazioni derivanti dall'art. 3 CEDU, in particolare quella di portare avanti un'inchiesta effettiva, identificare gli autori dei maltrattamenti e sanzionarli in maniera adeguata. Lo Stato italiano, inoltre, sarebbe venuto meno all'obbligo di porre in essere un quadro giuridico conforme alla protezione dei diritti riconosciuti dalla CEDU, non avendo introdotto una norma che renda punibili tutti gli atti di tortura e i trattamenti inumani e degradanti, in violazione anche della Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti inumani o degradanti. Ancora, lo Stato non avrebbe adottato le misure necessarie a prevenire gli atti di tortura.

Il Governo ritiene, invece, che lo Stato abbia portato avanti un'inchiesta indipendente, imparziale e approfondita, alla quale la prescrizione non ha nuociuto. Inoltre, pur mancando un apposito reato di tortura, gli altri reati previsti nel nostro ordinamento garantiscono un'adeguata tutela penale.

La Corte ricorda che gli obblighi derivanti dagli artt. 1 e 3 CEDU in caso di presunta violazione di quest'ultima norma impongono allo Stato di promuovere un'inchiesta ufficiale effettiva³², che deve portare all'identificazione e alla punizione del responsabile³³, al fine di garantire l'effettività del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Il compito della Corte³⁴ consiste nell'accertare che lo Stato protegga i diritti umani come richiesto dalla Convenzione, preservando la forza dissuasiva del sistema giudiziario; essa non deve, invece, pronunciarsi sul grado di colpevolezza degli imputati o determinare la pena da infliggere, potendo al più verificare che non sussista una sproporzione manifesta tra la gravità del fatto e la sanzione applicata. Nello specifico, in caso di tortura o di maltrattamenti dell'autorità pubblica, l'azione penale non può interrompersi per effetto della prescrizione, né dell'amnistia o della grazia³⁵. Perché un'inchiesta sia effettiva in pratica, la condizione preliminare è che lo Stato abbia promulgato delle disposizioni penali che reprimano le pratiche contrarie all'art. 3, in quanto una legislazione penale carente può impedire alle autorità di perseguire fatti lesivi di beni fondamentali.

Per quanto riguarda le misure disciplinari, la Corte ha richiesto più volte che gli agenti dello Stato imputati di violazioni concernenti i maltrattamenti siano sospesi dal servizio durante il processo e rimossi in caso di condanna³⁶.

Fatte queste premesse in relazione ai principi applicabili, la Corte ritiene che nel caso di specie sussistano tre tipi di problemi: la mancata identificazione degli autori materiali dei maltrattamenti, la prescrizione dei reati e l'indulto, e infine dubbi sull'effettiva applicazione di misure disciplinari.

³² Sulla nozione di effettività dell'inchiesta cfr. il § 205 della sentenza: perché un'inchiesta sia effettiva e permetta di identificare i responsabili, deve essere condotta con celerità e in maniera approfondita. Sono considerati essenziali per preservare l'efficacia dissuasiva e preventiva del sistema anche il risultato dell'inchiesta e del procedimento, la sanzione e le misure disciplinari. Oltre all'inchiesta, anche la fase di giudizio deve soddisfare quanto richiesto dal divieto: le Corti interne non devono mai mostrarsi propense a lasciare impunte violazioni dell'integrità fisica e morale delle persone. Da questo passaggio emerge che per la Corte EDU la punizione dei responsabili è importante non solo per esigenze retributive o di "soddisfazione" della vittima, quanto anche perché una sanzione soltanto minacciata, ma non effettiva, non garantirà la tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Convenzione.

³³ V. § 204 della sentenza, che afferma: "Se non fosse così, nonostante la sua importanza fondamentale, il divieto generale di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace in pratica e sarebbe possibile in certi casi a degli agenti dello Stato di calpestarlo".

³⁴ Cfr. § 206 della sentenza.

³⁵ Sul punto cfr. già *Mocanu e altri c. Romania*, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2014, ric. n. 10865/09, 45886/07; 32431/08, § 326), *Saba c. Italia*, cit. e *Alikaj c. Italia*, cit. V., inoltre, C. FAVILLI, *Art. 3*, cit., 73

³⁶ Per la giurisprudenza sul punto, cfr. § 210 della sentenza.

Per quanto riguarda il primo punto, i responsabili dei maltrattamenti non sono mai stati identificati (addirittura è ignoto il numero dei partecipanti all'operazione, di cui molti hanno agito a volto coperto) e dunque sono rimasti impuniti. In base alla giurisprudenza della Corte, l'impossibilità di identificare i membri delle forze dell'ordine, presunti autori di atti contrari alla Convenzione, viola la Convenzione stessa. Allo stesso modo, la Corte sottolinea che, quando le autorità nazionali competenti schierano dei poliziotti a viso coperto per mantenere l'ordine pubblico o effettuare un arresto, questi agenti devono esibire un segno distintivo, per esempio un numero di matricola che, mantenendo il loro anonimato, permetta di identificarli in vista di una loro audizione o qualora la loro condotta venga contestata³⁷.

Sotto il secondo profilo, concernente la prescrizione dei reati e l'indulto, la Corte osserva che, nonostante i numerosi rinvii a giudizio, molti reati sono caduti in prescrizione, in particolare quello di lesioni, semplici e aggravate: come già osservato, le condanne pronunciate in Cassazione riguardano più il tentativo di giustificazione e la mancanza di una base giuridica e di fatto per l'arresto che i maltrattamenti in sé. Inoltre, è stato applicato l'indulto. Per questi motivi, la Corte ritiene che la reazione delle autorità non sia stata adeguata, tenuto conto della gravità dei fatti, il che implica una violazione degli obblighi procedurali che derivano dall'art. 3 CEDU³⁸. Ad opinione della Corte, tale risultato non è attribuibile a indugi della Procura né a negligenza sua o delle giurisdizioni nazionali: la ragione dell'inadeguatezza della reazione sta, invece, proprio nella legislazione italiana, che non è in grado di sanzionare adeguatamente atti di tortura ed è sprovvista dell'effetto dissuasivo necessario a prevenire altre violazioni simili in futuro³⁹.

Infine, in relazione alle misure disciplinari adottate nei confronti dei responsabili dei maltrattamenti, dal fascicolo non emerge che essi siano stati sospesi dalle loro funzioni nel corso del processo. La Corte non dispone nemmeno di informazioni circa l'evoluzione della loro carriera nel corso del procedimento penale, né dei provvedimenti presi nei loro confronti sul piano disciplinare. Essa prende atto del silenzio del Governo a questo riguardo, nonostante la richiesta di presentare osservazioni.

³⁷ Così il § 217 della sentenza. Sul punto cfr. già Ataykaya, c. Turchia, sez. II, sentenza del 22 luglio 2014, ric. n. 50275/08, § 53 e i riferimenti ivi citati.

³⁸ Tuttavia, la Corte riconosce che la Procura ha dovuto far fronte a degli ostacoli non trascurabili nel corso dell'inchiesta, trattandosi di una procedura molto complessa, nei confronti di decine di imputati e con un centinaio di parti civili; inoltre, non può rimproverare alle giurisdizioni interne di non aver valutato correttamente la gravità dei fatti attribuiti agli imputati. La stessa pronuncia della corte di Cassazione è, secondo la Corte, un esempio di fermezza esemplare e non cerca di giustificare i gravi fatti della Diaz (§223 ss.).

³⁹ V. il § 225. Tra gli aspetti che la Corte ritiene censurabili, il decorso della prescrizione per reati di questa gravità, che integrino condotte contrarie all'art. 3 CEDU. La Corte si era già espressa nel senso dell'inaccettabilità della prescrizione nel caso Alikaj e altri c. Italia, cit., § 108, in cui aveva giudicato l'intervento inaccettabile in relazione a comportamenti integranti violazione dell'art. 2 CEDU, in base agli obblighi procedurali scaturenti da tale norma. Sui deficit delle norme interne volte a garantire il rispetto dell'art. 3 CEDU v. A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, cit., p. 7 ss. e in generale per una completa ricostruzione del sistema sanzionatorio italiano relativo all'art. 3 CEDU v. G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 330 ss.

4. La Corte, dunque, in base alle premesse, conclude nel senso della violazione dell'art. 3 CEDU⁴⁰ sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, rigettando sia l'eccezione riguardante la perdita della qualità di vittima, sia quella di non esaurimento delle vie di ricorso interne.

In base agli artt. 41 (equa soddisfazione) e 46 CEDU (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze), da tutte le pronunce constatanti una violazione dello Stato convenuto deriva l'obbligo di porre fine alla violazione e di cancellarne le conseguenze: non soltanto versando un indennizzo, ma anche individuando le misure generali e/o individuali da adottare nell'ordinamento giuridico interno⁴¹. Spetta allo Stato convenuto, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, individuare le misure necessarie per adeguarsi alle obbligazioni derivanti dall'art 46 CEDU, sempre in coerenza con le conclusioni raggiunte dalla Corte.

Nello specifico, la mancanza contestata all'Italia concerne la sua legislazione interna che, come già osservato, viene considerata inadeguata in rapporto all'esigenza di sanzionare le condotte che violano l'art. 3 CEDU e priva dell'effetto dissuasivo necessario a prevenire nuove violazioni.

La Corte ha il compito di assicurare il rispetto delle obbligazioni derivanti dall'art. 3 CEDU e di coadiuvare lo Stato nella ricerca di soluzioni adeguate al problema strutturale evidenziato. Nel caso di specie, la Corte ritiene necessario che l'ordinamento italiano si munisca degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o altri maltrattamenti ai sensi dell'art. 3 e impedire che costoro possano beneficiare di misure in contrasto con la giurisprudenza della Corte (§ 246), ma spetta sempre allo Stato scegliere tali strumenti.

⁴⁰ Non è la prima volta che l'Italia viene condannata per la violazione dell'art. 3 CEDU: si ricordano le sentenze Saba c. Italia, cit. (riguardante le violenze subite da un gruppo di detenuti durante una perquisizione); Alberti c. Italia (sez. II, sentenza del 24 giugno 2014, ric. n. 15397/11, caso di violenza arbitrariamente inflitta dai carabinieri a un uomo in stato di arresto); Alikaj c. Italia, cit., (che ha ritenuto inaccettabile la prescrizione in relazione alle violazioni dell'art. 2 CEDU); Torreggiani e altri c. Italia (sez. II, sentenza dell'8 gennaio 2013, ric. n. 43517/09), "apripista" sul tema del sovraffollamento carcerario, qualificato come pena degradante. Sulle violazioni dell'art. 3 da parte dell'Italia cfr. V. PICCIONI, *Art. 3*, cit., 128 ss.; S. GRANATA, *Le garanzie in materia penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I casi italiani*, in B. Nascimbene-F. Abruzzo (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 68 ss.

⁴¹ Cfr. il § 239 e riferimenti ivi citati.

Epistemologia dell'imputabilità. Tra sofferenti psichici e medico correo

EDDA NAPOLITANO

ABSTRACT

The present contribution, has the duty to submit to legal reflection, the topic of the new medical liability. Drawing idea from the event of Pistoia and from the clear innovation of a request for a court adjournment for a psychiatrist on the behalf of the Public Minister (Prosecutor), caused by underestimation of the social danger of the patient. The analysis will try to distinguish the problematic theories (concerning the specificity of relation doctor-patient) from practical ones (in the case, sub species the obligated influence of psychiatric drug). At the end, it will bring to development in the law cases as not being accusable (liable). Starting from the discussion of this involvement in the Lombroso theorization of the atavism impairment, it will end will a valuation of the determination of the "third" accomplice, who is an artificie derogating the code indication.

SOMMARIO: 1. Riflessione sui fatti di Pistoia. – 2. Rapporto tra medico e paziente, *discrimen* dello psichiatra. All'elemento volontaristico del consenso informato, si sostituisce il potere cogente dello psicofarmaco. –3. *Quid* etico. Dalle teorie lombrosiane del menomato per atavismo alla funzione riabilitativa della terapia, analisi comparativa con la valenza rieducativa della misura di sicurezza. – 4. Imputabilità. La necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo nel reato, tra *vacatio* dolosa per l'infermo di mente e correttezza del terzo, medico curante.

"Solo gli dei vivono per sempre sotto il sole. I giorni degli uomini sono contati, qualsiasi cosa compiano non è che verità".

Epoepa di Gilgamesh

1. Della caducità della vita e dell'esperienza cuneiforme dell'agire umano, è testimonianza non solo la narrazione della vicenda di Gilgamesh e del fidato Enkidu¹, ma anche l'attualità di vicende di cronaca giudiziaria, tendenti ad attualizzare un dilemma noto sin dall'epoca sumera: la morte e i limiti della responsabilità della stessa, pur se dinanzi all'*homo sacer*. Decisamente innovatrice, in tal senso, è la motivazione con la quale un pubblico ministero pistoiese chiede il rinvio a giudizio dello psichiatra X, presuntamente reo d'aver sottovalutato la pericolosità del suo paziente e, quindi, di aver adottato una terapia farmacologica inadeguata. Nella notte tra il 16 ed il 17 gennaio 2014 il paziente dello psichiatra, da pochi mesi nella comunità "Un popolo in cammino", uccise il suo compagno di stanza,

¹ G. PETTINATO, *La saga di Gilmadesh*, Rusconi libri 1992 e *The Epic of Gilmadesh*, a new traslation, Andrew George, Pengiun Press 1999.

un mite 53enne, colpendolo nel sonno sul capo con un'ascia² (unico colpo letale dei 15 inferti). Per il pluriomicida 39enne, (nel 1998 aveva ucciso a colpi di spranga la fidanzata ventenne) che, dopo l'efferato omicidio con inspiegabile lucidità fece barba, doccia, preparò il borsone e chiamò la polizia per consegnarsi, la perizia psichiatrica stabilì la semi-infermità mentale, scaturigine di una condanna a 30 anni di reclusione, pena cui si giunse a conclusione del processo con rito abbreviato dinanzi al giudice per le indagini preliminari. Il magistrato, accolse la richiesta del pm: pena base ergastolo, ridotta di un terzo per il rito (30 anni) con le aggravanti ritenute prevalenti sull'attenuante della semi-infermità mentale. Tale stato psichico, rilevato dalla perizia del professore Paterniti non ha trovato pieno bilanciamento nella contestazione di un omicidio volontario aggravato dalla premeditazione, dai futili motivi, dal rapporto di coabitazione con la vittima e dalla recidiva specifica, *in itinere* di esecuzione della pena. Sentenza modificata dalla Corte d'Appello che, il 23 giugno 2016, decide una decurtazione di pena da 30 a 16 anni, ritenendo, *a contrario* del primo grado di giudizio, prevalente la semi-infermità. A due anni dal delitto, viene additato dalla procura pistoiese un nuovo responsabile: lo psichiatra curante, *tertiumdatur* tra il correo ed il professionista inadempiente ai propri oneri. Al medico è contestata l'erronea valutazione della pericolosità dell'assistito, *imprimatur* per una terapia non idonea. L'omicida, difatti, si era già reso protagonista di un efferato crimine: la notte tra il 19 e il 20 settembre 1998 aveva ucciso con un'ascia e sfigurato con una trivella la giovane fidanzata. Riconosciuto semi-infermo di mente, aveva scontato 16 anni tra carcere e Opg di Montelupo. Era, indi stato trasferito presso una struttura a più bassa sorveglianza.

È palese l'innovazione. Sin ad ora nella generale coerenza tessuta dal Codice Rocco, pur nelle modifiche introdotte dalla sperimentazione clinica e dalla evoluzione medica in toto, la responsabilità del sanitario ritrovava il *limen* della professionalità. Colpevole è il medico che sbaglia l'intervento chirurgico, che non medita sui risvolti di un'emorragia interna, che non rispettando i principi decretati dall'art. 32 Cost., procede senza aver preventivamente ricevuto autorizzazione.

2. Nella casistica medica, è sempre insito l'elemento relazionale. Non senza una forzatura interpretativa, seguendo la via tracciata dal Quadri, sarebbe possibile pensare al rapporto tra curante ed assistito alla stregua dell'art. 1362 c.c.³ secondo cui: «nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo»⁴. Trattasi di regole ermeneutiche applicabili a più atti, dall'indicazione fornita dalla Cassazione (sentenza n. 1960 del 22.2.1995), sembrerebbe desumersi a tutti gli atti *inter vivos*. In merito al rapporto tra medico e paziente, l'interpretazione estensiva della sentenza della Cassazione n. 8453 del 21.6.2000 in tema di contratti conclusi mediante utilizzazione di moduli a formulari, permette di valutare in maniera sostanzialmente diversa da quanto avvenuto *prima face*, il consenso prestato ai sensi dell'art 32 Cost. Nel *diktat* della S.C., nell'interrogarsi sulla valenza di un qualunque atto, anche se trattasi del mero inserimento di una clausola in un formulario, è necessario un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento

² Cfr. L. AGATI, "Delitto nel pistoiese", Da Nazione.it, novembre 2015.

³ F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2014.

⁴ M. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955.

di interessi, rimesso al giudice di merito ed incensurabile in cassazione, se adeguatamente e razionalmente motivato⁵. Circa il coinvolgimento della figura sanitaria, esecutrice della volontà in senso tecnico del paziente si consideri che, valenti oltre lapatrimonialità dell'atto, i canoni ermeneutici dell'art. 1362 risultano attuabili anche ai codici deontologici predisposti dagli ordini professionali che, se non recepiti direttamente dal legislatore non hanno né la natura, né le caratteristiche di norme di legge, come tali assoggettabili al criterio interpretativo di cui all'art.12 delle Preleggi, ma sono espressioni del potere di autoregolamentazione degli ordini (o dei collegi) sì da ripetere la loro autorità oltre che da consuetudini professionali, anche da norme che i suddetti ordini o collegi emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi e per regolare la propria funzione disciplinare. Tali principi valgono oltre la qualificazione giuridica dell'atto che, pur muovendosi nell'ambito del processo interpretativo, costituisce un'operazione concettualmente distinta (oltre che logicamente e cronologicamente successiva) dall'interpretazione contrattuale *strictu sensu*, giacché è diretta ad accertare non già la volontà dei contraenti ma, una volta stabilita tale volontà, la sussumibilità della medesima in uno o in un altro schema giuridico negoziale⁶. Un percorso attuabile mediante la sussunzione⁷, cioè, il confronto tra fattispecie contrattuale concreta e tipo astrattamente definito dalle norme per verificarne la corresponsione.

Ciò che acquista rilevanza rispetto all'analisi *in fieri* è che, a dispetto del *nomen juris*, la cui erroneità è denunciabile all'organo monofiliatico, tra operatore sanitario e paziente sembra sempre sussistente l'elemento relazionale. Il medico che guida, assiste e consiglia diviene ora mero esecutore testamentario, pur nei limiti dell'art. 587-588 e 1174 c.c. nelle DAT e nell'avveniristico, mai normativizzato testamento biologico, ora parte contrattualistica *debitor o debitoris*, mandante o mandatario a seconda della rilevata o meno sussistenza di un autentico sinallagma contrattuale⁸ tra cronicamente o occasionalmente ammalato e assistente nella sofferenza. Queste connaturazioni del rapporto hanno caratterizzato la responsabilità professionale orientata civilisticamente all'inadempimento contrattuale specifico o al *mare magnum* della responsabilità Aquiliana *ex art 2043 c.c.*, e alla penalmente strutturata "colpa professionale", poi divenuta dolo nella richiesta di rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 579 c.p. I fatti di Pistoia costituiscono un *novum* categoriale che deroga, anche alle disposizioni del Codice di Deontologia professionale. E'assente l'elemento relazionale, del tutto annullato il sinallagma contrattuale, che caratterizza il rapporto assistente-assistito. Sulla responsabilità disciplinare da mancato rispetto del codice di autoregolamentazione, si è fatto leva per difendere l'extragiudizialità della deontologia professionale dall'incessante opera di legiferazione di tutti gli aspetti in cui si declina l'attività umana. Registrata l'incapacità della norma, a causa dei suoi aspetti di generalità ed astrattezza, di regolare l'universalità dei comportamenti, si è reso l'impegno sanitario dovere "naturale"⁹. In campo medico il comportamento deontologico si esprime nel rispetto della dignità professionale. Questo presupposto, sostanziato dal principio della scelta della medesima come professione, *iter* vocazionale, è stato sancito nei "Doveri del medico" come menzionati dall'art. 3, capo I, titolo

⁵ Cfr. Ipotesi già presente in L. V. BERLIRI, *Appunti sui contratti reali*, in *Riv. it. sc.giurid.*, 1932, n.s.VII.

⁶ G. OPPO, *Profili della interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 105 e ss.

⁷ Cfr. NOBERTO BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 2009.

⁸ A.DAL MARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, *Riv. dir. civ.*, 1955, 817 e ss.

⁹ Cfr. FNOMCeO, *Commentario al Codice di deontologia professionale*, consultabile da: <http://www.omeceo.me.it>

II, Codice deontologico, rubricato “Doveri del medico, Indipendenza e dignità della professione” secondo cui «Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell’uomo (omissis)». L’utilizzo del termine “dovere” nell’ambito delle affermazioni di carattere universale contenute nell’articolo tende a puntualizzare il rapporto imprescindibile, che deve sussistere tra medico e paziente. *Quidiuris* se il medico è specializzato in psichiatria? E’ qui il tentativo di rottura pistoiese. Nel complesso diaframma della responsabilità medica, di scelte meditate e costruite a mezzo del confronto con l’assistito si rilevanti da invocare la responsabilità del sanitario, che disattende le indicazioni fornite dal paziente, si valuta la responsabilità del medico che, utilizzando protocolli dall’eco internazionale, cura servendosi del potere cogente dello psicofarmaco. Il paziente, depauperato del potere decisionale è, talvolta, sedato ed inabile alla relazione. Il rapporto tra medico e paziente diviene patto leonino: è il potere del primo esecrante il secondo.

In questa assenza di relazione vive l’escatologia della nuova responsabilità. Ma i fatti toscani esuberano dalle disposizioni deontologiche. Appurato che lo psichiatra non può essere chiamato a rispondere di inadempimento contrattuale, essendo del tutto disatteso l’elemento volontaristico; dal punto di vista civilistico si potrebbe ritenerlo tutore dell’*impubere*: percezione esasperata se si considera che il medico limita la propria funzione a quella professionale. E’ medico che cura ed assiste, non guardiano d’anima, né possono essergli demandate funzioni di giudice tutelare. La richiesta del pm sposta i cardini della vicenda: lo psichiatra è ritenuto responsabile di un’erronea valutazione sulla pericolosità dell’assistito. Ma trattasi di una valutazione di per sé non ponderabile alla stregua di un crisma universale, asservito al simbolismo sanitario. E ciò perché la scienza psichiatrica apre ad uno scenario sì complesso dall’impedire il più delle volte una categorizzazione univoca: il sofferente psichico può esserlo per i motivi più varie più complessa ancora appare la valutazione aprioristica della recettività dell’agente (psicofarmaco) sulle sinapsi, a causa della soggettività biologica. La letteratura forense è ricca di casi giudiziari in cui la mano armata è quella “dell’insospettabile”, per i quali pur la perizia psichiatrica ha valutato la totale o semi-infermità di mente, a contestare non già il *raptus* omicidiario bensì la violenza, frutto del mal d’animo. Vicende d’oltralpe, storie macabre di omicidi compiuti con il consenso dell’assassinato in coniugo ad atti di cannibalismo pur hanno smentito il noto brocardo *volenti non fit iniuria*, spingendo a condanne detentive con il limen dell’infermità mentale. La determinazione aprioristica della *mens rea* prima ancora della paradigmizzazione in *actus reus*, è smentita nella sua esattezza dalla letteratura medica. Il rapporto è traducibile nel confronto tra *mind reading*¹⁰ e teorie psichiatriche neurobiologiche. Circa la prima, uno dei massimi teorici è indubbiamente Simon Baron Choen, docente di psicopatologia presso il dipartimento di psichiatria e psicologia sperimentale dell’università di Cambridge. Per lo studioso, nella tassonomica ricostruzione dello sviluppo patogeno, i criteri di “malvagità” e “crudeltà” non possono assurgere ad oggettivi criteri di valutazione.¹¹ A mediare questa impossibilità è l’empatia: essa è lo strumento tramite il quale si cercano speculari trasposizioni delle proprie sensazioni nell’altro; una dimensione che ricorda la sensibilità euristica dell’Io, coniugato con l’*alter*, che diviene *alien*. L’attitudine al “rapporto” reca

¹⁰ N. A. VINCENT, “On the Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility” in *Criminal Law and Philosophy* (An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment) 4, 2010. ISSN: 1871-9791.

¹¹ S. B. CHOEN, *La scelta del male. L’empatia e le origini della crudeltà*, (traduzione G. Guerriero), Cortina Raffaello (collana Scienza ed idee), 2012.

seco la capacità di operarsi per il prossimo, capirne le disfunzioni psicologiche ed elaborare una risoluzione. Di contro, l' "erosione empatica"¹² spinge ad azioni definite "malvagie". L'autore, puntualizzando la necessità di non intendere l'empatia come una variabile binaria, giunge a valutare un intero spettro di gradi crescenti (*sub species* da 0 a 6) e con esso un grado di Empatia (EQ). Il livello empatico genererebbe un vero e proprio "Circuito" con il coinvolgimento di precise zone cerebrali, come riscontrabile con le moderne tecniche di risonanza magnetica funzionale. In un sistema a connessioni multiple¹³ risulterebbero, così coinvolti: lobulo parietale inferiore e solco parietale inferiore, ma anche la corteccia cingolata media, l'insula inferiore, la corteccia prefrontale media, la corteccia orbito frontale, la giunzione temporo-parietale media, il solco posteriore superiore Temporale e l'amigdala. In un *climax* discendente, vengono così caratterizzati i disturbi comportamentali e le patologie della psiche, fino allo "Stato di Zero gradi di Empatia", cui è possibile ricondurre la scaturigine di comportamenti amorali, o almeno una delle concause. La banalità malvagia, di genesi ereditaria, a mezzo di rigide modulazioni viene così legata all'assenza di empatia. Non si possono considerare antitetiche le teorie neurobiologiche, che ricercano nell'assetto morfologico del sistema nervoso l'attitudine alla malvagità. Trattasi di un approccio *stricto sensu*, fisiologico. Rilevante ai fini d'indagine, è il rifacimento alla comunicazione neuronale: una comunicazione di tipo elettrico caratterizzata da ponti proteici, che delimitano il passaggio di ioni o piccole molecole. Accanto ad essa, la comunicazione a mezzo della secrezione di neurotrasmettitori. Tramite processi di esocitosi, si ha la liberazione di sostanze che si legano a recettori delle membrane delle cellule riceventi. Il legame recettore-trasmettitore può aprire canali ionici di membrana per la genesi di micropotenziali sinaptici oppure innescare una catena di eventi con la formazione di messaggeri intracellulari che portano all'elaborazione di risposte cellulari tramite meccanismi quali, per esempio, la fosforilazione di proteine. Al sistema nervoso è demandata anche la trasduzione dei messaggi esterni, *input* sensoriali rimodulati dalle cellule recettoriali; alla base dei comportamenti vi sarebbero, così, circuiti neurali.¹⁴ Oltre le cognizioni tecniche, ignote per formazione professionale, alla scrivente; i punti di contatto tra le teorizzazioni sono ravvisabili nella dimensione relazionale, o, meglio nella sua trasformazione. Se, infatti, nell' *extra moenia* della patologia psichiatrica, medico curante e paziente vi avvalgono della capacità comunicativa, sia nella formulazione della diagnosi (l'uno narra i sintomi, l'altro li categorizza a mezzo della propria sapienza), sia nell'eventuale patrimonializzazione del rapporto (il compenso dovuto per la prestazione del sanitario); ben diversa è la vicenda del sofferente psichico. L'incapacità comunicativa sembrerebbe sussistente in entrambe le ipotesi, sia nell'assenza di empatia che nel grado zero spinge il soggetto ad una completa estraneazione sociale, sia nel *deficit* fisiologico della corporeità del paziente. Al medico non resta, così che l'applicazione di protocolli dall'eco internazionale con il ricorso, spesso, a farmaci sedanti atti a inibire le già precarie attitudini relazionali dell'ammalato. Allo psicofarmaco viene demandata la funzione di elisione della pericolosità sociale,

¹² Si veda, in proposito: L. BRERIO, "Recensione a: *La scelta del male. L'empatia e le origini della crudeltà*", in Rivista Italiana di Filosofia Analitica, <http://www.rifanalitica.it>

¹³ *Ibidem*

¹⁴ M. F. BEAR; CONNORS, B. W. PARADISO, M. A. (2007) *Neuroscienze. Esplorando il cervello*, Milano, Elsevier Masson.

è esso a sostituire il potere cogente della fruizione statale, in un rapporto che non ha alcuna connotazione sinallagmatica ed annulla l'arbitrio decisionale di entrambe le parti.

3. «*Uno studio antropologico sull'uomo delinquente, e particolarmente di quella sua varietà che chiamiamo delinquente-nato, deve di necessità prendere le mosse dai primi caratteri fisici fondamentali che si rilevano alla tavola anatomica, per passare a quelli che si riscontrano nei viventi*». Cesare Lombroso, *L'uomo delinquente*.

Riallacciandosi alla teoria galtoniana, della criminalità innata e biologicamente condizionata, Lombroso giunse a ritenere l'atipicità delle condotte umane e la loro amoralità derivazione della predisposizione fisiologica alla delinquenza. Quella dell'ereditarietà delle brutture morali, correlate a quelle fisiche, è una teoria già cara al mondo greco. Come ricorda Diego Fusaro¹⁵, la si ritrova già nell'*Iliade* di Omero. Notissimo il passo del II libro, relativo alla figura di Θερσιππής: il più brutto e vile tra i Greci a Troia, guercio, zoppo, calvo e gobbo. Un sobillatore iracondo, insolente e vigliacco che ha perduto ogni valore e si compiace del *placet* della plebaglia, ostentando un'*ars oratoria* degna del più becero tra i demagoghi; la cui nefandezza interiore trova speculare palesazione in quella fisica, con una oxicefalia rilevatrice della perdita di ἀρετή. Principio che trova credito nella frenologia forense e negli studi di fisiognomica destinati ad influenzare per decenni i processi penali; cessata l'epoca dell'*ordalia*, è un delirante determinismo fisiologico a consentire di identificare i delinquenti a mezzo di atavici segni distintivi. Il noto criminologo di natali veronesi, si convinse della straordinarietà delle sue intuizioni dopo aver analizzato il cranio del brigante Giuseppe Villella¹⁶. Su di esso, scoprì la "fossetta cerebellare mediana" che, associata all'apertura delle suture, all'atrofia delle fosse occipitali e alla mancanza completa di spina occipitale interna (tipica di un feto al terzo, quarto mese di concepimento) divengono rivelatori del rapporto tra delinquenza e menomazione per atavismo. Il "male di vivere" paradigmaticizzato nelle forme estreme del cannibalismo, riporta l'individuo allo stato primitivo. Vi è un parallelismo costante tra la pulsione naturale di alcuni soggetti fisiologicamente e morfologicamente predisposti alla delinquenza e le azioni commesse. Nell'ossessione tassonomica lombrosiana, scompare il *raptus* omicidiario, né v'è nulla che vaticini la raffinata teoria, elaborata qualche decennio dopo, circa il dolo d'impeto: il reo agisce per barbarica propensione al male. *Substantia rerum*: si delinque perché non si può fare altrimenti. Un'obbligatorietà determinata dall'atavismo, una teoria che nell'interpretazione lombrosiana, annullando la valenza dell'evoluzione, relega il fenotipo mendeliano ad eventualità. Se, difatti, la teoria tende a far valere la potenzialità non espressiva di geni poi manifesti nelle generazioni successive (ad esempio, una caratteristica del corredo genetico appartenuta al trisavolo si manifesta solo nell'individuo nato dopo decenni) per Lombroso tali caratteristiche sono corrispettive di aspetti caratteriali e di pulsioni al male. Ermeneutica che non tiene conto della successiva evoluzione dell'indagine genetica per la quale, difatti, i geni permettono la comparsa di un carattere grazie alla loro coesistenza. Influenzato dalla teoria evolutiva darwiniana, pur scindendo le modificazioni della "fossetta cerebellare media o vormiese" (circoscrittione dei due rami laterali in cui si scinde la cresta occipitale interna al cranio prima di raggiungere il grande foro

¹⁵ D. FUSARO, "Cesare Lombroso" da <http://www.filosofico.net/lombroso.htm>.

¹⁶ Per approfondimenti si veda: C. LOMBROSO, "Trattato antropologico sperimentale dell'Uomo Delinquente", 1876

occipitale) in quattro categorie: i criminali nati, i criminali alienati, i criminali occasionali e quelli professionali; lo studioso torinese, finì con il negare assolutezza al suo determinismo. Solo un terzo di chi delinque è un “delinquente nato”. Ma è proprio questa categoria che desta interesse per l’analisi *in fieri*: l’intervento coattivo della forza statale, non è un tentativo di punizione, pena l’inutile esperimento di mezzi correttivi, ma una tutela per la società. Se si desse adito alla dimensione lombrosiana del nato delinquente si dovrebbe finire con il ritenere che l’intervento correttivo non può mai attuarsi, sul profilo giuridico. Sì come si potrebbe ritenere più che semplice l’imputabilità del sanitario, reo di non aver decifrato tratti morfologici placidamente riconosciuti come rivelatori dell’attitudine alla delinquenza. Il determinismo viene, però, smentito da Karl Jasper, padre della psicopatologia fenomenologica. Lo stesso psichiatra risulta sollevato dai limiti del positivismo, che valutavano la sua funzione esaurita nell’ambito della patologia celebrale, e asservita alle scienze neuropatologiche; e ciò perché, essendo la malattia mentale un fenomeno umano, va considerata come tale¹⁷. Quella di Jasper è, essenzialmente una lezione metodologica: dal punto di vista epistemico, diviene fondamentale la valutazione del “folle” nella sua dimensione privata¹⁸. Ammonendo circa l’impossibile separazione di soggetto ed oggetto, lo studioso valuta necessaria la “comprensione” in sede psichica, a differenza della “spiegazione” in sede naturalistica. Certo non può trattarsi di un empatico scambio di percezioni, essendo il paziente spesso inabile alla relazione, ma è pur sempre una rigida smentita alle convinzioni morfologiche di Lombroso. Questo breve *excursus* storico, è valso a caratterizzare l’evoluzione epistemologica della considerazione del delinquente e del *modus operandi* dello psichiatra. Dimenticato l’estremismo del determinismo assoluto del Lombroso, *prima facie*, restano tracce della valutazione dell’attitudine al male non nelle componenti morfologiche, ma nella assenza empatica delle teorie di Choen. L’attitudine alla delinquenza, diviene negli ultimi decenni dell’800, nella codificazione: abitudine nel reato. L’abitudine del reato è istituto diverso dal reato abituale. Mentre, difatti, il secondo è *forma criminis* caratterizzata da due elementi sostanziali: a) una molteplicità di atti; b) l’intenzione unica che qualifica tutti gli atti¹⁹; il primo, è rivelatore di una maggiore capacità a delinquere e può costituire circostanza aggravante personale avente come effetto giuridico l’aumento della pena. Nel codice Zanardelli, si rinvencono alcuni principi regolatori dell’abitudine, in particolare nell’art. 48 è circostanza graduatrice dell’imputabilità.

Il problema dell’abitudine è un problema di antica genesi, si pensi alla *detention of abitudinal criminals* che nella seconda parte del “*Prevention of Crime Act*” per il diritto anglosassone diviene l’unica forma di attitudine alla delinquenza, necessariamente contestata e, quindi, dichiarata. Tra i tanti progetti italiani, particolare rilevanza ha indubbiamente quello Ferri, in cui il problema della delinquenza abituale trova ampia trattazione negli art. 27-31, potendosi non solo distinguere tra recidivi, veri e propri delinquenti abituali e responsabili di più delitti, ma fissandosi per l’individuazione giudiziaria ed amministrativa della sanzione repressiva, quattro tipi di delinquenti abituali:

1) il delinquente per tendenza congenita ai delitti di sangue e violenza, oppure quelli contro la proprietà, che prima o dopo la condanna reitera le sue azioni criminose;

¹⁷ Si veda: K. JASPER, *Psicopatologia generale*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1965.

¹⁸ A. BALLERINI, *La compresa “incomprensibilità di Karl Jaspers”* da ATQUE Materiali tra Filosofia e Psicoterapia, numero 22, 2001.

¹⁹ A. DE MARSICO, *Diritto penale, Lezioni universitarie*, Jovine, Napoli, 1935

2) il delinquente, che commette abitualmente delitti non gravi, specialmente contro le proprietà, per una congenita ripugnanza al lavoro metodico;

3) il delinquente occasionale che, specie nei casi di infanzia moralmente abbandonata, condannato a brevi pene carcerarie, viene da queste progressivamente peggiorato nella sua personalità psicofisica, ed è il tipo caratteristico e più frequente di delinquente per abitudine acquisita;

4) il delinquente per mestiere o professionale, che organizza da solo o più spesso in associazione con altri, una vera industria criminosa.

Nel progetto Ferri la *consuetudo delinquenti*, consentiva l'instaurazione di norme di diritto sostantivo e processuale penale. L'indice psicologico dell'abitudine desumibile dalla natura o modalità dei delitti commessi entra in rapporto di coniugio con l'indice legale della recidiva. Ed è la fusione tra i due elementi a caratterizzare la persistente tendenza al delitto. Il codice Rocco, armonizzando le aspirazioni delle scuole ancora legate ai principi dell'antropologia criminale e le esigenze di difesa sociale, codifica istituti, pene e misure. Si tratta della sincronica ideazione di un complesso apparato: l'olismo del diritto penale. L'abitudine a delinquere diviene, allora, una qualificazione giuridica del soggetto che si eleva, incidendo sul reato a indice della maggiore gravità del reato stesso, in conseguenza della maggiore antisocialità dell'agente. Sabatini, nei *Principi di scienza del diritto penale*, sostiene l'esistenza di un *tertium genus* tra dolo e colpa, trattasi dell'immanenza a delinquere, per la quale è fondamentale l'intervento del magistero penale. L'abitudine è una qualificazione giuridica subiettiva, recante seco una serie di implicazioni, la più importante tra esse è l'applicazione di misure di sicurezza. *Conditio sine qua non* per le stesse è la pericolosità sociale rilevata nella commissione di un fatto previsto dalla legge quale reato e nella probabilità della reiterazione.

Oggetto immediato della valutazione della pericolosità sarà, dunque, la probabilità di ricaduta nello stesso. Sorge il problema della conciliazione del giudizio di pericolosità con la dichiarazione di abitudine e la necessaria categorizzazione del «dedito al delitto»: un'espressione che identifica la possibilità di riverberi nel futuro per una vicenda personale che non costituisce *ex se*, reato. Essa, di contro, menziona due aspetti: uno oggettivo, relativo ad un fatto o stato materiale che chiamiamo comunemente 'consuetudine'; uno soggettivo, rapportato alla ragione, per cui si determina giuridicamente quell'altro concetto empirico 'tendenza impulsiva all'azione futura'²⁰, che ricorda l'evoluzione delle teorie lombrosiane. Sono i criteri di consuetudine di vita e tendenza all'azione futura ad esprimere il concetto di costanza e di forte probabilità; onde il giudizio di abitudine importa un giudizio di speciale pericolosità. Ed è ivi la giustificazione dell'applicazione della misura di sicurezza, l'art. 109 del codice penale, difatti, stabilisce che «oltre gli aumenti di pena stabiliti per la recidiva ed i particolari effetti indicati da altre disposizioni di legge, la dichiarazione di abitudine o di professionalità del reato o la tendenza a delinquere importa l'applicazione di misure di sicurezza. (II-III *omissis*) La dichiarazione di abitudine e professionalità nel reato e quella di tendenza a delinquere si estinguono per effetto della riabilitazione». Le misure di sicurezza applicabili sono quelle previste nell'art. 216: assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro, a seconda delle condizioni e delle attitudini dei soggetti, secondo quanto previsto dall'art. 218 c.p. e ivi alle sezioni speciali. A norma

²⁰ ALLEGRA, *Abitudine criminosa, parte speciale*, vol. II, Vallardi, 69 e ss.

dell'ultimo capoverso dell'art. 230 c.p., il giudice, al termine nell'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro, può ordinare che la persona da dimettere sia posta in libertà vigilata, ovvero può obbligarla a cauzione di buona condotta. *Quid iuris* rispetto al soggetto infermo di mente? Trattasi di uno studio tassonomico, che sarà demandato al quarto ed ultimo momento d'indagine, ove si ci interrogherà sugli elementi soggettivi del reato e sull'imputabilità, che in tale sede viene considerato solo al fine di chiarire il rapporto tra la misura di sicurezza applicabile e la funzione riabilitativa demandata alla terapia. L'art. 219 del c.p. chiarisce che «il condannato per delitto non colposo, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica (...) è ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore a un anno, quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione. Se per il delitto commesso è stabilita dalla legge la pena dell'ergastolo ovvero la reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, la misura di sicurezza è ordinata per un tempo non inferiore a tre anni.(...) Quando viene ordinato il ricovero in una casa di cura e di custodia, non si applica altra misura di sicurezza detentiva».

La Corte costituzionale, con sentenza 15 luglio 1983, n. 249, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma, «nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e custodia dell'imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza» e del quarto «nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato ad una pena diminuita per cagione d'infermità psichica per un delitto per il quale è stabilita dalla legge la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima, al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza». Interventi manipolativi che valgono a chiarire il necessario bilanciamento tra la condizione soggettiva del reo e l'azione cogente dello Stato.

L'attitudine alla delinquenza, codificazione delle teorie del geneticamente-delinquente, subisce una mitigazione dinanzi alla riabilitazione, essa, ai sensi dell'art. 178 c.p. estingue pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna. Tuttavia, l'art. 683 c.p.p. a chiarirne la genesi, nella parte in cui prevede che «il tribunale di sorveglianza su richiesta dell'interessato, decide sulla riabilitazione, anche se relativa a condanne pronunciate da giudici speciali, quando la legge non disponga altrimenti. Decide altresì sulla revoca, qualora essa non sia disposta con la sentenza di condanna per altro reato. II. Nella richiesta sono indicati gli elementi dai quali può desumersi la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 179 c.p. Il tribunale acquisisce la documentazione necessaria. III. Se la richiesta è respinta per difetto del requisito della buona condotta, essa non può essere riproposta prima che siano decorsi due anni dal giorno in cui è diventato irrevocabile il provvedimento di rigetto». La *ratio legis* è la teleologia della rieducazione del reo e la generale funzione riabilitativa da riconoscersi alla misura. La giurisprudenza è piuttosto ricca in merito. Si ricordi, in proposito, la pronuncia della Suprema Corte n. 1846/1996 che fissa la competenza del tribunale di sorveglianza in tema di riabilitazione, conseguente all'applicazione di una misura di sicurezza. L'indicazione inerente al giudice competente della Corte d'appello, contenuta nel comma 1 dell'art. 15 legge 3 agosto 1998 n. 327, deve essere

coordinata con l'ultimo comma dello stesso che prevede l'applicazione, ove possibile, delle norme del codice di procedura penale, tra esse l'articolo sopracitato. Né desta particolare meraviglia il fatto che la competenza sia decisa dallo stesso organo avente l'appannaggio del beneficio. Le condizioni per l'ottenimento della riabilitazione sono rendibili, difatti, in una generale modificazione comportamentale del soggetto. Ma come vi si giunge? Fondamentale il percorso rieducativo svolto dalla misura. Nel parallelismo con la pena, sono tangibili le discrasie; *in primis* la misura succede ad una valutazione di pericolosità e non alla colpevolezza, e perde la caratterizzazione bifastica della pena, essendo determinante la sola rieducazione del reo e non la funzione retributiva. Se, difatti, la teoria classica spinge alla funzione kantiana pena = risposta al male, all'intendere la norma penale come un imperativo categorico con la conseguenziale necessità della punizione; nell'applicazione della misura è valutabile la sola funzione risocializzante. Trattasi di misure caratterizzate da una profonda indeterminatezza temporale, poiché legate alla prognosi di pericolosità; traccia un limite la legge 30 maggio 2014 n. 81, che prevede l'impossibilità per la misura di sicurezza di andare oltre la pena detentiva prevista per il reato.

Ciò che è pacifica è, invece, la finalità sociale e umana della riabilitazione in quanto tende a favorire la redenzione morale del condannato ed il suo ritorno alla vita di relazione, reintegrato nella condizione giuridica di cui godeva prima della condanna.²¹ Vi è un interesse statale (*interest rei publicae*) al reinserimento nel consorzio civile di un soggetto ravveduto, sia per il riadattamento del condannato in sede alla comunità sia per l'adempimento alla propria funzione di redenzione sociale. Si badi bene, la riabilitazione non opera come una *restituito in integrum*: gli effetti estintivi sono valutati in rapporto alle condanne per le quali è richiesta, e non a tutti i precedenti che oberano il reo. In tale fattispecie il condannato non acquista in senso assoluto lo *status prioris aestimationis*, il problema (che poi costituisce il *focus* di tale disamina) attiene alla personalità del condannato come soggetto di diritti secondo le attribuzioni conferitegli dall'ordinamento giuridico, ed è volta a stabilire gli effetti della condanna. In questa esplicazione esterna della sua personalità il soggetto si qualifica come operatore giuridico ma nella struttura dualistica della staticità e dinamicità della capacità d'agire.

Ciò che preme alla scrivente è valutare che non trattasi di un atto di clemenza, bensì di un atto di giustizia, poiché diritto soggettivo che compete al condannato quando si trovi nelle condizioni di maturata emendazione previste dalla legge, per la concessione del beneficio. L'adeguamento è alla cessazione della temibilità del reo, uno dei crismi è la buona condotta. Essa non va intesa secondo la comune accezione del termine, non è la diligenza ordinaria richiesta al soggetto di diritto, bensì la conformità alla finalità del beneficio, ovvero il consapevole ravvedimento di cui il condannato abbia dato prove effettive. Nata in un clima di indulgenza, la norma ripudia caratterizzazioni deterministiche, lasciando un certo margine di convincimento al magistrato, ma facendo incombere sul riabilitando l'esibizione della prova della sussistenza delle condizioni previste dalla legge. Questo obbligo dimostrativo è speculare agli interessi dell'ordinamento. E' il potere cogente da sempre demandato allo Stato, a provvedere alla messa in essere di piani riabilitativi, pur nella deficienza del regime carcerario. Nel tentativo comparativistico ivi compiuto, si guardi ora alla valenza dei piani riabilitativi

²¹ G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 797 e ss.

previsti nei protocolli di psichiatria. È l'Organizzazione Mondiale della Sanità a stabilire che «la riabilitazione psichiatrica si riferisce in modo ampio a quei campi di azione ed interventi volti ad alleviare le menomazioni, le disabilità e gli handicap negli individui con disturbi mentali e migliorare, nei limiti del possibile la loro qualità di vita». Il termine riabilitazione ha, così assunto l'accezione spuria di cura della persona.

La l. 431/1968 sposta l'interesse riabilitativo dalle realtà manicomiali alle modalità tecnico-giuridiche del ricovero ospedaliero psichiatrico, il fine è rendere il paziente agente del proprio cambiamento. Persino il TSO (Trattamento sanitario obbligatorio) conserva la valenza rieducativa. La riforma psichiatrica, attuata con la Legge 13 maggio 1978, n. 180 e ulteriormente definita con la Legge di riforma sanitaria 23 dicembre 1978, n. 833, ha sancito, sul piano giuridico, i cambiamenti intervenuti nell'approccio alla malattia mentale, a seguito delle acquisizioni scientifiche sia nel campo della comprensione psicodinamica, sia nel campo della psicobiologia con la messa a punto di psicofarmaci ad azione sempre più mirata. Tali acquisizioni hanno modificato in misura determinante le categorie diagnostiche e l'evoluzione stessa dei vari quadri clinici, con un notevole incremento della recuperabilità sociale, attraverso specifici interventi di riabilitazione. Si può affermare che la Legge di riforma perseguiva tre obiettivi fondamentali: a) affidare al sistema sanitario le decisioni sulla cura dei malati mentali, eliminando ogni competenza del Ministero dell'Interno e delle Prefetture; b) regolamentare il Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO), in un quadro di tutela dei diritti del paziente, oltre che della collettività; c) favorire, con la chiusura degli ospedali psichiatrici, il recupero sociale, disincentivando la cronicizzazione del ricovero manicomiale; d) adottare un modello assistenziale allargato nel territorio, facilmente accessibile per gli utenti e fondato sull'interazione interdisciplinare di più figure professionali e di interventi integrati.

La finalità, conforme a quella perseguita dal sistema penale integrato è la ri-socializzazione del malato. Ne è riprova il fatto che dal 2012 l'Istituto Superiore di Sanità coordina il progetto "Valutazione dei pazienti ricoverati negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) finalizzata a proposte di modifiche degli assetti organizzativi e di processo", il cui obiettivo principale è la raccolta di informazioni affidabili sulla diagnosi psichiatrica, il funzionamento personale e sociale e i bisogni dei pazienti psichiatrici autori di reato. Decisamente lontani appaiono i tempi dell'*Insane Offender's Act*. Il DPCM del 1 aprile 2008 sul trasferimento di funzioni, personale, beni, attrezzature e finanziamento della sanità penitenziaria all'SSN, mantenendo invariata la legislazione penale, nell'Allegato C definiva finalmente alcune linee guida operative per il superamento degli OPG. Per scongiurarne il sovraccollamento, ed assicurare un più idoneo bilanciamento tra operatore sanitario e pazienti, viene stabilita una categorizzazione dei secondi:

– Categoria 1 la persona con un disturbo psichiatrico che ha commesso un reato ed è stata prosciolta perché ritenuta totalmente incapace di intendere e di volere, se giudicata socialmente pericolosa sulla base di una perizia psichiatrica, viene sottoposta alla misura di sicurezza dell'internamento in OPG di durata proporzionale al delitto commesso (2, 5 o 10 anni), prorogabili dal magistrato di sorveglianza in base al giudizio clinico dei sanitari dell'OPG;

– Categoria 2 la persona che ha commesso un reato ed è stata giudicata parzialmente incapace di intendere e di volere e socialmente pericolosa, scontata in carcere una pena diminuita di un terzo,

viene trasferita dal carcere all'OPG per scontare la misura di sicurezza, la cui durata è sempre rapportata al tipo di reato commesso;

– Categoria 3 la persona imputata in qualsiasi grado di giudizio viene sottoposta alla misura di sicurezza dell'internamento provvisorio in OPG in attesa del giudizio definitivo se vi è una presunta pericolosità sociale;

– Categoria 4 la persona detenuta già condannata può giungere in OPG dal carcere per un'infermità mentale sopravvenuta durante la detenzione e rimanervi per il periodo stimato necessario alla cura, al termine del quale fa ritorno in carcere;

– Categoria 5 la persona imputata, detenuta in ogni grado di giudizio o già condannata, può essere inviata in OPG dal carcere per essere sottoposta ad osservazione psichiatrica, per un periodo non superiore a 30 giorni.²²

Tale tassonomia vale ad assicurare un trattamento rieducativo ed una terapia specifica nel regime di detenzione e fuori dallo stesso. L'indagine sugli OPG, ad opera della "Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale", presieduta dal senatore Ignazio Marino, oltre a sottolineare il necessario adeguamento di strutture e la creazione di commissioni specialistiche, vaticina una riforma legislativa della psichiatria giudiziaria, partendo dall'individuazione di «modalità alternative di trattamento che siano in grado di garantire terapia e riabilitazione degli infermi di mente che abbiano commesso reato unitamente all'applicazione di misure di sicurezza adeguate alle condizioni del soggetto [...], è necessario tendere a un ripensamento complessivo dell'istituto della non imputabilità e di tutti i suoi perniciosi corollari»²³.

Tra questi perniciosi corollari, è l'incontrollata permanenza per decenni negli OPG. Diversi studi dall'eco nazionale, cosiddetti PROGRESS, hanno chiarito la necessità di dare risalto al pluralismo delle cause del reo, paziente psichico. Spingendosi, altresì, verso una maggiore tutela e necessaria risocializzazione del paziente, in ossequio alla riflessione di Andreoli circa la necessità di «non considerare la pericolosità un dogma, né un mero elemento della fattispecie criminale, bensì la sua necessaria alienazione a mezzo della cura del disturbo psichico». Ne è frutto il progetto OPG-ISS che, tra i diversi istituti valutati dedica considerazione proprio all'OPG Montelupo, ove resta per anni il Lotti prima del trasferimento nella comunità *locus commisi delicti*. Un istituto, val la pena ricordarlo, sorto nel 1886, ma caratterizzato a partire dal DPCM del 2008, da una progressiva apertura verso l'esterno, con una serie di atti miranti a costruire opportunità per realizzare percorsi terapeutici più vicini ai pazienti.²⁴ Per consentire il pieno sinallagma tra diagnosi e prognosi, viene redatta una scheda per ogni, singolo paziente. Essa contiene informazioni relative a dati sociodemografici, anamnestici, giudiziari e sociali, ciò che desta particolare interesse è l'ultimo punto della scheda, intitolato: riabilitazione. Le domande di questa sezione sono ispirate al modello riabilitativo psichiatrico del

²² Rapporti ISTISAN 14\10, *Valutazione diagnostica dei pazienti psichiatrici autori del reato: messa a punto di una metodologia standardizzata e riproducibile*, a cura di I. Lega, D. Del Re, A. Picardi e altri.

²³ Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari. Roma: Senato della Repubblica; 2011. Disponibile all'indirizzo http://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOP-PGG_doc_XXII-bis_4.pdf.

²⁴ Rapporti ISTISAN 14\10, *Valutazione diagnostica dei pazienti psichiatrici autori del reato: messa a punto di una metodologia standardizzata e riproducibile*, a cura di I. Lega, D. Del Re, A. Picardi e altri.

VADO (Valutazione di Abilità Definizione di Obiettivi) (Morosini et al., 1998), le cui componenti fondamentali sono la valutazione iniziale del paziente (disabilità e punti di forza), l'individuazione di obiettivi riabilitativi realistici e misurabili, e la valutazione periodica dell'andamento del programma tramite strumenti standardizzati²⁵. Viene chiesto, quindi, in questa sezione se è disponibile per ogni paziente un piano riabilitativo individualizzato in forma scritta, se gli obiettivi riabilitativi sono descritti in modo operativo (misurabile, riproducibile) e se il piano individualizzato descrive le abilità necessarie e gli interventi da mettere in atto per raggiungere gli obiettivi medesimi. Il piano riabilitativo dovrebbe inoltre prevedere l'effettuazione di un certo numero di verifiche periodiche del raggiungimento degli obiettivi dell'intervento riabilitativo, tramite la somministrazione di strumenti standardizzati (es. BPRS, *Brief Psychiatric Rating Scale*; *Health of the Nation Outcome Scales*; Valutazione Globale di Funzionamento, VGF). Si richiede pertanto di indicare anche il numero delle verifiche effettuate negli ultimi 6 mesi. Alla luce di quanto emerso dalla ricognizione con gli operatori sanitari degli OPG sul tipo di attività e interventi riabilitativi disponibili nella propria struttura, è stato inserito in questa sezione della scheda un elenco di interventi e attività alle quali il paziente può prendere parte nella struttura dove è ricoverato. Dall'indagine è emerso che nonostante alcune attività di riabilitazione, socializzazione e formazione siano realizzate in tutti gli OPG, l'intensità e l'accessibilità di questi interventi così come la specializzazione del personale chiamato ad erogarli, variano da una struttura all'altra. Tra gli interventi riabilitativi da indicare in questa sezione vi sono:

- interventi di promozione dell'autonomia nella cura di sé e dello spazio di vita (es. cura dell'igiene personale, gestione sala pranzo, pulizia degli ambienti);
- interventi per il miglioramento dell'autonomia nelle abilità strumentali (es. uso del telefono, gestione del denaro);
- interventi basati su tecniche specifiche di tipo cognitivo comportamentale (es. *modelling*, *roleplaying*);
- interventi per il miglioramento della capacità di gestione dei disturbi psichiatrici (es. riconoscimento precoce dei sintomi, compliance farmacologica);
- interventi di tipo pratico o manuale (es. cucina, pittura, ceramica, giardinaggio);
- attività di socializzazione e animazione (es. cineforum, karaoke, lettura di gruppo e discussione, feste);
- attività di tipo motorio (es. ginnastica, calcio, pallavolo)²⁶.

E' chiaro l'intento risocializzante contenuto nelle disposizioni. Ma vi è di più. Difatti, conformemente all'introduzione dei parametri psichiatrici indicati da Donald W. Goodwin e Samuel B. Guze, nell'introduzione alla quinta edizione del loro celebre testo "*La diagnosi psichiatrica*", vengono novellati i principi tassonomici dell'individuazione del paziente: l'uso dei criteri diagnostici è valso a favorire la comunicazione internazionale tra i professionisti e ad agevolare, difatti, la scelta della terapia farmacologica. A partire dagli anni '80, grazie all'applicazione del protocollo DSM-III-

²⁵ V. ANDREOLI, *Anatomia degli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*. Roma: Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Ufficio studi e ricerche legislazioni e rapporti internazionali; 2002. Disponibile all'indirizzo: http://www.rassegnapenitenziaria.it/rassegna_penitenziaria/cop/76.

²⁶ D. DEL RE, V. CALEVRO, A. CIRAULO, R. LIARDO, M. PENNINO, G. RIVELLINI, F. SCARPA, I. LEGA, *Scheda per la raccolta dei dati sociodemografici, anamnestici e giudiziari dei pazienti psichiatrici autori di reato*, da Rapporti ISTISAN 14/10 cit.

R (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 3rd edition Revised), la comprensione dei disturbi della personalità è notevolmente progredita, fino alla piena legittimazione delle stesse come entità diagnostiche. Trattasi di interviste strutturate che, riconoscendo particolare attenzione alle interazioni personali, determinano la diagnosi. In merito alla cura da destinarsi al paziente psichiatrico autore del reato, ricordano Luca Castelletti e Antonio Lasalvia:

«Il processo di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) italiani, come stabilito dalla Legge n. 9 del 17 febbraio 2012, giunge nel nostro Paese a conclusione di una serie di tappe normative che nel corso dell'ultima decade hanno segnato punti importanti di cambiamento nella prassi delle misure di sicurezza per pazienti psichiatrici autori di reato. Il riferimento è, in ordine cronologico, alla Sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale che ha introdotto l'esecuzione della libertà vigilata come provvedimento alternativo, da valutare caso per caso, all'internamento in OPG; successivamente, alla Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Riunite n. 9163/2005 che ammette la categoria dei disturbi di personalità, purché di sufficiente gravità, rilevanza, consistenza e intensità, quale causa di incapacità di intendere e volere in sede processuale. Più recentemente il DPCM del 1° aprile 2008 stabilisce il trasferimento al Servizio Sanitario Nazionale (SSN) di tutte le funzioni sanitarie svolte dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, ivi incluse cura e assistenza dei soggetti in misura di sicurezza»²⁷.

Un percorso complesso, rallentato dalla difficoltà di chiarire il concetto di bisogno di cura. In tale fattispecie, viene considerato come ciò di cui l'individuo necessita per essere in grado di acquisire, mantenere o recuperare un accettabile livello di indipendenza sociale o di qualità della vita; ha validità anche per i pazienti autori di reato, ma va declinato in relazione agli aspetti legati al giudizio di pericolosità, denominatore comune dei soggetti con misura di sicurezza. La cura deve essere così commisurata con i bisogni criminogenetici, tra le attuali metodologie un ruolo rilevante è riconosciuto alla *Camberwell Assessment of Needs - Forensic Version (CANFOR)* (Thomas et al., 2003). Trattasi di una valutazione che non può esulare dai contesti sociali, dai luoghi destinati alla riabilitazione, dalle specifiche esigenze (ad esempio la dipendenza da sostanze o l'abuso etilico) e dalle condotte violente (a sfondo sessuale, piromania). L'eterogeneità clinica e criminologica determina la vasta gamma degli offenders, molti spostati verso l'antisocialità, e consente agli psichiatri forensi di arricchire il bagaglio dei propri strumenti. Sono, ad ultimo confluiti nel CANFOR, uno strumento standardizzato che considera il bisogno di cura non rigidamente obiettivabile, ma dinamico, mutevole e contesto-dipendente, la cui valutazione deve tenere conto sia delle intuizioni dei sanitari che dei bisogni degli assistiti. Trattasi di una valutazione definita "negoziale", che conserva l'assetto spurio del rapporto contrattuale, nell'accezione evidenziata nel primo momento di indagine. Questa comparazione tra riabilitazione, nell'accezione codicistica del termine e riabilitazione del paziente reo è valsa a evidenziare il comune denominatore: la necessaria risocializzazione del reo, e a tracciare la strada per l'analisi del quarto ed ultimo momento d'analisi rappresentato dalla responsabilità del medico curante. Ad egli il compito di applicare un protocollo internazionale, usufruire di farmaci dalla va-

²⁷ Da rapporto ISTISAN 14/10.

lenza transnazionale e limitare il proprio arbitrio decisionale alla mera valutazione del contesto sociale, demografico e delle “preferenze” criminogene dell’assistito; è difatti questa l’unica soggettivazione possibile nella prospettata modernizzazione, oltre i sensazionismi.

4. In Italia, è da tempo prevalente l’approccio tecnico-giuridico in tema di teoria generale del diritto penale. Non a caso, Binding affermava che «l’arte di dedurre un diritto penale scientificamente validoha indotto la dottrina a giocare raramente la carta del diritto naturale, poichè non più avvezzi alla facile arte giusnaturalistica»²⁸, a voler significare la necessaria deduzione del reato dalla disposizione normativa e non dal diritto naturale, relegato all’interpretazione giurisprudenziale. Vi sono, tuttavia, concetti, teorie, argomentazioni che traggono *aliunde* il motivo della loro validità. In rapporto alla casualità materiale, all’evento giuridico e alla natura e scopi della pena, c’era che osservava che «qui è la *Weltanschauung*²⁹, il credo religioso e la convinzione filosofica che decide; mentre il diritto positivo si limita a comminare anni di reclusione o di casa di lavoro». Tale teorizzazione, che pur offrirebbe un’attenzione maggiore alla scaturigine della fattispecie criminale, è perimetrata dalla Carta Costituzionale. La scelta tra il concetto di antiggiuridicità formale e il concetto di antiggiuridicità materiale, nella misura in cui implica il rinvio a fonti extranormative, si risolve, difatti, nel sistema positivo italiano a favore del primo ex art. 25 Cost., frutto di un’evoluzione storica piuttosto complessa. Si pensi alla teoria germanica del *Tätertyp*³⁰, nata dal progressivo rifiuto dell’analisi razionale dell’illecito e resa progressivamente in nozione del ‘tipo di autore’. In realtà, in un primo momento di analisi vengono distinti tre grandi concezioni: classica, neoclassica e finalistica. Antecedentemente alla teoria classica, si era assistito alla contrapposizione tra *imputatio facti* e *imputatio iuris*, a voler scindere l’imputazione oggettiva da quella soggettiva.

Nella concezione classica la colpevolezza è assunta in senso prevalentemente psicologico: imputabilità, in chiave di presupposto, dolo e colpa come elementi costitutivi e lo stato di necessità come causa di esclusione del medesimo. Con la concezione neoclassica del reato, lo stesso elemento di colpevolezza si sposta da un piano meramente psicologico ad uno normativo spingendosi fino al concetto normativo di colpevolezza di *Welzen*, in virtù del quale un comportamento vietato può essere imputato a taluno quando gli si può muovere un rimprovero per ciò che ha fatto, facendo valere come presupposto non solo l’imputabilità, ma anche la consapevolezza dell’antigiuridicità penale. Nell’attuale situazione positiva italiana, la tendenza ad un potenziamento della tipologia criminologica espressa a livello costituzionale dall’art. 27, si concilia con la lesività dell’azione o dell’omissione. Se, difatti, grazie alla dottrina finalistica, l’impianto penalistico tedesco ha accentuato il momento personalistico dell’illecito penale, non diversamente in Italia si è evitato il rischio di una dogmatica dell’autore. E’ la tesi della *conditio sine qua non*, a favorire un temperamento delle eventuali fratture al principio personalistico della responsabilità penale, ex 27 Cost., in un sistema che ancora offre spazio ad una forma di colpa oggettiva.

²⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, da Nuovissimo Digesto Italiano, Utet, 1977, 12 e ss.

²⁹ P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi della scienza nel diritto penale*, Padova, 1969.

³⁰ Si veda in proposito, A.A. CALVI su *Tipo criminologico e tipo normativo di autore*, (Da *Teoria Generale del diritto*, cit.)

Difatti la lettera costituzionale, chiarisce ai sensi del primo comma dell'art. 27 il necessario carattere "personale" della responsabilità, valente anche ai fini riabilitativi. Ne consegue che tutti i fattori concorrenti a determinare l'imputazione ad un soggetto, devono essere da questi realizzati o, se realizzati da terzi, debbono formare oggetto del coefficiente intellettuale che sostanzia il dolo o la colpa. Se si riconosce valetudo a questa interpretazione la si risolve semplicemente nel noto brocardo *nulla poena sine culpa*, diversa la soluzione qualora si ritenga che la responsabilità coincida con un'aprioristica e giusnaturalistica nozione di reato, poiché ciò implicherebbe atti, fatti e soggetti non legati necessariamente da rapporto causale con la fattispecie criminale.

Il carattere personale dell'illecito penale differenzia sensibilmente il reato dagli illeciti extrapenali, in particolare la responsabilità civile. Nell'illecito civile, difatti, v'è l'esigenza di far gravare su un altro soggetto, attraverso l'obbligazione del risarcimento, il danno sofferto dalla vittima. Sono ipotesi nelle quali non solo non v'è l'elemento di colpevolezza, ma manca addirittura un comportamento del soggetto che possa dirsi causale del danno. Tali considerazioni vengono affrontate nella volontà di chiarire limiti e possibilità della responsabilità del medico curante (*sub species* lo psichiatra) per l'atto omicidiario compiuto dal terzo, suo assistito. Nella dicitura codicistica, la responsabilità extrapenale ha sicuramente grande eco in merito alla figura professionale, corrispettiva di un valore, giuridicamente riconosciuto: quello di solidarietà, principio essenziale nello Stato di benessere o solidaristico.

È una tendenza costituzionalmente orientata, nell'intero tessuto normativo è presente la componente della solidarietà; l'art. 27, di contro, vieta l'esorbitare dalla componente solidale nella responsabilità. Il danno risarcito e la sua funzione retributiva, si sono affermati *de iure condendo*, ma il soggetto che risarcisce, non entra *ipso facto* in rapporto causativo con la fattispecie. Nelle ipotesi di responsabilità per rischio, trattasi di fattispecie legali di responsabilità civile e non fatti illeciti; una tipologia di responsabilità che esula dall'elemento personale, e che sarà approfondita nella determinazione della colpa professionale. Nella dicitura costituzionale, invece (art. 27 comma 3), la funzione rieducativa della pena, connessa al momento retributivo logicamente ineliminabile, contrasterebbe con una responsabilità penale per fatti non psichicamente riportabili, ma solo *prima face*. Si è già valutato, difatti, come la funzione rieducativa sia rivolta anche a soggetti con gravi *deficit* mentali. In realtà, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 42 del 13 maggio 1965³¹, nell'affermare la legittimità costituzionale dell'art. 116 del Codice Penale, ha riconosciuto in esso la presenza di un coefficiente di colpevolezza³², concepito nel senso che «il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto»: trattasi del nesso di causalità materiale più sfumata di quella umana, a voler significare che esiste un *quid minimum* per la funzione rieducativa della pena nella relazione psicologica dell'agente col valore giuridico del fatto. La norma penale nel suo aspetto di norma-garanzia non può essere tale se rivolta all'incapace di intendere e di volere, ciò che perde, in realtà è la funzione imperativa *strictu senso*; continua ad essere attuata la misura di sicurezza, pur nei limiti per l'infermo di mente. Dalla Costituzione emerge la qualificazione

³¹ Si veda, in proposito, A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, (citato da F. Bricola, nell'opera citata)

³² *Ibidem*

del reato come illecito penale, da intendersi nel senso che la sua imputazione ad un soggetto deve essere condizionata al coefficiente soggettivo, è la garanzia contenuta nell'art. 27. In tale articolo si determina il *quantum* della pena in rapporto alla personalità del reo. Un rapporto che sembra inscindibile, tanto da caratterizzare la discrasia tra reato ed illecito civile, sotto il profilo soggettivo, ove si accentui il carattere obiettivo dell'illecito civile, in un diaframma che riscrive i profili di colpevolezza.

È evidente il *discrimen* tra elemento oggettivo e soggettivo. Una distanza che, specificata in rapporto al danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. tende, difatti, a neutralizzarsi laddove si verifichi una netta omogeneità tra l'evento che compone il fatto (doloso o colposo) e il danno consequenziale. La non coincidenza tra elemento oggettivo e soggettivo nell'art. 2043, è specularmente riportata in disposizioni autonome. Si pensi, in proposito, all'art. 185 c.p., all'obbligo del risarcimento in capo a chi ha cagionato il danno o a chi debba rispondere per il fatto di lui. Alla scrivente, in realtà, tale parallelismo sembra piuttosto pericoloso a causa sia della deroga, che offrirebbe al carattere personale, sia della facilità con cui l'agente sfuggirebbe alla propria responsabilità. Lo spostamento del centro di gravità dell'illecito penale dal disvalore personale dell'azione al bene giuridico, emerge da una serie di valutazioni.

È manifesto, anzitutto, nell'interpretazione di Antolisei delle disposizioni comprese nel capo I, Titolo XII del codice penale. Per lo studioso, il presidio dei beni primari della vita e dell'incolumità individuale, risponde ad un interesse non solo dell'individuo ma dell'intera collettività. Il bene giuridico, penalmente protetto e costituzionalmente salvaguardato (art. 32 Cost.), è rilevante non solo per l'individuo, ma per tutti i componenti della comunità. *Quid iuris*, rispetto alla vicenda dello psichiatra? Nel precedente momento d'indagine, si è escluso il rapporto contrattualistico tra assistito e medico curante, a causa della difficoltà relazionale del primo. I rapporti tra loro sono indiscrivibili nell'ambito dell'art. 2043 c.c. ma solo una certa forzatura interpretativa può spingere verso l'applicazione dell'art. 185 c.p. per i danni dell'assistito nei confronti di terzi, in capo allo psichiatra. Se si guarda alla fattispecie dell'omicidio colposo (ex. art. 589 c.p.), sì come novellata dalla L.296 dell'11 maggio 1966 e dal decreto Balduzzi circa la colpa professionale, si ci convincerà ben presto della difficile legittimazione del rinvio a giudizio dello psichiatra toscano. In realtà la perimetrazione della colpa medica penalmente rilevante è ancora *in fieri*. Per lungo tempo è rimasta circoscritta alla violazione delle più elementari regole cautelari, risultando punibile il solo errore inescusabile, avente scaturigine nel difetto della benché minima cognizione. Alla responsabilità professionale vengono così applicate in via estensiva, le norme civilistiche in tema di professioni intellettuali (art. 1176 e 2236 c.c.), sul punto è però, intervenuta la Corte costituzionale³³ che, con sentenza 28 novembre 1973 n.166 ha chiarito che «la disciplina in tema di responsabilità penale non prescinde dal criterio stabilito dall'art. 2236 c.c. per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi problemi tecnici di particolare difficoltà, giacché ciò è il riflesso del principio sistematico dettato da due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rapresaglie del cliente (del paziente) nell'ipotesi di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli iniziative del professionista stesso». La Consulta specifica in tale intervento la matrice meramente professionale della colpa. Nel tentativo di definire i limiti della

³³ R. GAROFOLI, *I compendi superiori*, Nel diritto editore, III ed. 2015-2016, 399.

colpa del professionista, interviene più volte la Suprema Corte³⁴, secondo la quale «l'inadeguamento o il mancato adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina di per se la colpa dello stesso». Il quadro generale è verso la correttezza di scelte terapeutiche, che non costituiscono da sole il pieno rispetto delle linee guida, poiché valide indicazioni riferite al caso astratto. Né si può dimenticare l'importanza del decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158 convertito nella legge 8 novembre 2012 n.189) in tema di responsabilità medica. In particolare l'art. 3, comma 1, del citato decreto così dispone: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma». L'art. 3 del decreto Balduzzi recepisce diversi orientamenti *de iure condendo*, atti alla punizione del sanitario solo qualora non vi sia rispetto dei protocolli diagnostici e terapeutici contenuti all'interno delle *guidelines*.

Combinando tra loro le diverse interpretazioni giurisprudenziali³⁵, è possibile giungere al seguente principio di diritto: la limitazione della responsabilità può operare, per le condotte professionali che siano conformi alle linee guida e alla buone pratiche, anche in caso di colpa generica, diversa dalla imperizia. Principio valente per la colpa lieve. Circa la colpa grave è necessario il rifacimento alle condizioni di difficoltà, i c.d. fattori contestuali, che divengono parametro di misurazione oggettiva del grado di responsabilità. In sostanza, le ragioni di contesto/emergenza passano dal piano soggettivo a quello oggettivo. E' innegabile che vi siano condizioni in cui, necessaria la tempestività dell'intervento, si affievolisce la rilevanza della diligenza. Il riferimento alle raccomandazioni e alle

³⁴ Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2012, n.35922.

³⁵Tra i vari orientamenti giurisprudenziali meritano attenzione in rispetto alla materia *propter quid*:

Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493 che, in rapporto all'art. 3 del decreto suindicato, limita la responsabilità penale del medico alla colpa grave allorchè egli si sia attenuto a linee guida e protocolli nei confronti della sola imperizia. Il *novum* categoriale introdotto dall'art. 3 nella lettura della Corte concerne, indi, la necessaria corrispondenza delle linee guida alle regole della migliore scienza medica. Applicate a garanzia del paziente e delle sua salute, correttamente dal sanitario, ne escludono la responsabilità penale. Corte cost. 6 dicembre 2013, n. 16237 rafforzante il principio della limitazione di responsabilità solo in rapporto all'addebito di imperizia. Pronunciatasi sull'inammissibilità del ricorso proposto dal Tribunale di Milano circa l'art. 3 d.l. 158/12 (il giudice riteneva la norma *ad professionem* tracciando un area riservata di punibilità), la Consulta ribadisce la valenza delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, valutando nella norma censurata le sole regole di perizia. Cass. pen., sez. IV, 15 aprile 2014, n. 22281 chiarisce il concetto di "colpa grave": "*deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, come definito dalle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, tenuto conto della necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia e alle specifiche condizioni del paziente*". Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283 con la quale, i giudici segnano le distanze dall'orientamento precedente della colpa lieve per le sole condotte mediche connotate da imperizia, inserendole nella più vasta gamma della colpa generica. L'organo monofilattico, riconoscendo rilevanza alla divergenza della condotta tenuta e quella che doveva essere, declinate attraverso la valutazione complessiva delle "specifiche condizioni dell'agente", il "grado di specializzazione", "le situazioni ambientali", "l'accuratezza del gesto clinico"; e sebbene ribadisca la nozione di colpa grave contenuta nella pronuncia n.22281/14, specifica: "*quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non siano in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia.*" La Suprema Corte evidenziando l'importanza del sapere scientifico, ha rimarcato sia la necessità che le direttive terapeutiche rispondano a standards precostituiti, sia che la loro osservanza costituisca uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente. Coerentemente alla cornice legale di riferimento, posto che l'art. 3 L.189/2012 non contiene alcun richiamo al canone della perizia, né alla particolarità del caso clinico, è demandato al giudice lo statuto della gradazione della colpa. La raccomandazione professione, deve così trovare mitigazione nella condotta attesa.

pratiche mediche risulta insufficiente, non essendovi un elenco tassativo, né un sistema di perimetrazione della legittimità dell'arbitrio del giudicante. Sembra risolvere la questione l'introduzione, a mezzo del d.d.l. Gelli, recante "Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario", del nuovo art. 590 *ter*, disciplinante la responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario, ai sensi del quale l' esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagioni a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita sarà chiamato a rispondere dei reati di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, solo in caso di colpa grave, con esplicita esclusione di quest'ultima allorquando, fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto, siano rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida, così come definite e pubblicate nel disegno di legge. Non rimane più alcun dubbio, circa la vicenda pistoiese. Il riferimento al caso concreto, potrebbe esulare da quanto valutato sino ad ora solo se si riuscisse a dimostrare l'imperizia del medico curante.

Ma, lo si è chiarito nel momento di indagine precedente, la scienza psichiatrica reca seco un margine di indeterminatezza inevitabile. L'applicazione dei protocolli, la somministrazione dei farmaci, le procedure riabilitative sono assoggettate al *quid* indefinibile della reazione personale. Nel caso *sub species*, la semi-infermità mentale ben identifica la condizione personale del reo e la difficoltà della piena identificazione per il sanitario. Il paziente psichico *de quo*, pluriomicida, non ha piena contezza di sé e delle sue azioni. Ha capacità d'intendere e di autodeterminarsi, ma i suoi processi volitivi risultano menomati dalla patologia psichica. Sì come, non riesce ad avvertire la pressione coattiva della pena e la sua funzione riabilitativa. Né può essere dimenticata l'apertura della Suprema Corte in tema di disturbi della personalità. Difatti, con sent. n. 9163 del 2005, le Sezioni Unite hanno avuto modo di precisare come anche i disturbi della personalità possano rientrare nel concetto di infermità, purché sussista un nesso eziologico con la condotta criminosa.

Il pubblico ministero compie uno sforzo ulteriore: la responsabilità penale addebitata allo psichiatra non è verso l'assistito, ma verso il terzo danneggiato. Lo psichiatra è reo dell'omicidio commesso dall'assistito, poiché non ha deciso la cura opportuna, atta ad evitare la realizzazione dell'intento criminale. Sembra una forzatura piuttosto ardita! E ciò non solo per la difficoltà terapeutica e per la valutazione di tutti i risvolti, impossibile in psichiatria, né solo alla luce di quanto valutato in precedenza sul valore e i limiti della responsabilità penale del professionista; ma, per un principio acclarato nel nostro ordinamento e nei profili d'indagine: la personalizzazione del reato. La rilevanza dell'elemento psicologico dell'agente³⁶ si realizza anche in rapporto agli interessi tutelati. Il disvalore dell'atto necessita della relazione con l'etica del risultato e dell'intenzione. Il rapporto tra fatto e autore, orienta all'esterno l'azione dell'agente: quanto compiuto ha un eminente funzione sociale.

Bettiol, nel suo "Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore", pone attenzione sulla mentalità e sul consapevole atteggiamento del reo. Il diritto penale dell'atteggiamento interiore ha, secondo il Nostro *acquisito un diritto di presenza dogmatica nella penalistica scientifica accanto ad un diritto penale dell'evento, ad uno della volontà e ad uno sintomatico del diritto positivo criminologico.*

Rispetto al diritto penale dell'evento, il diritto dell'atteggiamento interiore si caratterizza per l'attenzione all'eticità. Sebbene non perda di rilevanza il bene giuridico, questa dottrina valuta la

³⁶ C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, IV ed., Torino, 2013.

condotta quale espressione della personalità morale. E' evidente la distanza dalla concezione organico-statale, e la rilevanza destinata alla volizione e finalità. Il codice Rocco è disseminato di queste ipotesi: aggravanti o attenuanti imperniate sui motivi dell'agire, la disciplina della recidiva come colpevolezza più intensa e l'intero art. 133 c.p. in merito alla gradazione della pena. La rilevanza di questi assunti è decisamente più pregnante nel rifacimento al diritto *de iure condendo*: è ivi che la sensibilità del giudicante permette di dare maggior risalto alla personalità del reo rispetto alla natura lesiva del bene tutelato. Nella vicenda toscana, l'atteggiamento interiore del medico è chiaramente scevro dell'intenzionalità delittuosa, né lo si può accusare di imperizia avendo seguito linee guida di chiara valenza scientifica. Alla luce di tali considerazioni non è condivisibile l'accusa di correttezza.

Sul piano interpretativo, si auspica che sia applicabile estensivamente il contenuto del decreto Balduzzi a tutte le specializzazioni mediche, riservando particolare attenzione all'esperto di patologie psichiche che inibiscono la relazione tra medico e paziente; sul piano normativo, si auspica che si produca un elenco chiaro delle *guidelines*, scongiurando così il rischio della indeterminatezza della colpa professionale.

La tutela delle aree marine protette e la tensione tra istanze legalitarie e scelte politico-criminali

MASSIMILIANO FRADDANNO

ABSTRACT

The report concerns the question about the constitutionality of the criminal provisions on the protection of sea reserves, contained in the law statute n.394/1991. Some of those provisions conflict with the harm principle and their application by the judges leads to an excessive extension of criminal liability.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'indeterminatezza della condotta di ancoraggio in area marina protetta. – 3. L'affievolimento dei principi nella prassi.

1. Ormai acquisita la rilevanza costituzionale dell'ambiente¹, e dunque la possibilità² che esso assurga a legittimo oggetto di tutela ad opera del legislatore ordinario, sovente possono essere sollevate riserve in rapporto alle tecniche di redazione delle fattispecie in materia. Un esempio emblematico, in proposito, appare quello dell'art. 19 l. n. 394/1991³, per la tutela delle aree marine protette.

¹ Com'è noto, si deve al celebre lavoro di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 7 ss., la prima compiuta elaborazione di una definizione costituzionalmente orientata del bene giuridico. Secondo tale elaborazione – che assume la Costituzione a parametro di riferimento nella selezione dei fatti punibili – i soli “valor(i) costituzionalmente rilevanti(i)” (*op. cit.*, pp. 15-16) possono essere legittimamente tutelati mediante la sanzione penale. In particolare, per quanto qui più rileva, va osservato che l'ambiente trova “riconoscimento implicito” nella Legge fondamentale e, dunque, può rappresentare un legittimo oggetto di tutela anche rimanendo fedeli ad una teoria che circoscrive l'intervento penale a tutela di un novero ristretto, costituzionalmente fondato, di beni legittimamente tutelabili. Il criterio della rilevanza costituzionale, difatti, se “correttamente inteso” (*cf.* F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano 1984, 126; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 53-54) garantisce sufficiente selettività e pratica utilità. Pertanto è possibile individuare beni non espressamente menzionati dalla Costituzione, come l'ambiente, che possono considerarsi di rilievo costituzionale, in virtù di un «rapporto di logica presupposizione», senza incorrere nel deprecabile risultato di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario la scelta dei beni penalmente tutelabili (v., in tal senso, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *AA.VV.*, *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1998, p. 150 e nota n. 77). Si deve pure ricordare che, come autorevole dottrina osserva, “in linea di principio l'approccio costituzionale presenta una virtù essenziale: con esso si batte la strada della funzione critica, ma si resta nel contempo sul terreno del diritto positivo e dunque vincolante. E ciò a differenza di ogni altra impostazione, che o non aveva di fatto finalità critica... o non ha in definitiva portata critica rilevante... o possiede sì finalità e rilevanza critiche, ma è fondata su basi metagiuridiche non recepite nell'ordinamento giuridico, e perciò è inefficace e non vincolante” (F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p. 153).

² Secondo la dottrina prevalente, il necessario aggancio alla Costituzione non comporta alcun obbligo, per il legislatore, di incriminare fatti offensivi di un bene giuridico costituzionale; da parametro di legittimazione negativa, quel valore non può divenire criterio fondante una precisa soluzione normativa. Esso, infatti, “è rivolto a qualcosa di negativo, alla limitazione del diritto penale” (W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 108).

³ Il 3° comma dell'art. 19 l. n. 394/1991 così recita: «Nelle aree protette marine sono vietate le attività che possono compromettere la tutela delle caratteristiche dell'ambiente oggetto della protezione e delle finalità istitutive dell'area. In particolare sono vietati:

La lettura delle disposizioni in questione lascia subito emergere la disattenzione per le esigenze garantistiche sottese a diversi principi fondamentali di un ordinamento da stato sociale di diritto, quale quello delineato dalla nostra Carta fondamentale.

Appare evidente, infatti, in primo luogo, la tensione con l'idea secondo cui non possa darsi reato in assenza di un comportamento che effettivamente leda o ponga in pericolo il bene giuridico tutelato. Invero, il principio di offensività, una volta assunto a principio di rango costituzionale⁴, dovrebbe condurre, coerentemente, all'accettazione delle necessarie implicazioni⁵: in particolare, all'impossibilità di anticipare la tutela alla soglia della pericolosità presunta⁶.

Non sembra che possa condividersi l'idea secondo cui la natura superindividuale di alcuni beni⁷, come l'ambiente, imporrebbe il ricorso alla categoria dei reati di pericolo astratto o presunto, potendo essi essere lesi solo attraverso una serie di condotte cumulative.

Basti ricordare che, come viene autorevolmente osservato, la punizione di condotte in sé inoffensive si risolve in una strumentalizzazione dell'individuo: la sanzione finisce per servire da monito affinché altri cittadini si astengano dal tenere condotte indesiderate, quindi al fine di prevenire condotte altrui,

a) la cattura, la raccolta e il danneggiamento delle specie animali e vegetali, nonché l'asportazione di minerali e di reperti archeologici;

b) l'alterazione dell'ambiente geofisico e delle caratteristiche chimiche e idrobiologiche delle acque;

c) lo svolgimento di attività pubblicitarie;

d) l'introduzione di armi, esplosivi e ogni altro mezzo distruttivo e di cattura;

e) la navigazione a motore;

f) ogni forma di discarica di rifiuti solidi e liquidi».

Il comma 5 dello stesso articolo dispone: «Con decreto del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro della marina mercantile [...], è approvato un regolamento che disciplina i divieti e le eventuali deroghe in funzione del grado di protezione necessario. E l'art. 30, co. 1, della stessa legge sancisce che «chiunque viola le disposizioni di cui agli articoli 11, comma 3, e 19, comma 3, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da lire duecentomila a lire venticinquemilioni. Le pene sono raddoppiate in caso di recidiva». Inoltre, il comma 7 dispone che «le sanzioni penali previste dal comma 1 si applicano anche nel caso di violazione dei regolamenti e delle misure di salvaguardia delle riserve naturali statali».

⁴ La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere rango costituzionale al principio di offensività. V., in particolare, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 81 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.; ID., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006, p. 91 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Padova 2001, 192 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale 1, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Milano 2001, p. 449 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 173 ss.

Per un diverso ordine di idee v. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano 1982, p. 659 ss.; G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano 1984, 1700 ss.

⁵ In particolare, per le critiche mosse avverso la ritenuta possibilità di 'derogare' al principio di offensività e ad una concezione dello stesso quale mero canone ermeneutico, v. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., 156-157; ID., *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in *La riforma continua, Il riformismo giuridico dell' "era progressista"*, Tentativo di bilancio, a cura di S. MOCCIA, Napoli 2002, 244 ss.

⁶ Una stringente critica alle argomentazioni addotte dalla dottrina a supporto della legittimità dei reati di pericolo astratto è svolta da S. MOCCIA, *op. ult.cit.*, 185 ss.

⁷ Per un'ampia analisi del rapporto tra gli oggetti della tutela e le tecniche di incriminazione v., in particolare, G. FIAN-DACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Roma 1987, p. 59 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 710 ss.

in contrasto con i principi della dignità dell'uomo, della personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo della pena⁸.

Principi, questi, che, d'altro canto, risultano altresì violati dal legislatore repubblicano – pur nel contesto di un mutato rapporto tra Stato e cittadino, sancito dalla Carta fondamentale –, a causa della scarsa attenzione da esso mostrata nell'opera di tipizzazione⁹.

La determinatezza¹⁰ delle norme penali, imposta dall'art. 25 co. 2 Cost., difatti, non può tollerare l'esistenza di disposizioni come il 3° comma dell'articolo in questione¹¹ che alla descrizione analitica di specifici comportamenti vietati¹² antepone una formulazione generica (sono, infatti, vietate “tutte” «le attività che possono compromettere la tutela delle caratteristiche dell'ambiente oggetto della protezione e delle finalità istitutive dell'area») capace di aprire al soggettivismo dell'interprete, attribuendogli un ruolo esasperatamente creativo¹³.

Che una norma indeterminata finisca con il demandare al potere giudiziario il compito di stabilire cosa sia consentito e cosa sia vietato è comprovato, tra l'altro, da una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione¹⁴ chiamata a decidere della rilevanza penale di una condotta di ancoraggio in area marina protetta, ‘comprensibilmente’, ma anche sbrigativamente, ritenuta integrante l'ipotesi contravvenzionale¹⁵.

⁸ V. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 173 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., 163.

⁹ Come autorevole dottrina osserva, l'irrogazione della sanzione penale nell'impossibilità di conoscere la norma a causa di una non chiara formulazione della stessa implica la strumentalizzazione dell'individuo per finalità generalpreventive: v. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, . 84.

¹⁰ Con la determinatezza (o, secondo altra terminologia, precisione) – che rappresenta una caratteristica attinente alla redazione della fattispecie penale, e impone al legislatore di procedere ad una formulazione chiara e precisa delle disposizioni legislative, sì da rendere agevolmente riconoscibile (per il cittadino e per l'interprete) il confine tra ciò che è consentito e ciò che è vietato – non va confusa la tassatività delle norme penali, che riguarda più direttamente il momento dell'applicazione, vietando il ricorso all'analogia. Pur essendo indubbio che il divieto di analogia ha una reale ragion d'essere solo in rapporto a disposizioni formulate in maniera chiara e precisa, l'autonomia dei due principi è innegabile, se è vero che, come viene osservato, “è in linea di principio possibile (e storicamente dato) che un sistema penale accolga il principio di determinatezza, ma consenta altresì l'analogia” (T. PADOVANI, *Diritto penale*, VI ed., Milano 2002, 25).

¹¹ V. *supra*, nota n. 3

¹² Per gli addebiti che vengono mossi all'adozione di una tecnica di redazione di tipo casistico v., in particolare, F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 69; T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 26-27; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 125 ss.

¹³ La rilevanza costituzionale del principio di determinatezza, è noto, non viene ricavata solo attraverso una sorta di “interpretazione interna” all'art. 25 co. 2 Cost., ponendo in evidenza la *ratio* di garanzia sottesa al disposto costituzionale (v., F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 251) e il necessario collegamento tra l'esigenza di chiarezza e precisione della legge ed il principio di irretroattività delle norme penali (v. T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 16). Difatti, oltre la ricordata (v. nota n. 9) esigenza di garantire un “apprezzabile rapporto tra ordinamento ed individuo”, la dottrina pone in evidenza, tra l'altro, che la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione essenziale affinché la norma possa fungere da guida per il comportamento dei cittadini; che essa è altresì funzionale alle esigenze di parità di trattamento imposte dall'art. 3 della Costituzione e all'osservanza dei principi di frammentarietà e sussidiarietà dell'intervento penale. In particolare, deve pure essere ricordato che il principio di determinatezza riveste un ruolo fondamentale in termini di realizzazione delle funzioni della pena (sul punto, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 124; ID., *La 'promessa non mantenuta'*, cit., . 86-87). Sulle diverse funzioni del principio di determinatezza, cfr. la ricca monografia di F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, *passim*.

¹⁴ Cass. pen. Sez. III, 23/04/2013, n. 23054.

¹⁵ La Corte, con la detta decisione, si è così espressa: «Va precisato che la condotta contestata è quella di avere ancorato e non condotto a motore il natante. Ciò posto, la L. 6 dicembre 1991, n. 394, art. 19, comma 3, vieta in generale, espressamente, nelle aree protette marine, “le attività che possono compromettere la tutela delle caratteristiche dell'ambiente

2. La contestazione della medesima condotta ha recentemente dato luogo ad un'eccezione di legittimità costituzionale sollevata innanzi al Tribunale di Napoli; questione ritenuta infondata dal giudice *a quo* in virtù di un'apodittica affermazione, di cui tra breve si dirà.

Data per scontata la rilevanza della questione, si sottolineava come la condotta di ancoraggio in area marina protetta, contestata all'imputato, non potesse essere sussunta sotto la previsione di alcuna delle condotte espressamente incriminate dal co.3 dell'art. 19 l. n. 394/1991.

Si assumeva pertanto come obbligata l'alternativa dell'assoluzione «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato» o la riconduzione del fatto contestato sotto la previsione di cui alla prima parte della detta disposizione. Ma, in tale ultima ipotesi interpretativa, altrettanto obbligata appariva l'auspicata decisione di rimettere la decisione al vaglio del giudice delle leggi, per il contrasto della norma con il principio di determinatezza¹⁶, rappresentando essa tutto fuorché una previsione precisa e tassativa, tale da rendere immediatamente percepibile quale sia la condotta vietata.

D'altro canto, si denunciava come affetto da illegittimità costituzionale anche il disposto del 5° comma dell'art. 19, che, rinviando ad una fonte subordinata (decreto del Ministro dell'ambiente) l'individuazione delle condotte punibili, si pone in contrasto con l'ulteriore corollario del principio di legalità costituito dalla riserva di legge in materia penale¹⁷, in forza del quale dev'essere la legge (e non un atto ad essa subordinato), in quanto espressione delle scelte politico-criminali compiute

oggetto della protezione e delle finalità istitutive dell'area»; subito dopo lo stesso comma vieta, in particolare, dalla lett. a) alla lett. f), alcune condotte espressamente indicate tra cui, alla lett. e), la sola "navigazione a motore". Ne consegue che, se anche, come esattamente preteso dal ricorrente, l'ormeggio del natante non rientra tra tali specifiche condotte, ciò non toglie che possa rientrare in quelle generalmente vietate di cui alla prima parte laddove si consideri l'idoneità di una tale condotta, caratterizzata, secondo quanto riconosciuto anche in ricorso, dall'ancoraggio, a comportare la compromissione della tutela di legge a fronte della natura di reato di pericolo dell'illecito in questione».

¹⁶ Principio che, seppur nell'ambito di una "scarsa sensibilità" (v. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., p. 63), non ha mancato di riscuotere fondamentali riconoscimenti ad opera della Consulta. In particolare va ricordato quanto affermato sulla scia delle sentenze nn. 96/1981 e 364/1988 (tali decisioni, aventi ad oggetto, com'è noto, rispettivamente gli artt. 603 e 5 c.p., sono consultabili rispettivamente in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss. e in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.). Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 25, co.6, d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 185/1992, affermò: «Con la sentenza n. 364 del 1988, questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c. p. nella parte in cui tale norma consentiva che fossero chiamati a rispondere penalmente anche coloro che versano in uno stato di inevitabile e quindi scusabile ignoranza della legge penale, quale quello oggettivamente determinato da assoluta oscurità del testo legislativo.

Prima ancora che costituire vincoli in ordine alla disciplina legislativa dell'*ignorantia legis*, i principi costituzionali che la Corte ha posto a base di tale sua decisione riguardano la formulazione stessa delle norme penali e concorrono a definire il contenuto del principio di determinatezza stabilito dall'art. 25, co. 2, Cost., inteso non soltanto quale garanzia contro l'arbitrio del giudice, ma anche quale presidio della libertà e della sicurezza dei cittadini. Il principio di determinatezza della norma penale, infatti, ha, tra i suoi portati, quello di imporre al legislatore l'obbligo "di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intellegibilità dei termini impiegati" (sent. n. 96 del 1981).

La essenziale funzione di garanzia della persona e della sua libertà, assolta dal principio di legalità dei reati e delle pene, implica che "nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento" (sent. n. 364 del 1988). [...] Vi sono requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale – che rappresentano anche, peraltro, requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa – in difetto dei quali la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate» (Corte Cost., sent. n. 185/1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1333 ss.).

¹⁷ Sulla *ratio* di garanzia a fondamento della riserva di legge e sulle implicazioni relative alla delimitazione delle fonti di diritto penale v., per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 38-39.

dall'organo che esprime in modo più immediato la volontà popolare, a prevedere le condotte punibili e le sanzioni applicabili.

Si sottolineava, infatti, che disposizioni come quella di cui al co. 5 dell'art. 19 costituiscono un chiaro esempio di c.d. "norma penale in bianco", essendo rimessa alla fonte subordinata (da emanarsi) l'individuazione della condotta punibile. Non si tratta, all'evidenza, di un'ipotesi di rinvio (comunemente ritenuta legittima) ad un atto non legislativo chiamato ad integrare o specificare su di un piano tecnico, in virtù di parametri legislativamente fissati, il precetto contenuto dalla legge; si è, al contrario, in presenza di una vera e propria delega in bianco rimessa all'arbitrio dell'autorità governativa¹⁸.

A tali osservazioni, il Tribunale, all'udienza del 16.12.2014, replicava affermando che la condotta contestata all'imputato era da ritenersi sussumibile sotto la previsione di cui all'art. 19, co. 3, della l.n. 394/1991, «che vieta espressamente nelle aree marine protette la navigazione a motore, attività questa che, secondo la previsione del legislatore, è astrattamente idonea a compromettere la tutela delle caratteristiche dell'ambiente oggetto della protezione. La legge, dunque, non affida ad una fonte secondaria la determinazione della condotta concretamente punibile, mentre l'individuazione delle aree marine protette è rimessa ad un atto normativo subordinato che assolve soltanto alla funzione di specificare un elemento del fatto già contemplato dalla legge che configura il reato».

La motivazione adottata dal Tribunale, invero, non appare facilmente comprensibile, a causa della confusione dei diversi problemi sollevati dalle disposizioni in questione.

Difatti, in prima battuta si legge che l'ancoraggio dovrebbe essere ricondotto sotto la previsione di cui al comma 3, lettera e), dell'art. 19 che «vieta espressamente... la navigazione a motore», così lasciando intendere che la detta fattispecie può trovare applicazione analogica, per proseguire subito dopo affermando, con quella congiunzione avente valore deduttivo, che l'individuazione della condotta punibile non è rimessa alla fonte subordinata¹⁹.

Sembra, dunque, che il giudice affermi che, poiché la disciplina da applicare al caso concreto può ricavarsi da quella disposizione che regola un caso "simile" (la navigazione a motore) ne deriva l'insussistenza di una violazione del principio della riserva di legge, "non essendo una fonte subordinata alla legge a prevedere quale sia la condotta punibile".

3. Che sia questo il pensiero che voleva essere esternato dal Tribunale sembra confermato dalla circostanza per cui il problema della qualificazione giuridica del fatto è stato affrontato facendo perno esclusivamente sull'art. 19 l. n. 394/1991. In altri termini, nell'ambito della motivazione, l'asserto per cui la legge «non affida ad una fonte secondaria la determinazione della condotta concretamente punibile» non è ricollegato in alcun modo ad una discettazione involgente una disposizione di fonte subordinata, con l'ulteriore conseguenza dell'incomprensibilità dell'affermazione per cui a quest'ultima sarebbe affidata (solo) l'individuazione delle aree marine protette.

¹⁸ Si assumeva altresì che la disposizione posta all'attenzione del Tribunale non poteva rinvenire la propria legittimazione neppure nel c.d. criterio della "sufficiente specificazione" (al quale talvolta ha fatto riferimento la giurisprudenza della Corte costituzionale che si intendeva invocare), non essendo osservati quei criteri che ne consentirebbero il salvataggio; in questo caso, infatti, la legge dello Stato non indica "con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena" (così Corte cost., sent. n. 168/1971, in *Giur. cost.*, 1971, 1774 ss), limitandosi semplicemente a rimettere la disciplina alla fonte subordinata.

¹⁹ Affermazione, questa, che appare davvero incomprensibile ove si legga il disposto del co. 5 dell'art. 19 l.n. 394/1991 che, come riportato (v. *supra* nota n. 3), sancisce: «Con decreto del Ministro dell'ambiente [...] è approvato un regolamento che disciplina i divieti e le eventuali deroghe in funzione del grado di protezione necessario».

Va, al riguardo, ricordato che il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare istitutivo della specifica area marina protetta violata, in ipotesi, dalla condotta²⁰ non si è limitato alla delimitazione della stessa, essendo intervenuto anche nella disciplina dei divieti²¹.

Dunque, se non si erra nell'interpretazione delle disposizioni oggetto di critica²², sembrerebbe doversi giungere alla conclusione che il fatto contestato all'imputato sarebbe punibile (ritenuta costituzionalmente legittima la fonte sotto il profilo della riserva di legge) ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 19, co. 5, l. 394/1991 e 5 del decreto ministeriale istitutivo dell'area marina protetta²³.

Per tale ragione, appariva doveroso denunciare l'illegittimità costituzionale (non solo il 3° ma) anche del co.5 dell'art. 19 l. n. 394/1991²⁴.

Dunque, le affermazioni del Tribunale appaiono difficilmente comprensibili; si assiste ad una confusione dei diversi problemi (che sembrerebbero) sollevati dalle disposizioni in commento; si ricorre, illegittimamente, ad un procedimento analogico, poiché l'art. 19 l. n. 394/1991 (che espressamente prevede come condotta punibile la «navigazione a motore»), evidentemente, non può fungere da parametro di giudizio del frammento di vita sottoposto alla valutazione del giudice²⁵, essendo certamente preclusa la possibilità di applicare la legge penale oltre i casi da essa espressamente previsti²⁶.

²⁰ Decreto del 27 dicembre 2007, pubblicato nella Gazz. Uff. n. 85 del 10.4.2008.

²¹ L'art. 5 dello stesso, infatti, così recita: «Nell'area marina protetta «Regno di Nettuno» non sono consentite le attività che possono alterare le caratteristiche dell'ambiente e comprometterne le finalità istitutive. In particolare, coerentemente a quanto previsto all'art. 19, comma 3, della legge 6 dicembre 1991, n. 394 e salvo quanto stabilito nel Regolamento di cui al successivo art. 6, non è consentita:

a) qualunque attività che possa costituire pericolo o turbamento delle specie vegetali e animali, ivi compresa la balneazione, le immersioni subacquee, la navigazione, l'ancoraggio, l'ormeggio, l'utilizzo di moto d'acqua o acquascooter e mezzi similari, la pratica dello sci nautico e sport acquatici similari, la pesca subacquea, l'immissione di specie alloctone e il ripopolamento attivo [...]».

²² I decreti ministeriali citati sono consultabili anche sul sito www.minambiente.it/pagina/area-marina-protetta-regno-di-nettuno.

²³ Il ricordato art. 5 del decreto istitutivo espressamente vieta anche l'ancoraggio. Condotta (nel caso di specie) non autorizzata neppure dal successivo decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare n. 88, del 10 aprile 2008 (G.U. n. 118/2008), di approvazione del regolamento recante la disciplina delle attività consentite nelle diverse zone dell'area marina protetta «Regno di Nettuno».

²⁴ Denuncia di incostituzionalità che appariva necessario sollevare pur nell'assenza di una qualsivoglia indicazione di fonti subordinate nel capo di imputazione, che faceva riferimento 'semplicemente' agli artt. 19 e 30 della l.n. 394/1991. Va, al riguardo, osservato che il giudice avrebbe potuto individuare la punibilità del fatto storico contestato nell'art. 5 del decreto istitutivo dell'area, senza incorrere in una violazione del principio di correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza *ex art. 521 c.p.p.*

²⁵ «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena»: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Harlem del 1766, a cura di F. VENTURI, Torino 1965, 15-16.

²⁶ Nell'affermare che «la fattispecie indicata in imputazione rientra nell'ipotesi *ex art. 19, 3° comma, l. 394/91...* che vieta espressamente nelle aree marine protette, la navigazione a motore...» sembra che si dimentichi che – se controversa è l'ammissibilità del procedimento analogico in relazione alle norme che escludono, estinguono o attenuano la responsabilità penale (cfr., in particolare, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, cit.*, pp. 304-305; T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 34-35) – con la costituzionalizzazione del divieto di analogia *in malam partem*, solitamente desunta dall'art. 25, commi 2 e 3, Cost., ciò che prima era un vincolo solo per l'interprete è divenuto sicuramente un vincolo anche per il legislatore. Del resto, va sottolineato che con quella determinazione non si resta certo nell'ambito di una interpretazione estensiva della legge, che consente di attribuire ai termini che la compongono il più ampio significato (v., F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 77).

La motivazione riportata, unitamente alla ricordata decisione della Suprema Corte, rappresenta senza dubbio un chiaro esempio delle ostilità che anche principi fondamentali dalle origini risalenti²⁷ incontrano nella concreta applicazione giudiziaria.

²⁷ Sulle risalenti enunciazioni del principio di legalità v., in particolare, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino 1994, 286 ss.

Una 'lettura' giurisprudenziale in materia di falsità materiale ed ideologica

ANTONIO MENNA

ABSTRACT

The false is a crime provided for and regulated by the Penal Code in the articles 476 and seq. The legal interest is the public faith.

In the first part of this paper I have discussed the different opinions on the concept of "public faith", which is only recognized by judgments of the Courts as a legal subject of these crimes, while the doctrine is uncertain and divided about it.

On the subject, some University teachers have written that these crimes offend more legal interests. Others have found evidence in the effectiveness of protected performances, the legal object of the crime and the limit to the punishment of the false.

In the second part I have analyzed the elements of differentiation between ideological or material false, concluding that the importance of the dogmatic distinction between the material and ideological false should not be overestimated: for the false in public documents, the legislator provides the same penalties treatment whatever the form in which the falsification is manifested (arts. 476 and 479 cp.). Even if it is possible to find diversification of the penal treatment (eg. Articles. 477, 480, 482, 483), it is good to avoid the risk of methodological inversions: indeed the judge must study only if the same conduct present the characteristic features of the individual facts legally typed by the law. Therefore, the previous characterization of the conduct in terms of material or ideological false can be useless.

In the third part I have analyzed the various cases of material and ideological false adding doctrinal and jurisprudential opinions.

SOMMARIO: 1. Il bene giuridico della fede pubblica. – 2. Criteri di distinzione tra falsità materiale e ideologica. – 3. Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici. – 3.1. Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative. – 3.2. Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici. – 3.3. Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o in autorizzazioni amministrative. – 3.4. Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità. – 3.5. Falsità in foglio firmato in bianco. Atto pubblico.

1. L'elemento che accomuna le diverse forme di falso è, secondo il legislatore, rappresentato dalla loro attitudine a ledere uno stesso bene giuridico: quello, appunto, della cd. fede pubblica¹.

¹ AA.VV., *Le falsità documentali*, a cura di F. RAMACCI, Padova, 2001; I. CARACCIOLI, *Reati di mendacio e valutazioni*, Milano, 1962; F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935; P. DE FELICE, *Le falsità personali*, Napoli, 1983; T. GALIANI, *La falsità in scrittura privata*, Napoli, 1970.

Benché il codice penale la utilizzi come denominazione del titolo dedicato ai delitti di falso, la fede pubblica è riconosciuta solo dalla giurisprudenza quale oggetto giuridico di questi reati, mentre la dottrina, che ne disconosce l'idoneità ad individuare un interesse specificamente tutelato, è incerta e divisa.

Sul punto, alcuni autori² hanno inteso recuperare la lesività delle condotte costruendo i reati di falso come reati plurioffensivi, che richiedono la lesione di un interesse ulteriore, oltre quello della fede pubblica.

Altri³ hanno individuato nell'efficacia probatoria delle rappresentazioni tutelate l'oggetto giuridico dei reati e il limite alla punibilità del falso.

Tuttavia, la teoria della plurioffensività, fondata sulla naturale strumentalità del falso, è insostenibile, perché i reati plurioffensivi sono caratterizzati dall'offesa ad una pluralità di interessi tipici, individuabili già nella fattispecie legale, mentre non sono predeterminabili, né riconoscibili in astratto, le finalità cui il falso può essere destinato, quale strumento di aggressione al patrimonio, all'onore, alla personalità dello Stato, ecc., fatta eccezione per casi particolari, come il falso in testamento o in titoli di credito.

Né maggior fondamento hanno le teorie processualistiche, perché l'esigenza della prova deriva da un'incertezza e si pone solo rispetto a fatti che siano oggetto di contestazione o comunque di una conoscenza problematica, richiedendo per questa ragione un accertamento oggettivo, che dia loro quella certezza, quel riconoscimento intersoggettivo che ancora non hanno. Senza incertezza e rispetto a fatti che non siano contestati, non v'è dunque esigenza di prova, ma solo di comunicazione. Il telegramma con il quale viene confermata l'accettazione di una proposta contrattuale è una comunicazione, non un mezzo di prova; assume una funzione probatoria se viene posta in discussione l'esistenza o la validità del contratto. Il riferimento alla prova come oggetto giuridico dei reati di falso rischia, così, di trascurare la funzione di comunicazione, di conoscenza non problematizzata, svolta da alcuni strumenti di rappresentazione della realtà e fondata su quell'affidamento sociale cui rinvia appunto il concetto di fede pubblica.

Perché vi sia un falso, è necessario che un enunciato sia idoneo ad assumere un significato descrittivo non corrispondente ai fatti. E poiché il significato degli enunciati e delle stesse parole dipende dall'uso che se ne fa, dalle azioni che con il parlare si compiono e dal contesto anche norma-

² F. ANTOLISEI, S. FIORE, e I. GIACONA hanno proposto una riscrittura delle falsità documentali. Si dovrebbe, in sintesi, prevedere il requisito della "fraudolenza", in modo da richiedere la prova del pericolo di danni a terze persone. I. GIACONA delinea una possibile definizione di fraudolenza: " ai fini del presente titolo e negli altri casi in cui si faccia esplicito riferimento a questa norma, la falsità è realizzata fraudolentemente quando la volontà ingannatoria si traduce in una condotta che è per un verso rilevante rispetto allo scopo fondamentale dell'atto, per altro verso pure idonea ad arrecare un danno, anche non patrimoniale, a un interesse concreto altrui, e far sì che l'agente possa ricavare un vantaggio ingiusto, anche non patrimoniale per sé o per altri ". In F. ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano, 1952, vol. I, pag. 104; S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistemica dei reati di falso*, Jovene, Napoli, 1999, pag. 48 – 50; I. GIACONA, *Appunti in tema di falso cd. consentito e di atti invalidi*, in *Foro it.*, 1993, II, 436 ss.

³ A. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958; M. ORLANDI, *Il falso digitale*, Milano, 2003; C. PATERNITI, *Manuale dei reati*, vol. III, *Delitti contro la fede pubblica. Reati societari. Reati del mercato dei valori mobiliari. Reati in materia di tributi*, Milano, 2004; F. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1964.

tivo dell'agire, ne consegue che il contesto dell'azione contribuisce a definire la funzione rappresentativa dell'enunciato. Sicché può verificarsi uno scarto tra il significato linguistico di un enunciato e quello pragmatico, quello che lo stesso enunciato manifesta nell'uso e nel contesto della comunicazione. Mentre è chiaro che quell'aspettativa sociale di conformità ai fatti in cui consiste la fede pubblica, si correla non all'astratto significato di una struttura linguistica, bensì al significato che assume in concreto un'azione comunicativa.

È possibile distinguere tra la condotta di falso e la lesione della fede pubblica, ogni qual volta si determini uno scarto tra il significato linguistico, strutturale e funzionale, di un enunciato descrittivo. Se è solo l'astratto significato letterale dell'enunciato ad offrire una falsa rappresentazione della realtà, laddove il significato assunto in concreto rispecchia i fatti, la condotta corrisponde solo apparentemente alla fattispecie tipica, perché non lede la fede pubblica.

La punibilità della condotta viene così condizionata esclusivamente alla sua idoneità ad offrire quella falsa rappresentazione della realtà, che è richiesta nella fattispecie normativa⁴.

2. Tutt'oggi si discute sugli elementi differenziali tra falso cd. ideologico e falso cd. materiale. Secondo la definizione più risalente nel tempo⁵, il falso "materiale" investirebbe la forma esteriore del documento, e sarebbe perciò riconoscibile con l'occhio attraverso segni esterni; il falso "ideologico" aggredirebbe, invece, il contenuto di veridicità di un atto materialmente integro (per cui esso non sarebbe esteriormente percepibile).

Senonché, la visibilità o riconoscibilità esterna non contraddistingue tutte le forme di falso definito "materiale" dal codice vigente.

Allo scopo di proporre un criterio distintivo più conforme alle norme vigenti, la giurisprudenza e la dottrina a tutt'oggi maggioritarie fanno leva sul duplice carattere della genuinità e veridicità del documento: precisamente, nel senso di identificare il falso "materiale" con quello che esclude la "genuinità" dell'atto; e il falso "ideologico" con quello che ne compromette, invece, la "veridicità"⁶. Secondo l'orientamento in parola, il documento è "genuino" se sussiste concordanza tra l'autore reale e l'autore apparente e se, dopo la sua definitiva formazione, non ha subito alterazioni; è "veridico" se (oltre a essere genuino in quanto compilato dall'autore apparente) attesta cose conformi al vero.

⁴ Con riferimento alla rilevanza penale del cd. "falso valutativo", le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la questione relativa alla nuova formulazione del reato di falso in bilancio, al fine di chiarire se la modifica dell'art. 2621 c.c., operata dal comma 1 dell'art. 9 l. 27 maggio 2015 n. 69, nella parte in cui, disciplinando "le false comunicazioni sociali", non ha riportato l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", abbia comportato o meno un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie. Ebbene, sul punto, secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, al quesito è stata data risposta affermativa con la seguente precisazione: "Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione", se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni". La deliberazione è stata assunta sulle conclusioni conformi del Procuratore generale.

⁵ Cfr. A. FABIANI, *Del falso ideologico*, cit., 30 ss. e ampi riferimenti ivi contenuti.

⁶ Cfr. ad es. Cass. pen., 16 marzo 1994, in *Cass. Pen.*, 1995, 2559; Cass. pen., 5 luglio 1990, in *Giust. Pen.*, 1991, II, 468; Cass. pen., 6 dicembre 1988, in *Giur. It.*, 1990, II, 125; Cass. pen., 27 aprile 1982, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 1145 con nota di M. FILIE'. Nella dottrina cfr. V. MANZINI, *Trattato*, cit., 824 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, cit., 157; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 603 ss.

Da queste premesse si fa discendere che la “non genuinità” tipica del falso materiale può manifestarsi in forma di contraffazione o di alterazione: il documento è “contraffatto” se compilato da persona diversa da quella da cui appare che provenga; è “alterato” se, pur redatto dall’autore apparente, ha subito qualche modifica (aggiunte, cancellazioni, ecc.) dopo la sua definitiva formazione.

Nell’ipotesi, invece, in cui il documento è genuino, ma contiene dichiarazioni menzognere, il falso punibile può configurarsi soltanto in forma di falsità ideologica; semperché, beninteso, l’autore del falso sia venuto meno all’obbligo giuridico di attestare o far risultare il vero⁷.

Neanche il criterio distintivo ora accennato risulta del tutto appagante.

Esso, infatti, non sempre concorda con la classificazione dei falsi operata dal codice, come del resto ammettono alcuni dei suoi sostenitori: ad es. fu lo stesso Carnelutti a richiamare l’attenzione sulla rubrica dell’art. 478 c.p., che definisce falso “materiale” il fatto del pubblico ufficiale che «supponendo esistente un atto pubblico o privato, ne simula una copia (...) ovvero rilascia una copia (...) diversa dall’originale»; ma, posto che nel caso in questione il documento deve considerarsi genuino, e la falsità ha invece ad oggetto il contenuto mendace, il legislatore sarebbe dovuto pervenire alla diversa conclusione che l’ipotesi di specie integri una tipica forma di falso ideologico⁸. Un altro esempio è fornito dall’art. 476 c.p., che configura come falsità “materiale” quella dello stesso pubblico ufficiale che “forma in tutto” un atto falso: invero un tale atto, in quanto proveniente (non già da un privato qualsiasi, bensì) dall’autore astrattamente legittimato a redigerlo (pubblico ufficiale), dovrebbe – in coerenza con le premesse dogmatiche accolte – essere definito “genuino”; ma, se così fosse, il tradizionale criterio diagnostico della “non genuinità” risulterebbe inapplicabile proprio in rapporto alla prima ipotesi di falsità “materiale” tipizzata dal legislatore.

Per superare simili aporie, dovute al vizio metodologico di continuare a sovrapporre schemi dogmatici aprioristici ai dati legislativi, non resta che tentare di ricavare la distinzione tra falso materiale e falso ideologico da una disamina non preconcepita delle norme positive⁹.

In aderenza a tale canone metodologico, la figura normativa della falsità materiale del pubblico ufficiale finisce, a ben vedere, con l’essere caratterizzata dall’assenza delle condizioni che legittimano l’uso attuale dei poteri documentali¹⁰: in altri termini, il pubblico ufficiale redige un documento mentre doveva astenersene, perché in quel momento mancavano i presupposti di un corretto esercizio della funzione documentale; l’atto è falso per il solo fatto che viene formato.

L’esame delle fattispecie incriminatrici relative al falso ideologico lascia, invece, emergere che quest’ultimo si caratterizza (non già per la mancanza di legittimazione attuale all’esercizio del potere documentale, bensì) per l’abuso dei poteri documentali che il pubblico ufficiale nella situazione data è legittimato ad esercitare¹¹: in altri termini, il pubblico ufficiale possiede il potere certificatorio, ma disattende l’obbligo di attestare cose conformi al vero.

È possibile che neppure il criterio di distinzione qui accolto si adatti perfettamente a tutti i tipi di falso disciplinati nel codice.

⁷ Per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 605 ss.

⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, cit., 156.

⁹ Cfr., di recente, anche M. FILIE’, *Ancora in tema di differenza tra falso materiale e falso ideologico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1145 ss.

¹⁰ Cfr. F. RAMACCI, *La falsità ideologica*, cit., 141 ss.

¹¹ F. RAMACCI, *La falsità ideologica*, cit., 134 ss., 183 ss.

È anche vero, tuttavia, che l'importanza della distinzione dommatica tra falsità materiale e ideologica non va sopravvalutata¹²: per le falsità in atti pubblici, che costituiscono la principale figura di falso documentale, il legislatore infatti prevede il medesimo trattamento sanzionatorio, quale che sia la forma in cui la falsificazione si manifesta (artt. 476 e 479 c.p.). Rispetto poi alle altre fattispecie, nelle quali la natura materiale o ideologica del falso comporta invece una diversificazione del regime sanzionatorio (ad es. artt. 477, 480, 482, 483 c.p.), è bene poi guardarsi dal rischio di inversioni metodologiche: l'interprete dovrà non tanto disquisire sulla previa classificazione della condotta criminosa in una delle astratte categorie di falso dommaticamente precostituite, quanto accertare se la condotta stessa presenti le note caratteristiche dei singoli fatti legalmente tipizzati. Pertanto, l'aprioristica qualificazione della condotta in termini di falsità materiale o ideologica può risultare, oltre che inutile, fuorviante.

3. Passando all'esame delle singole ipotesi di falsità materiale e ideologica, viene innanzitutto in rilievo l'art. 476 c.p. che incrimina "il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, forma, in tutto o in parte, un atto falso o altera un atto vero".

Sull'individuazione della nozione di "atto pubblico" la dottrina¹³ afferma che la definizione va desunta immediatamente dal disposto dell'art. 2699 c.c. che statuisce che "l'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da un altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli fede pubblica nel luogo dove l'atto è formato". Il successivo art. 2700, a sua volta, stabilisce che «l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento del pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti».

Alla stregua delle norme civilistiche ora richiamate, l'atto pubblico è dunque così definibile: un documento redatto, con l'osservanza delle formalità prescritte, da un pubblico ufficiale che esercita un potere di certificazione, e fidefaciente fino a querela di falso¹⁴. Questa definizione di atto pubblico soddisfa anche le esigenze del diritto penale?

In verità, un'attenta analisi della normativa penalistica suggerisce una risposta negativa. Da un lato l'art. 476 c.p., che configura il delitto di falsità materiale in atti pubblici, prevede al capoverso un aggravamento di pena per il caso che la falsità concerna «un atto o parte di un atto, che faccia fede

¹² Pongono in dubbio la stessa utilità della distinzione, tra altri, P. MIRTO, *La falsità in atti*, cit. 192 ss; A. MALINVERNI, *Teoria del falso*, cit., 325 ss.

¹³ Così A. MALINVERNI, *Documento*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 624; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1986, 676.

¹⁴ L'individuazione in concreto degli atti pubblici "fidefacienti" non risulta sempre agevole. Nella prassi applicativa si adotta in proposito un duplice criterio diagnostico: deve trattarsi di atti formati dal pubblico ufficiale sia nell'esercizio di una speciale funzione pubblica di attestazione, sia relativi a fatti compiuti dal pubblico ufficiale stesso o avvenuti in sua presenza (Cass. pen., 25 novembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 458; Cass. pen. 24 novembre 1983, *ivi*, 1985, 27). Per un'ampia casistica in proposito cfr. A. NAPPI, *I delitti contro la fede pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica F. Bricola – G. Zagrebelsky*, cit., 99 ss. Non è tuttavia ben chiaro in che cosa consista la "speciale funzione di attestazione" o "certificazione". Autorevole e recente dottrina amministrativistica sostiene che gli atti pubblici fidefacienti hanno, sul piano del diritto sostanziale, una "efficacia preclusiva", consistente nella creazione di "un obbligo di assumere come certezza l'enunciato dell'atto": cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 1018. Sulla problematica in questione nell'ambito della dottrina penalistica v. P. Mirto, *La falsità in atti*, cit., 158 ss.; A. MALINVERNI, *Teoria del falso*, cit., 111 ss.

fino a querela di falso»: posto che l'ipotesi criminosa semplice di cui al primo comma ha ad oggetto la falsificazione di atti pubblici "non fidefacienti", se ne deduce che la legge penale non considera la fidefacienza come un requisito essenziale dell'atto pubblico.

Dall'altro lato, l'art. 493 c.p. estende le norme sui falsi dei pubblici ufficiali agli "impiegati incaricati di un pubblico servizio", i quali abbiano falsificato atti relativi all'esercizio delle loro attribuzioni: il che induce, appunto, a configurare l'esistenza di atti pubblici penalmente rilevanti formati da soggetti diversi dai pubblici ufficiali in senso stretto.

Proprio tenendo conto delle indicazioni normative testè accennate, la dottrina maggioritaria¹⁵ e la giurisprudenza pressoché costante ormai da tempo convergono nel ritenere che la nozione penalistica di atto pubblico sia più ampia di quella desumibile dagli artt. 2699 ss. c.c.: mentre cioè la normativa civilistica si limita a definire il cd. atto pubblico in senso stretto, il codice penale induce a delineare una categoria di atto pubblico in senso lato, comprensiva di tutti i documenti redatti dai pubblici ufficiali o dai pubblici impiegati incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni o attribuzioni¹⁶. Fra gli atti sprovvisti di fede privilegiata e compiuti senza l'osservanza delle formalità prescritte dall'art. 2699 c.c., vengono fatti rientrare documenti compilati in vista degli scopi più diversi¹⁷ (beninteso, purchè conformi alle funzioni del pubblico ufficio o servizio)¹⁸: dalla corrispondenza scambiata per documentare attività dell'ufficio¹⁹ agli atti interni compiuti per uno scopo inerente all'esercizio di pubbliche funzioni²⁰. La casistica è assai ampia²¹, ma dai confini fluidi e incerti²². Il che non deve sorprendere, stante l'orientamento estensivo consolidatosi nella prassi e considerando che, in questa materia, predomina un diritto penale "giurisprudenziale" favorito dall'assenza di parametri legislativi sicuri e vincolanti: ma nulla garantisce che l'appello alle esigenze della prassi soddisfi esigenze politico-criminali reali, e non semplicemente opinative²³.

¹⁵ Per una posizione divergente v., tuttavia, M. SPASARI, *Fede pubblica*, cit., 9 ss.

¹⁶ Nel senso che la nozione penalistica di atto pubblico è più ampia di quella desumibile dall'art. 2699 c.c. cfr., nella giurisprudenza più recente, Cass. pen., 10 marzo 1994, in *Cass. Pen.*, 1994, 2689; Cass. pen., 9 ottobre 1987, in *Riv. Pen.*, 1989, 92; Cass. pen., 6 ottobre 1977, in *Foro it.*, 1979, II, 209; Cass. pen., 5 maggio 1976, in *Giust. pen.*, 1977, II, 258 con nota di M. ALBAMONTE. *Contra* v. l'isolata decisione Cass. pen., 13 novembre 1980, in *Giur. It.*, 1982, II, 194 e, più di recente, Cass. pen., 13 gennaio 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 538 con nota di A. SARTINARA *Falso nel registro del professore di scuola media: una svolta restrittiva nella nozione di atto pubblico da parte della Cassazione?* In proposito cfr. anche M. PILLA, *In tema di non punibilità del falso in atto pubblico*, in *Giust. Pen.*, 1997, II, 2023.

¹⁷ Cass. pen., 25 maggio 2015, n. 28723 ha ravvisato il reato di cui all'art. 476 c.p. a carico dell'imputato, che risultava avere formato falsamente un decreto apparentemente proveniente da un tribunale con relativo timbro di deposito, nonché un avviso di comunicazione di deposito di sentenza civile e una nota di trascrizione, parimenti falsi.

¹⁸ Cass. pen., 16 gennaio 2015, n. 15951 ha escluso la natura fidefaciente del libro giornale della procedura fallimentare, in quanto destinato solo a riportare le registrazioni delle singole operazioni effettuate nel corso della gestione tratte dalla documentazione ad esse inerente. Nello stesso senso, Cass. pen., 12 marzo 2015, n. 25258 ha escluso la natura fidefaciente di una perizia suppletiva redatta al fine di descrivere i nuovi o maggiori lavori ritenuti dalla P.A. realizzabili nel rispetto delle condizioni e dei limiti fissati nel codice degli appalti pubblici. In www.giustizia.it

¹⁹ Cass. pen., 6 novembre 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, 628.

²⁰ Cass. pen. 10 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 93; Cass. pen., 19 ottobre 1992, *ivi*, 1993, 1708; Cass. pen., 30 maggio 1990, *ivi*, 1992, 63; Cass. pen., 6 luglio 1984, in *Rep. Foro it.*, 1985, 1009.

²¹ Cfr. A. NAPPI, *I delitti*, cit., 99 ss.; E. VITALE, *Commento all'art. 476*, in *Commentario breve*, cit., 1067 ss.

²² Cfr., di recente, S. SOTTANI, *Contrasti giurisprudenziali sulla nozione di atto pubblico*, in *Cass. Pen.*, 1986, 259 ss.

²³ La prevalenza di orientamenti eccessivamente prasseologici nella materia del falso documentale, è inconveniente che però si registra anche in seno ad altri ordinamenti: con riferimento all'esperienza tedesco-occidentale cfr. H. J. RUDOLPHI – E. HORN – E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, Frankfurt/M, 1994, Vor 267, nn. 12-13.

Le condotte di falsità materiale descritte dall'art. 476 c.p. consistono nella "formazione totale" di un atto falso (o "contraffazione"), che consiste nel "creare completamente", sia nella forma esterna sia nell'individuazione (esempio tipico la non corrispondenza tra autore apparente e reale), un atto in cui è indicato uno "pseudo-autore" o una "pseudo-manifestazione" nei suoi caratteri distintivi, ovvero nella "formazione parziale"²⁴, che si realizza con la formazione di un atto falso per "aggiunta" di una parte o di alcuni elementi rispetto ad un documento che, per l'altra parte, è in sé, genuino e quindi non "contraffatto"²⁵.

L'alterazione non va confusa con la "correzione di errori materiali"²⁶, essa è la illecita modificazione dei requisiti relativi alla documentazione dell'atto che sia intervenuta su un documento preesistente, validamente formato al completo dei suoi elementi necessari e sufficienti. La linea di discriminazione tra "alterazione" e "contraffazione" è data proprio dalla preesistenza di un documento valido nella documentazione che fa da presupposto solo alla realizzazione della prima condotta²⁷. Nella nozione di "alterazione" rientrano anche le "cancellature, raschiature, ecc."²⁸, le quali modificano il senso di una parte di uno scritto (ad es. «abrasione di un "non», «di una parte di una cifra»)²⁹ e sono, quindi, anch'esse condotte idonee ad alterare un atto.

Sulla questione, la giurisprudenza ha ulteriormente specificato che le aggiunte successive non si identificano in mere correzioni e integrazioni che, lungi dal modificare l'elemento contenutistico dell'atto, già formalmente perfetto, sono dirette a completamento essenziale del relativo procedimento di formazione³⁰. La Cassazione, in specie, ha ritenuto non punibili le addizioni apportate, in assenza delle parti, dal notaio ad un contratto di compravendita immobiliare, che si sono tradotte nella correzione dell'errore materiale ovvero nell'espressa indicazione dell'errore medesimo che, lungi dall'alterare la genuinità dell'atto, lo abbiano confermato nella finalità probatoria del negozio voluto e concluso dalle parti³¹. La posizione della Cassazione sembra da condividere perché afferma, in sostanza, che il far perseguire un'autentica finalità probatoria all'atto pubblico, anche mediante correzione o integrazione del testo, non è fatto punibile in quanto consente di tutelare al meglio il bene giuridico consistente nella valenza probatoria del documento e nella sua spendibilità nell'attività giurisdizionale.

Nelle pronunce della giurisprudenza non si rinvengono definizioni di carattere generale sulle nozioni di contraffazione o alterazione. Ci si limita ad enunciare il principio in base al quale la locuzione "nell'esercizio delle proprie funzioni" contenuta nell'art. 476 c.p. non va interpretata in senso strettamente tecnico, ma semmai in un significato più generico di ambito delle funzioni esercitate dal

²⁴ V. MANZINI, 827.

²⁵ V. MANZINI, 827.

²⁶ Su cui A. DE MARSICO, 581; A. MALINVERNI, *La correzione di un atto pubblico e la prova del documento*, in *RIDP*, 1952, 372; A. SANTORO, *Rettificazione di errori materiali e «restituito in pristinum» di atti falsi*, in *GP*, 1953, III, 534.

²⁷ E. MEZZETTI, 290.

²⁸ Su cui V. MANZINI, 829.

²⁹ V. MANZINI, 829.

³⁰ Secondo Cass. pen., sez. V, 15/09/2015, n. 44874 nel caso di un certificato medico, il reato di falso materiale si configura ove ci sia l'alterazione del documento con l'aggiunta di una annotazione, anche qualora questa corrisponda a verità, in un momento cronologico successivo rispetto a quello della compilazione originaria (fattispecie relativa alla modifica di una certificazione medica del Pronto Soccorso) in www.giustizia.it.

³¹ Cass. pen., sez. V, 16.1.2013, n. 9840 in www.giustizia.it.

p.u., in modo tale che l'alterazione o contraffazione avvenga nell'ambito di tale esercizio e che l'atto alterato o contraffatto si inserisca, per sua stessa natura, nella competenza funzionale del p.u., essendo ininfluenza il momento nel quale l'alterazione o la contraffazione si è realizzata³².

Di notevole rilievo e di importante significato dogmatico è, viceversa, un vasto filone giurisprudenziale teso a valorizzare il principio di necessaria lesività dell'illecito nell'ambito di una categoria di reati altrimenti troppo formalizzata e rigoristicamente intesa: ci si riferisce ai profili relativi al falso grossolano, innocuo³³ ed inutile³⁴.

In tema di falso cd. "grossolano" l'orientamento pressoché costante è nel senso di dichiarare l'esclusione della punibilità per inidoneità dell'azione ai sensi dell'art. 49 c.p., allorché la falsità appaia – per così dire – evidente *ictu oculi* secondo un giudizio *ex ante* e si presenti quindi come immediatamente riconoscibile, sia cioè assoluta l'inidoneità dell'azione, ed i statuire che, secondo un giudizio questa volta *ex post*, sia verificabile che l'uso del documento non abbia sorpreso la buona fede del destinatario³⁵ ovvero che l'infedele attestazione o alterazione siano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto non esplicando effetto alcuno sulla funzione documentale³⁶.

Dottrina e giurisprudenza si trovano su posizioni piuttosto divergenti quanto alla valutazione dell'elemento soggettivo in tema di falsità in atti. Ad un atteggiamento fortemente rigoristico – proprio della giurisprudenza – e formalmente orientato ad utilizzare categorie presuntive nell'accertamento del dolo di falso, la dottrina ha opposto un secco rifiuto fondato sull'abiura di qualsiasi automatismo nella verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo che si limiti alla mera "coscienza e volontà dell'*immutatio veri*"³⁷. Tale approccio confonde la stessa coscienza e volontà della condotta con il vero e proprio elemento psicologico del delitto che va successivamente rintracciato attraverso un esame autonomo.

³² Cass. Pen., sez. V, 29.5.1992, n. 5967 in *www.giustizia.it*.

³³ Secondo Trib. pen. Di S.M.C.V., sez. I, 11/08/2014, n. 2295, in tema di falsità in atti, ricorre il cd. "falso innocuo" nei casi in cui l'infedele attestazione o alterazione siano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e non esplicano effetti sulla sua funzione documentale, non dovendo l'innocuità essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto. Analogamente, per Cass. pen., sez. V, 29/05/2013, n. 37314, in tema di falso, facendo applicazione dell'art. 49 c.p., non sono punibili né il falso "grossolano", né il "falso innocuo" (o inutile o superfluo): il primo, è il falso che, per essere macroscopicamente rilevabile, non è idoneo a trarre in inganno alcuno; il secondo, invece, è il falso che cade su un atto, o su una parte di esso, assolutamente privo di valenza probatoria. In particolare, deve ritenersi innocuo, e quindi non punibile per inidoneità dell'azione, il falso, sia ideologico che materiale, che determina un'alterazione irrilevante ai fini dell'interpretazione dell'atto, non modificandone il senso, ossia il falso che non modifica il senso dell'atto ovvero che si riveli inidoneo in concreto a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità del documento, non avendo cioè la capacità di conseguire uno scopo anti-giuridico.

³⁴ In dottrina, I. GIACONA, *Appunti in tema di falso c.d. grossolano, innocuo e inutile*, in *FI*, 1993, II, 494; S. PREZIOSI, *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in F. RAMACCI (a cura di), *Le falsità documentali*, Padova, 2001, 145.

³⁵ Cass. pen., sez. V, 21.4.2010, n. 35076; Cass. pen., sez. V, 7.10.1992, n. 90123; Cass. pen., sez. VI, 27.9.1990, n. 78912; Cass. pen., sez. V, 3.7.1989, n. 56781; Cass. pen., sez. V, 10.3.1987, n.12087; Cass. pen., sez. V, 20.11.1986, n. 80915; Cass. pen., Sez. VI, 3.10.1986, n. 34871; Cass. pen., sez. V, 17.4.1986, n. 67109; Cass. pen., sez. II, 30.1.1986, n. 14290; Cass. pen., sez. V, 29.5.1985, n. 90765; Cass. pen., sez. V, 29.4.1985, n. 76463; Cass. pen., sez. V, 26.11.1984, n. 22190; Cass. pen., sez. V, 1.2.1984, n. 30479; Cass. pen., sez. II, 27.10.1983, n. 19285; Cass. pen., sez. V, 12.1.1983, n. 28375; Cass. pen., sez. II, 29.10.1982, n. 76490 in *www.giustizia.it*.

³⁶ Cass. pen., sez. V, 26.5 – 18.11.2014, n. 47601, con riferimento al falso innocuo e al delitto di cui all'art. 483; Cass. pen., sez. III, 19.7.2011, n. 34901, in relazione all'art. 483; Cass. pen., sez. V, 21.4.2010, n. 35076 in *www.giustizia.it*.

³⁷ Già F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 141; L. Conti, *Dolo e immutatio veri nel falso in atto pubblico*, in *GI*, 1955, II, 305.

Tuttavia i correttivi che si sono trovati per superare le asfittiche motivazioni della giurisprudenza non sono andati al di là di “formule pigre”, che non hanno portato a conseguenze ulteriori le giuste osservazioni critiche mosse ai *trend* giurisprudenziali. Così se taluno³⁸ si è limitato a richiedere semplicemente una *intentio decipiendi* consistente nella volontà di cagionare l’evento, che si risolve tautologicamente nel creare un documento falso o alterare un documento vero, vale a dire “rendere possibile un inganno circa l’autore o il tenore del documento”, altri³⁹ hanno identificato il dolo nella consapevolezza di nuocere ad altri, cioè di ledere o porre in pericolo interessi all’agente non pertinenti (*animus nocendi*); con la conseguenza che il falso è escluso quando si agisca per scopi lucidi o innocui, nonché quando si ritenga erroneamente che il falso sia innocuo. Ammesso che si possa concordare con quest’ultima affermazione in quanto, per corrispondenza, se oggettivamente non costituisce reato aver realizzato un falso grossolano, innocuo o inutile, è ragionevole anche ritenere che non sia punibile l’erronea supposizione di aver commesso un falso comunque inoffensivo, in base alle regole sancite dall’art. 47 c.p., occorre richiedere una base di giudizio per la sussistenza dell’elemento psicologico nei reati di falsità meno incolore e che deformalizzi l’incriminazione anche sul piano soggettivo.

Se l’offesa coinvolge – anche a livello di raccordo coi dettami costituzionali – il pregiudizio al valore probatorio dell’atto e al suo significato socio – giuridico nella risoluzione dei rapporti normativamente rilevanti tra soggetti – siano essi giudiziali o stragiudiziali – il dolo deve consistere nella consapevolezza e volontà di ledere o porre in pericolo lo specifico valore probatorio del singolo documento oggetto di falsificazione.

Le linee di sviluppo della giurisprudenza in ordine alla valutazione del dolo nei delitti di falsità in atti seguono un percorso sempre contraddistinto da notevoli influssi formalistici tesi a ravvisare l’elemento psicologico del reato – come detto – nella mera coscienza e volontà dell’*immutatio veri*⁴⁰. In altre pronunce, invece, vi è una palese “espulsione” dell’offesa dall’oggetto del dolo allorché si afferma che nella falsità in atti “il documento è requisito oggettivo”, sicché “non è richiesto che esso rientri nella rappresentazione dell’agente”⁴¹, con la discutibile affermazione che porzioni intere dell’elemento oggettivo del reato, senza apparenti giustificazioni, non si riflettono sull’oggetto del dolo. Alcune varianti dell’indirizzo appena menzionato sostengono inoltre l’irrelevanza di un *animus decipiendi* o *nocendi*, da cui conseguirebbe la sussistenza dell’illecito anche qualora vi sia consapevolezza dell’innocuità della condotta di falsità⁴². Altri orientamenti si sono preoccupati, per lo meno, di escludere comportamenti colposi dal novero delle figure punibili di falsità in atti, richiedendo la prova rigorosa dell’esistenza di atteggiamenti volontari con precisa negazione della punibilità di condotte dovute a leggerezza o negligenza, qualora ciò sia desumibile da azioni dotate di sufficiente valore sintomatico⁴³.

³⁸ V. MANZINI, 837.

³⁹ F. ANTOLISEI, *PS*, II, 78.

⁴⁰ In tal senso, tra le tante, Cass. pen., sez. V, 3.6.2010, n. 29764; Cass. pen., sez. V, 20.11.1984, n. 8234 in *www.giustizia.it*.

⁴¹ Così, Cass. pen., sez. V, 20.3.1984, n. 2847 in *www.giustizia.it*.

⁴² Cass. pen., sez. V, 26.10.1987, n. 3289 in *www.giustizia.it*.

⁴³ Cass. pen. sez. III, 14.05.2015, n. 30862 in *www.giustizia.it*.

Più contorta nella motivazione risulta una pronuncia che sembra intrecciare la struttura del dolo con l'irrelevanza dei motivi (leciti) dell'agire, allorché si afferma che sul piano logico-giuridico non influisce la circostanza che la falsificazione sia avvenuta per perseguire un fine assolutamente lecito, perché in tal modo si dilaterrebbero troppo i confini della nozione di elemento soggettivo, comprendendovi anche la necessità della coscienza di violare la legge penale, contro lo stesso dettato dell'art. 5⁴⁴.

Per quanto riguarda il tentativo, una parte della dottrina⁴⁵ ne escludeva tradizionalmente la configurabilità nei delitti di falsità sul presupposto che, trattandosi di reati di pericolo per i quali sarebbe sufficiente ai fini della consumazione *l'editio falsi* che altrimenti potrebbe essere considerata come tentativo, gli atti prodromici alla commissione del falso non presentano alcun serio pericolo per il bene giuridico della fede pubblica. Più di recente, si è ritenuto ammissibile il tentativo, dal momento che la consumazione si realizza solo quando è portata a termine la contraffazione o alterazione giuridicamente rilevante⁴⁶. Questa seconda interpretazione è senz'altro da preferire, posto che la condotta di contraffazione o alterazione si può scomporre in più atti, di cui alcuni costituiscono solo la necessaria premessa, se pur già penalmente rilevante, di una più compiuta azione di falsificazione dell'atto.

In dottrina generalmente si ammette l'ipotesi del reato continuato nel caso di successive falsificazioni dello stesso documento, ovvero di distinte ancorché contemporanee falsificazioni, a patto che ricorrano gli estremi costitutivi indicati dalla figura di cui all'art. 81 cpv.⁴⁷; si escludeva, viceversa, la continuazione tra falso in atto pubblico e falsità in scrittura privata, trattandosi di violazione di diverse disposizioni di legge⁴⁸, esclusione oggi non più accettabile dopo la riforma del 1974.

Quanto alla possibilità di un concorso tra la truffa e il falso, la giurisprudenza lo ritiene configurabile allorché la falsificazione costituisca un artificio posto in essere per compiere la truffa stessa⁴⁹. Un diverso e più preciso approccio conclude analogamente, ma sul differente presupposto che, presentando i due delitti distinte oggettività, non sussisterebbe alcun rapporto di specialità e non sarebbe neanche configurabile l'ipotesi del reato complesso dal momento che gli elementi costitutivi della truffa sono l'artificio ed il raggio e non la falsità⁵⁰.

Infine, la dottrina prevalente ritiene l'ipotesi di cui all'art. 476, cpv., una mera circostanza aggravante, mentre risulta isolata l'opposta opinione di considerare la disposizione in argomento una figura autonoma di reato⁵¹.

⁴⁴ Cass. pen., sez. II, 29.3.1988, n. 2445 in www.giustizia.it.

⁴⁵ V. MANZINI, 836; sul punto, in passato, v. anche G. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla possibilità del tentativo punibile nella falsità in atti pubblici*, in *GP*, 1955, II, 97; più di recente A. NAPPI, 185.

⁴⁶ F. ANTOLISEI, *PS*, II, 118, che fa l'esempio di un soggetto che è sorpreso mentre con la scolorina sta per cancellare una frase di un atto notarile.

⁴⁷ V. MANZINI, 836.

⁴⁸ Così ancora V. MANZINI, *op. cit.*, 836.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. V, 27.5.1985, n. 9123 in www.giustizia.it.

⁵⁰ Orientamento molto consolidato in giurisprudenza, tra le tante v. Cass. pen., sez. V, 18.1.1984, n. 8228 in www.giustizia.it.

⁵¹ Per tutti, V. MANZINI, 841.

Stesse considerazioni valgono in ordine alla qualificazione giuridica dell'art. 476, comma 2 c.p. valutato alla stregua di una circostanza aggravante del fatto – base contenuta nel 1° comma e non di una figura autonoma di reato⁵².

3.1. L'art. 477 c.p. disciplina la falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative. Sia i certificati quanto le autorizzazioni amministrative sono documenti pubblici che, tuttavia, rispetto agli atti considerati nell'ipotesi di cui all'art. 476 c.p., presentano notevolissime peculiarità.

La nozione di certificato⁵³ non è, per l'interprete, di immediata percezione, specie per quello che riguarda la distinzione tra questi e l'atto pubblico⁵⁴. Sotto questo profilo, la dottrina ha chiarito come l'unico sicuro solco divisorio debba essere tracciato sul piano dell'efficacia e del contenuto che caratterizzano in modo diverso l'atto pubblico oggetto della previsione dell'art. 476 c.p. ed il certificato. In quest'ultimo, a differenza dell'altro, la funzione di documentazione si riferisce a dati già noti o, più precisamente, già acquisiti al patrimonio della pubblica amministrazione. L'oggetto materiale del reato in esame, quindi, è atto secondario a carattere non costitutivo bensì semplicemente riproduttivo: sul piano della tutela penale, il certificato viene in rilievo come realtà documentale secondaria e non primaria⁵⁵.

Per qualificare come certificato amministrativo un atto proveniente da un pubblico ufficiale devono concorrere due condizioni: a) che l'atto non attesti i risultati di un accertamento compiuto dal pubblico ufficiale redigente, ma riproduca attestazioni già documentate; b) che l'atto, pur quando riproduca informazioni desunte da altri atti già documentati, non abbia una propria distinta e autonoma efficacia giuridica, ma si limiti a riprodurre anche gli effetti dell'atto preesistente⁵⁶.

Sul punto la Cassazione ha, peraltro, affermato che, in tema di falso materiale, l'annotazione da parte dello studente sul libretto universitario del superamento con profitto – “*contra verum*”- di esami in realtà mai sostenuti, mediante falsificazione delle dichiarazioni del docente e della sua firma, non integra il delitto di falso in atto pubblico commesso da privato, ma quello di falso in certificato amministrativo: il libretto, infatti, essendo solo un prospetto riassuntivo della carriera scolastica dello studente universitario, ha natura certificativa degli esami sostenuti e dei voti riportati, in quanto, riproducendo in sintesi il verbale dell'esame, che costituisce l'atto pubblico originario e preesistente,

⁵² Cass. pen., sez. III, 25.6.1984, n. 7102 in *www.giustizia.it*.

⁵³ Malgrado l'abbondantissima letteratura amministrativistica: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1018; P. STOPPANI, *Certificazione*, in *ED*, VI, Milano, 1960, 793.

⁵⁴ Secondo Cass. pen., sez. V, 15.09.2015, n. 44879 non integra il reato di falsità materiale ex art. 477 cod. pen. la condotta di falsificazione del certificato unico dei redditi da lavoro dipendente (CUD) emesso da una ditta privata, dovendosi escludere che tale documento abbia natura pubblicistica e sia riconducibile alla nozione di certificato penalmente rilevante (in motivazione la Corte ha aggiunto che, in ogni caso, il falso in certificato presuppone la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio del soggetto da cui proviene l'atto).

⁵⁵ Per Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2015, n.10438, la fotocopia fedele del 'pass' per invalidi costituisce pienamente reato 'sempre che la copia risulti fedele all'originale'.

⁵⁶ Cass. pen., sez. II, 15.11.2011, n. 46273, che ha escluso che una lettera con cui venga assicurata l'erogazione in anticipo di una somma di denaro in conto forniture possa essere qualificata come certificato o autorizzazione amministrativa, in *www.giustizia.it*.

è un documento derivato o secondario, che contiene dichiarazioni di scienza, ossia attesta fatti e dati, note al p.u. per la loro provenienza da altri documenti ufficiali⁵⁷.

La nozione di autorizzazione sembra di più piana ricostruzione: con tale denominazione, infatti, il legislatore ha voluto ricomprendere quegli atti che determinano la rimozione di limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di diritti o facoltà.

Il fatto tipico previsto dalla disposizione in esame ripete le caratteristiche strutturali della condotta descritta dall'art. 476, alla cui analisi si rimanda. Tuttavia, il legislatore ha arricchito la fattispecie materiale incriminando pure – quale ulteriore modalità di realizzazione dell'azione criminosa – il comportamento di chi attraverso l'alterazione o la contraffazione “fa apparire” adempite le condizioni necessarie per la validità del certificato o dell'autorizzazione amministrativa. Quest'ultima ipotesi viene interpretata dalla dottrina dominante come indirizzata a comprendere tutte quelle condotte di falsificazione che incidano su elementi accessori dell'atto, come le vidimazioni o le legalizzazioni di firme⁵⁸; più precisamente, la norma avrebbe la funzione di disciplinare le ipotesi in cui nel medesimo contesto documentale siano presenti più atti, complementari e di “cornice” rispetto a quelli certificativi od autorizzatori: in virtù, infatti, della previsione in esame la falsificazione di tali atti integra la fattispecie di cui all'art. 477 c.p. e non quella, più generale, dell'art. 476 c.p.⁵⁹.

Il delitto di falsità materiale commessa dal privato in certificati od autorizzazioni amministrative si consuma con la semplice formazione del documento falso e non, come nel caso di falso in scrittura privata, con l'uso del documento falsificato⁶⁰.

In ordine ai profili generali, alle peculiari problematiche nonché all'analisi degli indirizzi giurisprudenziali si rinvia a quanto scritto *sub* art. 476 c.p.

3.2. L'esplorazione della fattispecie materiale descritta dall'art. 479 c.p. evidenzia come il legislatore abbia congegnato una disposizione a carattere elencativo⁶¹, riempita di una serie di condotte tipiche tutte caratterizzate da un comune dato strutturale, consistente nella falsa rappresentazione, da parte del pubblico ufficiale, di fatti da lui compiuti o avvenuti in sua presenza al momento della formazione o della ricezione di un atto pubblico⁶².

La formazione e la ricezione dell'atto costituiscono, a giudizio unanime della dottrina, presupposti della condotta: “il ricevere si riferisce alle dichiarazioni di volontà o alle attestazioni di verità fatte da altri al pubblico ufficiale o impiegato, e che egli deve documentare come sono esposte”; la formazione consiste invece nella “documentazione di fatti compiuti dal pubblico ufficiale o impiegato, o avvenuti in sua presenza, o di altri fatti diversi dalle dichiarazioni suddette o attestazioni altrui,

⁵⁷ Cass. pen., sez. III, 23.6.2004, n. 7735, in *www.giustizia.it*.

⁵⁸ Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1986, 854; F. ANTOLISEI, *PS*, II, 115.

⁵⁹ Così, A. NAPPI, *Falsità in atti*, in *EG*, XIV, Roma, 1989, 5.

⁶⁰ Cass. pen., sez. V, 22.9.2011, n. 47029 in *www.giustizia.it*.

⁶¹ A. NAPPI, *Falso e legge penale. Codice penale e leggi speciali*, Milano, 1999, 85.

⁶² Secondo Cass. pen., sez. V, 16-09-2015, n. 37570 ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 479 c.p., sono qualificabili come ideologicamente falsi le delibere di adozione dei bilanci di un'Asl, a nulla rilevando l'inidoneità delle relazioni a spiegare efficacia nei confronti del pubblico, atteso che anche gli atti c.d. per uso interno, rappresentando tappe di un iter amministrativo, possono incidere sotto il profilo probatorio sull'attività espletata dalla p.a.

e comprende tanto il caso in cui l'atto sia scritto materialmente dal pubblico ufficiale o impiegato, quanto quello in cui sia materialmente scritto da altri, ma firmato o altrimenti individuato da lui”⁶³.

Come accennato, il legislatore scolpisce una serie di ipotesi, tutte comunque poggianti sul comune denominatore della falsa documentazione operata dal pubblico agente.

La prima (*attestazione falsa di fatti compiuti o avvenuti in sua presenza*) segnala la necessità del requisito della presenza del pubblico agente al momento della verifica dei fatti documentati: appare senz'altro condivisibile l'orientamento secondo il quale tale requisito debba essere inteso in senso lato, in modo da essere comprensivo di ogni ipotesi in cui l'agente abbia attestato di aver direttamente percepito il fatto di cui si tratta⁶⁴.

La seconda ipotesi appare agevolmente comprensibile: essa, infatti, incrimina l'attestazione dell'agente di aver ricevuto dichiarazioni in realtà a lui non rese; correttamente, è stato sottolineato come l'atto in cui figura la falsa attestazione non è destinato a provare la verità delle dichiarazioni contenute “di guisa che è indifferente che il loro contenuto sia in se stesso vero o falso, quando tali dichiarazioni non siano state fatte”⁶⁵.

Maggiori difficoltà desta, invece, la terza ipotesi dell'art. 479 c.p.; i profili problematici più rilevanti, peraltro, non attengono alla falsità per alterazione, che consiste nel documentare la dichiarazione in modo difforme dal suo contenuto, quanto piuttosto l'ipotesi di omissione.

Questa figura criminosa – forse più delle altre – impegna l'interprete a rifuggire da letture formalistiche del dettato normativo: nel caso di omissione l'area di significanza penale è raccolta entro il perimetro disegnato dalla rilevanza probatoria dell'atto comunicativo, secondo quanto espressamente richiesto dall'art. 479 c.p., che, non a caso, parla di fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità⁶⁶. In altre parole, l'informazione è insufficiente e, quindi, integra il reato in esame nella forma omissiva, quando incida negativamente, sotto il profilo della completezza narrativa, sulla funzione probatoria del documento⁶⁷.

L'art. 479 c.p. chiosa punendo il pubblico agente⁶⁸ che “comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità”. Una comune opinione dottrinale vede in tale ultima disposizione una sorta di “valvola di sicurezza” predisposta dal legislatore affinché “nulla possa sfuggire all'applicazione dell'art. 479”⁶⁹. Per altra autorevole dottrina⁷⁰ l'uso dell'avverbio “comunque”

⁶³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1986, 870.

⁶⁴ V. MANZINI, 872.

⁶⁵ V. MANZINI, 872.

⁶⁶ Sul punto F.M. IACOVIELLO, *Il falso ideologico per omissione*, in *Cass. pen.*, 1996, 807.

⁶⁷ In tal senso, di recente, Cass. pen., sez. V, 22.6.2013, n. 35104, secondo cui integra il reato o la compilazione con indicazioni non veritiere di una scheda di dimissione ospedaliera; Cass. pen., sez. V, 1.12.2011 – 30.3.2012, n. 12132, secondo cui commette il reato il medico ospedaliero che abbia ommesso di attestare in sede di cartella clinica che l'intervento chirurgico ivi descritto e subito dalla paziente non era avvenuto in ospedale, ma nella abitazione di quest'ultima; Cass. pen., sez. V, 17.5.2005 n. 5003, in cui si è precisato che è sussistente il reato di falsità ideologica ai sensi dell'art. 479 nel caso di un medico che, nel descrivere la cartella clinica l'intervento di amniocentesi, aveva ommesso di menzionare l'effettuazione di un primo prelievo risultato ematico, in *www.giustizia.it*.

⁶⁸ Secondo Cass. pen., sez. V, 02.12.2015, n. 9542, non è possibile attribuire al professionista incaricato della relazione di fattibilità del piano concordatario la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, circostanza che impedisce di configurare a suo carico il reato di falso ideologico.

⁶⁹ V. MANZINI, 876; analogamente I. CARACCIOLI, *Reati di mendacio e valutazioni*, Milano, 1962, 27.

⁷⁰ A. NAPPI, 261.

sembra deporre a favore della tesi della natura meramente esemplificativa dell'elencazione precedente.

Circa l'elemento soggettivo la dottrina⁷¹ sottolinea ormai da tempo l'esigenza di arricchire i contenuti del dolo di falsità e, insieme, la necessità che l'accertamento dell'elemento soggettivo si liberi da quegli schemi presuntivi in cui risulta spesso imbrigliato, soprattutto nella prassi giurisprudenziale.

In questa sede sembra necessario ribadire la necessità che l'elemento soggettivo si traduca nella consapevolezza e volontà di ledere o porre in pericolo lo specifico valore probatorio che l'ordinamento ricollega al documento in cui riposa la falsa attestazione; mentre non pare sufficiente esigere dall'agente la volontà di incidere sul significato di comunicazione di un asserto enunciativo e descrittivo⁷². Salvo qualche isolata posizione⁷³, l'indagine giurisprudenziale relativa ai contenuti del dolo resta ancorata ad impostazioni tradizionali e alquanto riduttive: comune e pressoché incontrastata è l'opinione secondo cui l'elemento soggettivo della falsità ideologica consiste nella coscienza e volontà di immutare il vero mediante la falsa rappresentazione della realtà⁷⁴, viceversa nessuna significativa rilevanza viene accordata alla coscienza dell'offesa: anzi, tale profilo, nella maggior parte delle decisioni del tutto pretermesso, viene in alcune pronunce considerato irrilevante in base al ragionamento secondo cui l'elemento soggettivo del reato non richiede la consapevolezza della illiceità ed antigiusuridicità del fatto⁷⁵.

Del pari è radicato l'avviso che non sia necessario alcun *animus nocendi* o *decipiendi*, in quanto la falsità può essere compiuta senza l'intenzione di nuocere, e addirittura potrebbe realizzarsi anche qualora fosse accompagnata dalla convinzione di non produrre alcun risultato, essendo sufficiente la coscienza e volontà della mera *immutatio veri*⁷⁶. In questo solco si attestano pure decisioni che non escludono la compatibilità del dolo generico, come nell'art. 476 c.p., con un atteggiamento di leggerezza: sicché l'elemento soggettivo sarebbe sussistente anche nel caso in cui il pubblico ufficiale attesti positivamente dei fatti, in realtà inesistenti, per non aver proceduto ai necessari controlli ed accertamenti⁷⁷.

Quest'ordine di idee, ampiamente maggioritario, è talvolta contraddetto da posizioni apertamente contrarie: si vedano alcune sentenze della Cassazione che esplicitamente escludono l'eventualità che il dolo possa ritenersi implicito nella materialità della condotta; al contrario, l'elemento soggettivo deve essere sempre rigorosamente provato onde evitare che il percorso di accertamento del dolo si riduca alla constatazione – del tutto apodittica – che “*dolus inest in re ipsa*”⁷⁸. Ai fini della

⁷¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, Volume I, Zannichelli, 2008; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2008.

⁷² Così, invece, A. NAPPI, 161.

⁷³ F. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1966, 111; M. SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milano, 1962, 33;

⁷⁴ Tra le molte pronunce v. Cass. pen., sez. V, 9.7.2014, n. 41172; Cass. pen., sez. V, 21.5.2013, n. 35548; Cass. pen., sez. V, 3.4.1984, n. 3801; Cass. pen., sez. V, 21.4.1983, n. 1044; Cass. pen., sez. V, 10.12.1982, n. 2556 in www.giustizia.it.

⁷⁵ Cass. pen., sez. V, 16.6.1983, n. 6610 in www.giustizia.it.

⁷⁶ Cass. pen., sez. VI, 24.5.1988, n. 2305; Cass. pen., sez. V, 4.10.1983, n. 1123 in www.giustizia.it.

⁷⁷ Cass. pen., sez. V, 28.2.1983, n. 8822 in www.giustizia.it.

⁷⁸ In questo senso, Cass. pen., sez. V, 16.12.1986, n. 6639 in www.giustizia.it.

configurabilità dell'elemento soggettivo del reato, il giudice di merito deve attentamente vagliare se la condotta di infedeltà sia determinata da consapevole intenzione di rendere una falsa rappresentazione della realtà oppure sia il risultato di imperizia e di colposa incapacità professionale⁷⁹. Sulla esigenza che il dolo sia rigorosamente provato, dovendosi escludere il reato quando risulti che il falso deriva da una semplice leggerezza ovvero da una negligenza dell'agente, poiché il sistema vigente non incrimina il falso documentale colposo⁸⁰.

Il delitto in esame si consuma al momento in cui la documentazione si chiude, divenendo formalmente perfetta⁸¹. La configurabilità del tentativo è decisamente esclusa; il falso ideologico è, secondo la classica definizione, reato "*unico actu perficitur*", sicché prima che l'atto sia formato, la dichiarazione mendace non è in alcun modo idonea a offendere il bene protetto⁸².

Unanimemente la giurisprudenza esclude la configurabilità del tentativo nel reato *de quo* e di conseguenza gli atti interiori alla cd. *editio falsi* non hanno rilevanza giuridica e non possono avere incidenza sulla pubblica fede. In altri termini, i comportamenti che precedono la formazione dell'atto pubblico non integrano ipotesi di falso punibile. Sicché, quando autore della falsità è lo stesso soggetto che deve formare l'atto, non c'è falso punibile fino a quando l'atto rimane nella disponibilità dell'agente che può apportarvi modificazioni o aggiunte e può anche rinunciare a compierlo⁸³.

La circostanza aggravante speciale prevista dall'art. 476, 2° co. c.p., si applica anche al falso ideologico incriminato all'art. 479 c.p. Mentre viene pacificamente esclusa l'applicabilità dell'aggravante speciale prevista dall'art. 61, n. 9, essendo già assorbita dal reato-base. Del pari non sono ritenute applicabili le circostanze previste dall'art. 61, n. 7 e dall'art. 62, n. 4, perché i reati di falsità in atti pubblici – tra cui rientra anche quello previsto dall'art. 479 c.p. – offendono esclusivamente il bene giuridico della fede pubblica⁸⁴.

Quanto infine al concorso di reati, in relazione ai rapporti con il reato di abuso d'ufficio previsto dall'art. 323 c.p., la giurisprudenza ha affermato, in un primo tempo, nell'ipotesi in cui l'abuso venga realizzato attraverso un falso in atto pubblico, la configurazione del solo reato previsto dall'art. 479 c.p., stante la maggiore gravità di quest'ultimo e, inoltre, la clausola di riserva contenuta nell'art. 323 c.p.⁸⁵; successivamente ha configurato il concorso materiale tra il reato di falso ideologico in atto pubblico e quello di abuso d'ufficio⁸⁶.

⁷⁹ Cass. pen., sez. V, 12.7.2011, n. 32856 in www.giustizia.it.

⁸⁰ Cass. pen., sez. III, 14.5.2015, n. 30862 in www.giustizia.it.

⁸¹ V. MANZINI, 877.

⁸² Tra gli altri A. CRISTIANI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Digesto pen.*, V, Torino, 1991, 194; A. MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, in *RIDP*, 1955, 477.

⁸³ Cass. pen., sez. V, 22.10.1992, n. 8547; *contra* C., Sez. VI, 13.2.1995, n. 9129 in www.giustizia.it.

⁸⁴ Cass. pen., sez. II, 14.2.1989, n. 1201 in www.giustizia.it.

⁸⁵ Cass. pen., sez. II, 11.10.2012, n. 1417 in www.giustizia.it.

⁸⁶ Cass. pen., sez. II, 11.12.2013, n. 4671; Cass. pen., sez. II, 4.2.2014, n. 5546; Cass. pen., sez. II, 11/12/2013, n. 5546 in www.giustizia.it, che ribadisce l'orientamento secondo cui sussiste il concorso materiale e non l'assorbimento tra il reato di falso ideologico in atto pubblico e quello di abuso d'ufficio, in quanto offendono beni giuridici distinti; il primo, infatti, mira a garantire la genuinità degli atti pubblici, il secondo tutela l'imparzialità e il buon andamento della p.a.. Pertanto, mentre tra gli stessi ben può sussistere nesso teleologico (in quanto il falso può essere consumato per commettere il delitto di cui all'art. 323 c.p.), la condotta dell'abuso d'ufficio certamente non si esaurisce in quella del delitto di falso in atto pubblico né coincide con essa.

I rapporti tra il delitto di falsità previsto dall'art. 479 e la truffa (art. 640) sono tracciati dalla giurisprudenza con sicurezza: un avviso ormai consolidato sottolinea come tra i due illeciti non sussista alcun rapporto di specialità – stante la diversa oggettività giuridica – né sia configurabile un'ipotesi di reato complesso – poiché elemento costitutivo tipizzato dalla truffa consiste nell'artificio o raggiro e non nel falso – sicché, quando il falso sia utilizzato come raggiro, si realizza un concorso tra i due reati⁸⁷.

La presenza in numerose leggi speciali di fattispecie di mendacio dà vita ad ipotesi di concorso apparente di norme che la giurisprudenza, in virtù dell'art. 15, risolve a favore della disposizione incriminatrice speciale. Così – ad esempio – deve ritenersi configurabile il solo reato speciale contemplato dalla L. n. 475/1925 e non quello in esame nell'ipotesi di presentazione da parte di un candidato in un pubblico concorso di un elaborato altrui, presentato come proprio⁸⁸. La condotta del pubblico ufficiale che autentichi falsamente le sottoscrizioni di elettori di una lista di candidati integra il delitto previsto dall'art. 90, 2° comma D.P.R. n. 570/1960, nel testo modificato dalla L. n. 61 /2004 e non quello di cui all'art. 479⁸⁹.

La presentazione di una falsa dichiarazione di legalizzazione del lavoro irregolare con un cittadino extracomunitario integra il reato di cui all'art. 1 D.L. n. 195 / 2002 (conv. in l. n. 222/2002), che non resta assorbito ma concorre con il delitto di falso ideologico in atto pubblico commesso per indurre la p.a. a rilasciare falsi permessi di soggiorno fondati sulla ricorrenza di presupposti non conformi al vero⁹⁰.

3.3. Il legislatore all'art. 480 descrive un fatto tipico che – nonostante le evidenti analogie con il reato di falso ideologico previsto dall'art. 479 c.p. – presenta tuttavia tratti differenziali e peculiari. Certamente il nucleo strutturale della condotta ripete le caratteristiche fondamentali del falso ideologico di cui all'art. 479 c.p.: sicché, il fatto tipico consiste – almeno in prima approssimazione – nella falsa rappresentazione di atti o fatti – già appartenenti alla competenza e alle conoscenze della P.A. – riversata dall'agente pubblico in un certificato; ovvero nella falsa documentazione di dati pertinenti ad un'autorizzazione amministrativa⁹¹. Con riguardo all'ipotesi di falso ideologico in certificato, la natura riproduttiva e secondaria dell'atto finisce per collocare la condotta criminosa in un momento logico – cronologico successivo a quello cui si riferisce il fatto descritto dall'art. 479 c.p.: mentre quest'ultimo riguarda un'attività originaria – vale a dire: riferita a dati inediti per la p.a. – il delitto di cui all'art. 480 c.p. concerne operazioni meramente riproduttive di elementi o conoscenze già acquisite in precedenza attraverso l'attestazione rilevante per l'art. 479 c.p.⁹².

⁸⁷ Cass pen., sez. V, 3.4.1984, n. 3697 in *www.giustizia.it*.

⁸⁸ Cass. pen., sez. V, 2.12.1980, n. 2916 in *www.giustizia.it*.

⁸⁹ Cass. pen., sez. V, 12.3.2014, n. 14342 in *www.giustizia.it*.

⁹⁰ Cass. pen., sez. V, 22.4.2014, n. 45504 in *www.giustizia.it*.

⁹¹ Così la letteratura manualistica: si veda F. ANTOLISEI, *PS*, II, 122; le medesime conclusioni si rinvergono già in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1986, 881, il quale sottolinea come i “ fatti “ cui fa riferimento l'art. 480 comprendano non solo “... i fatti in senso proprio, ma anche le circostanze reali e le condizioni o qualità personali che abbiano giuridica rilevanza “.

⁹² Sul punto F. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1966, 97.

Inoltre, sotto il profilo più propriamente normativo, il carattere secondario del certificato ridimensiona l'intensità del disvalore di evento, giustificando la scelta sanzionatoria più mite. L'immissione, infatti, di contenuti falsi in un documento meramente riproduttivo pregiudica in misura minore l'integrità della prova e del traffico giuridico, che sono comunque salvaguardati dalla sopravvivenza di un documento primario rappresentativo dei medesimi contenuti del certificato.

Intenta soprattutto a tracciare una distinzione efficace tra atto pubblico e i documenti menzionati nell'art. 480 c.p., la giurisprudenza – nella ricostruzione del fatto tipico – non va generalmente oltre la considerazione del suo profilo naturalistico che viene strettamente correlato alla condotta descritta dall'art. 479 c.p. Così commette il reato in esame il funzionario dell'ufficio di collocamento che attribuisca, sul nulla-osta per l'avviamento al lavoro, una falsa qualifica all'aspirante lavoratore⁹³. Così come costituisce falso in certificazione l'attestazione fatta dal sindaco circa la mancata annotazione di determinati eventi nei registri del Comune⁹⁴.

Per l'elemento soggettivo si veda quanto descritto sub artt. 476 e 479 c.p.

Circa le circostanze la giurisprudenza ha chiarito la piena compatibilità del reato in esame con la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 9 anche nella forma colposa⁹⁵.

Per quanto riguarda il concorso di reati, si è affermato in giurisprudenza il concorso del reato in questione con quello di truffa aggravata nell'ipotesi dell'acquisto – da parte del medico e del farmacista convenzionato – di farmaci destinati ad un familiare attraverso false prescrizioni mediche rilasciate dal primo in bianco con l'indicazione di altri pazienti e completate dal secondo con l'indicazione del farmaco e la conseguente spedizione a carico del servizio sanitario nazionale⁹⁶.

3.4. Le maggiori difficoltà interpretative in ordine all'art. 481 c.p. riguardano proprio la natura del documento su cui incide la condotta falsificatrice. Nonostante l'omogeneità terminologica – visto che il legislatore spende la nozione di “certificato” per indicare l'oggetto materiale dell'art. 480 c.p. come del reato in esame – la diversa qualifica rivestita dal soggetto attivo – e conseguentemente i diversi poteri che le sono connessi – hanno reso dubbia la legittimità dell'inserzione del “certificato” di cui all'art. 481 c.p. nel catalogo dei documenti pubblici, al pari degli atti considerati dagli articoli precedenti (a titolo esemplificativo, artt. 479 e 480)⁹⁷.

⁹³ Cass. pen., sez. II, 8.11.1990, n. 9802 in *www.giustizia.it*.

⁹⁴ Nel caso di specie, l'avvenuta annotazione della pubblicazione e restituzione della copia di una sentenza civile dichiarativa della decadenza di un consigliere comunale: Cass. pen., sez. V, 22.10.1996, n. 2233 in *www.giustizia.it*.

⁹⁵ Cass. pen., sez. I, 13.1.1993, n. 7698 in *www.giustizia.it*.; il caso di specie riguardava false attestazioni in certificati di analisi delle acque erogate da alcuni acquedotti, realizzate da chimici alle dipendenze di una Usl.

⁹⁶ G.I.P. P. Udine 23.11.1994 in *www.giustizia.it*.

⁹⁷ Secondo Cass. penale, sez. V, 10/06/2014, n. 32046 In tema di falsità in atti, il certificato di esecuzione dei lavori (CEL) rilasciato da committenti privati e funzionale a far conseguire al destinatario la qualificazione s.o.a. per l'esecuzione di appalti pubblici costituisce certificato emesso da soggetto esercente un servizio di pubblica necessità e non atto pubblico, sicché la sua falsificazione assume rilievo penale esclusivamente nei limiti di cui all'art. 481 c.p., e cioè solo nel caso di falso ideologico, e non anche nel caso di falsità materiale, non essendo l'art. 481 c.p. richiamato dall'art. 482 c.p. (In motivazione, la Corte ha evidenziato che la regolamentazione del CeL ad opera di norme di diritto pubblico non ha rilievo dirimente ai fini dell'individuazione della natura dell'atto, poiché la legge, nel disciplinare la procedura di qualificazione degli appaltatori di lavori pubblici, ha specificamente indicato quali attività della sequenza procedimentale possono considerarsi espressione dell'esercizio di funzioni di natura pubblicistica).

In effetti, non sono mancate voci autorevoli che – proprio facendo leva sulla diversa qualifica dell'agente – hanno ritenuto che i certificati menzionati dalla disposizione debbano considerarsi alla stregua dei documenti privati, da cui, tuttavia, si distinguono per il maggior credito di cui tali atti godono per il fatto di provenire da soggetti qualificati esercenti a titolo di *munus publicum* attività proprie della P.A.⁹⁸. Altra dottrina – rilevando come il certificato proveniente dall'esercente un servizio di pubblica necessità è pur sempre destinato a spiegare efficacia probatoria – sostiene invece il carattere pubblico dell'atto in esame⁹⁹.

Qui pare – in realtà – necessario ridimensionare il problema, la cui soluzione in effetti non ha ricadute sistematiche e dogmatiche di notevole rilievo. Conta – a ben vedere – non tanto l'iscrizione formale del certificato in questa o in quella categoria, quanto piuttosto l'individuazione di quei criteri che contribuiscano a distinguere – sia sul piano del contenuto, che sul piano dell'efficacia – il certificato menzionato dall'art. 481 dagli altri atti considerati nel sistema delle falsità documentali.

Sotto questo profilo è stato messo esattamente in rilievo come a contraddistinguere il certificato quale oggetto materiale del reato in esame stia il carattere riproduttivo e la destinazione probatoria, per così dire, “secondaria” e “ausiliaria”. Le attestazioni – in altri termini – delle quali l'atto è destinato a provare la verità concernono “le conclusioni cui l'esercente un servizio di pubblica necessità è pervenuto alla fine dell'attività tipica della quale il privato è destinato a servirsi”; sicchè, sul piano dell'efficacia probatoria, il certificato “serve a rendere più agevole la prova di un fatto che non ha bisogno del certificato per essere rilevante”¹⁰⁰.

Le letture giurisprudenziali non sono, invece, governate da esigenze definitorie e sistematiche analoghe a quelle della dottrina. Piuttosto, la giurisprudenza offre un panorama variegato caratterizzato da alcune fondamentali qualificazioni, collegate alle più frequenti evenienze pratiche. Si è così sostenuto che le planimetrie presentate a supporto della richiesta di certificati o autorizzazioni e redatte dall'esercente una professione necessitante una speciale abilitazione dello Stato hanno natura di certificato, poiché assolvono alla funzione di dare all'autorità competente un'esatta rappresentazione circa lo stato dei luoghi¹⁰¹. La giurisprudenza ha pure qualificato come certificato ai sensi dell'art. 481 c.p. il certificato di assistenza al parto di cui all'art. 18, R.D. n. 2128/1936¹⁰². E' stato inoltre affermato che i sanitari che rilasciano certificati di idoneità psico-fisica alla guida non rivestono la qualifica di pubblici ufficiali; pertanto tali certificati non si inquadrano nella categoria degli atti pubblici, ma in quella dei certificati redatti da persone esercenti un servizio di pubblica necessità¹⁰³; rientrano nella previsione di cui all'art. 481 c.p. i certificati medici provenienti da una struttura sanitaria privata¹⁰⁴. Certificato, ai sensi dell'art. 481 c.p., viene pure definito dalla giurisprudenza la proposta di ricovero richiesta dalla legge nel procedimento amministrativo per il ricovero coatto degli

⁹⁸ In questi termini F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, 145 che parla di documenti “quasi pubblici” analogamente V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1986, 911 il quale iscrive esplicitamente i documenti in questione nell'ambito delle scritture private; stesse posizioni in F. ANTOLISEI, *PS*, II, 133.

⁹⁹ M. SPASARI, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Milano, 1962, 33.

¹⁰⁰ F. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1966, 111.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. V, 23.4.1993, n. 5566 in *www.giustizia.it*.

¹⁰² Cass. pen., 11.10.1988, n. 2369 in *www.giustizia.it*.

¹⁰³ Cass. pen., 29.3.1982, n. 1183 in *www.giustizia.it*.

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. V, 27.9.2013 – 21.2.2014, n. 8378, in *www.giustizia.it*.

infermi di mente¹⁰⁵. Poiché l'attività dell'assicuratore privato, nel settore della responsabilità civile per danni da circolazione, costituisce un servizio di pubblica necessità, il certificato di assicurazione obbligatoria – ed il relativo contrassegno – rientrano anch'essi tra i documenti tutelati dall'art. 481 c.p.¹⁰⁶.

Infine, integra il reato di cui all'art. 481 c.p. la falsa attestazione, da parte di un esercente la professione legale, dell'autenticità della firma figurante in calce ad un atto di conferimento di procura speciale apparentemente proveniente dalla persona offesa di un reato, a nulla rilevando, ai fini della pretesa innocuità del falso, il fatto che, per errore, l'atto anzidetto sia stato redatto su di un modulo predisposto per l'imputato¹⁰⁷.

La condotta descritta dall'art. 481 c.p. ricalca gli specifici caratteri che fondano la tipicità del fatto descritto dall'art. 480 c.p. e – di rimando – di quello delineato dall'art. 479 c.p. Sicché, sul piano materiale, il reato consiste nella falsa rappresentazione di quei dati che il soggetto acquisisce nell'espletamento delle attività tipiche definite dalla legge come di pubblica necessità.

La legge, peraltro, non richiede che il certificato venga rilasciato ad alcuno, ma è evidente che l'atto falsificato – finché rimanga nella sfera dell'agente non venga utilizzato dal destinatario per lo svolgimento di una determinata attività giuridica – non è in grado di sprigionare alcuna capacità lesiva nei confronti del bene tutelato: come è stato osservato il “diritto è *relatio ad homines*, e la violazione del dovere della veridicità implica necessariamente che qualcuno possa essere ingannato per effetto di tale violazione”¹⁰⁸.

La sostanziale coincidenza tra la condotta del reato *de quo* e quella degli altri falsi ideologici previsti dal codice è particolarmente evidenziata dalla giurisprudenza. Così, è stato affermato che risponde del delitto previsto dall'art. 481 c.p. il professionista che rediga relazioni grafiche non conformi al reale stato dei luoghi cui si riferisce la documentazione tecnica¹⁰⁹. Più in generale una pronuncia¹¹⁰ rileva che il reato di falsità ideologica in certificazione commesso da persone esercenti un servizio di pubblica necessità deve ritenersi sussistente quando il giudizio diagnostico espresso dal medico si fonda su fatti esplicitamente dichiarati o implicitamente contenuti nel giudizio medesimo, che siano non rispondenti al vero.

Sull'elemento soggettivo si veda quanto osservato *sub* art. 479 c.p.

Dal momento che l'esercizio di un servizio di pubblica necessità si innesta sullo svolgimento di una professione liberale, l'art. 481 c.p. prevede una circostanza aggravante, speciale e soggettiva, sussistente quante volte la condotta falsificatrice sia indotta da motivi egoistici di profitto. Trattasi – in sostanza – di dolo specifico, sicché non è necessario che il lucro sia effettivamente conseguito; a tal proposito è stato pure notato come “il lucro di cui si tratta deve consistere in un profitto economico diverso e maggiore di quello che rappresenta il compenso per la compilazione del certificato”¹¹¹.

¹⁰⁵ Cass. pen. 28.10.1983, n. 4433 in www.giustizia.it.

¹⁰⁶ Cass. pen. 26.6.1981, n. 6549; C. 2.4.1981, n. 6157, in www.giustizia.it.

¹⁰⁷ Cass. pen., Sez. V, 27.3.2007, n. 15150 in www.giustizia.it.

¹⁰⁸ V. MANZINI, *op.cit.*, 915.

¹⁰⁹ Cass. pen., sez. V, 23.4.1993, n. 8653 in www.giustizia.it.

¹¹⁰ Cass. pen. 16.2.1981, n. 3719 in www.giustizia.it.

¹¹¹ V. MANZINI, *op. cit.*, 917.

Circa il concorso di reati, in linea generale la giurisprudenza si è, assai frequentemente, trovata a risolvere ipotesi di concorso apparente tra la norma in esame e quella di cui all'art. 479 c.p.; così, costituisce falsità ideologica in atto pubblico e non in certificato amministrativo il fatto del notaio che falsamente attesti essere state apposte in sua presenza le sottoscrizioni di una scrittura privata¹¹². Integra il delitto di falso ideologico in atto pubblico e non quello di falso ideologico in certificati commesso da persone esercenti un servizio di pubblica necessità la condotta del medico che attesti falsamente di avere sottoposto a visita medica un minore prima dell'assunzione al lavoro¹¹³.

3.5. La condotta descritta dall'art. 483 c.p. concerne quelle situazioni in cui il pubblico ufficiale non ha alcuna "gestione" dei dati che, in effetti, si limita a riversare nel documento così come vengono rappresentati (anzi: attestati) dal privato.

Si potrebbe affermare che nel delitto in esame si assiste ad una scissione tra competenza formale (vale a dire: in ordine alla forma dell'atto) e competenza sostanziale (vale a dire: in ordine al contenuto dell'atto): la prima attribuita al pubblico ufficiale, la seconda al privato; con la conseguenza che proprio da tale capacità di formare il contenuto del documento conseguono, da un lato, una notevole contiguità del privato col bene giuridico tutelato (che, in un certo senso, gli viene messa a disposizione), dall'altro, inevitabilmente, l'obbligo giuridico di attestare il vero a carico del privato stesso.

A riprova di quanto detto sta, pure, la circostanza che il legislatore segna chiaramente l'area di significatività penale del comportamento, facendola coincidere con le ipotesi in cui il falso abbia giuridica rilevanza perché investe fatti dei quali il documento è destinato a provare la verità.

Riassuntivamente, può, quindi, dirsi che il delitto in esame sussiste ogniqualvolta il privato attesti al pubblico ufficiale redigente un documento preconstituito a fini probatori – e di cui il primo si serve per esercitare una qualsiasi attività giuridica –, fatti non corrispondenti al vero.

Naturalmente, il delitto in esame non è integrato da una qualsiasi attestazione proveniente dal privato, posto che la falsità ideologica di cui all'art. 483 c.p. si configura solo allorché la falsa attestazione contenuta nell'atto pubblico sia riferibile a fatti che l'attestante ha il dovere giuridico di esporre veridicamente e dei quali l'atto è destinato a provare la verità¹¹⁴. Pertanto, non si è ritenuta tipica, ai fini della fattispecie *de qua*, ad es. la condotta di colui che in sede di domanda di partecipazione ad un concorso per istruttore amministrativo indetto dal comune dichiara nel modulo prestampato fornito dalla P.A. di non avere procedimenti penali in corso, ancorché destinatario di un'iscrizione nel registro degli indagati, in quanto la formula adottata dalla P.A. "procedimento penale in corso" non consente di stabilire con esattezza se intenda riferirsi alla pendenza dell'azione penale o anche alle mere iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.¹¹⁵

Il momento consumativo del reato coincide – non già nell'atto del privato che rende la dichiarazione infedele – ma nella relativa percezione da parte del pubblico ufficiale che la trasfonde nell'atto

¹¹² Cass. pen., 25.1.1982, n. 5129 in www.giustizia.it.

¹¹³ Cass. pen., sez. V, 24.9.2012 – 15.2.2013, n. 7538, in www.giustizia.it.

¹¹⁴ Cass. pen., sez. un., 15.12.1999, n. 7302; Cass. pen., sez. V, 26.10.1998, n. 6087; Cass. pen., sez. V, 4.12.1995, n. 8492; Cass. pen., sez. V, 19.9.1992, n. 6579 in www.giustizia.it.

¹¹⁵ Cass. pen., sez. V, 4.2.2008, n. 11625, in www.giustizia.it.

pubblico¹¹⁶. Di conseguenza, non integra il reato la condotta di colui che, in sede di procedura di selezione per l'assegnazione di un responsabile amministrativo, attesti falsamente di non avere precedenti penali a suo carico, rettificando il giorno immediatamente successivo tale dichiarazione¹¹⁷.

Il reato in esame è imputato a titolo di dolo, sicché il suo elemento soggettivo consiste nella rappresentazione e volizione degli elementi costitutivi del fatto.

In particolare, il dolo è rappresentato dalla volontà cosciente e non coartata di compiere il fatto e nella consapevolezza di agire contro il dovere giuridico di dichiarare il vero¹¹⁸. Il dolo va pertanto escluso quando la falsità sia dovuta a negligenza o a una leggerezza nella condotta dell'agente¹¹⁹.

L'art. 483, cpv. contempla una circostanza aggravante speciale e oggettiva che ricorre qualora le false attestazioni riguardino atti dello stato civile; è stato correttamente sostenuto che tali falsità debbono riguardare il giorno, il luogo e l'ora della nascita o della morte di una persona, «perché le falsità relative all'identità o alle qualità della propria o dell'altrui persona rientrano nelle previsioni dell'art. 495 c.p. mentre alla soppressione e alterazione di stato provvedono gli artt. 566 e 567 c.p.»¹²⁰.

Quanto al concorso di reati¹²¹, è stato esattamente precisato che il delitto di tentata frode comunitaria e quello di falso ideologico commesso da soggetto privato in atto pubblico concorrono per la diversità del bene giuridico offeso. Il primo mira a tutelare, per approssimazione, il patrimonio dell'ente comunitario considerato dalla legge incriminatrice, mentre il secondo tende alla tutela della veridicità dei documenti redatti dai pubblici agenti secondo le dichiarazioni loro effettuate da soggetti privati¹²².

Tale fattispecie può concorrere con il delitto di calunnia (art. 368), allorché il privato che dichiara falsamente lo smarrimento di un assegno bancario accusi, nel contempo, anche implicitamente, il portatore di essersi fraudolentemente procurato il titolo¹²³.

Inoltre, la Cassazione ha ritenuto che integra il reato di cui all'art. 95 D.P.R. n. 115/2002 (t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) e non quello di cui all'art. 483 c.p., la condotta del soggetto che, nell'istanza di ammissione al gratuito patrocinio, attesti falsamente di non essere percettore di alcun reddito e di non essere intestatario di beni mobili registrati o immobili¹²⁴. Il delitto di falso ideologico di cui all'art. 483 c.p., in caso di dichiarazione sostitutiva

¹¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 16.1.2012, n. 12298; Cass. pen., sez. V, 5.2.2008, n. 10046; Cass. pen., sez. VI, 16.01.2012, n. 12298, in www.giustizia.it, che conferma l'orientamento secondo cui il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.) si consuma non nel momento in cui il privato rende la dichiarazione infedele, ma in quello della relativa percezione da parte del pubblico ufficiale che la trasfonde nell'atto pubblico.

¹¹⁷ Cass. pen., sez. V, 3.2 – 22.5.2012, n. 19325 in www.giustizia.it

¹¹⁸ Cass. pen., sez. V, 30.11.2007, n. 1070 in www.giustizia.it.

¹¹⁹ Cass. pen., sez. V, 31.5 – 23.8.2012, n. 33218, in un caso di autocertificazione di un reddito minore in una dichiarazione sostitutiva di certificazione, in www.giustizia.it.

¹²⁰ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, II, 116.

¹²¹ Secondo Trib. di Napoli, 26.01.2016, n. 1158 il reato di false indicazioni o omissioni nella dichiarazione sostitutiva di certificazione per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato è speciale rispetto al falso previsto dall'art. 483 c.p., non potendosi applicare pertanto il concorso formale di reati.

¹²² Cass. pen., sez. III, 2.10.1998, n. 1345; analogamente Cass. pen., sez. V, 30.9.1998, n. 5475 in www.giustizia.it.

¹²³ Cass. pen., sez. VI, 11.10.1996, n. 3865 in www.giustizia.it.

¹²⁴ Cass. pen., sez. V, 11.12.2007, n. 5532; Cass. pen., sez. V, 22.1.2007, n. 15139; Cass. pen., sez. V, 13.4.2006; in senso opposto, Cass. pen., sez. V, 6.3.2007, n. 13828 in www.giustizia.it.

di atto di notorietà finalizzata all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, si perfeziona nel momento e nel luogo in cui la dichiarazione sostitutiva viene presentata all'ufficio pubblico cui è destinata¹²⁵.

Infine, le Sezioni Unite hanno avuto modo di precisare che siccome il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato contiene tutti gli elementi costitutivi del reato di falsità ideologica, quest'ultimo è assorbito nel primo, e ciò anche quando la somma indebitamente percepita dal privato, non superando la soglia minima del valore economico dell'operazione, integri la mera violazione amministrativa¹²⁶.

3.5. Circa, infine, la falsità in foglio firmato in bianco, la peculiare qualifica del soggetto attivo del reato, almeno sotto il profilo del disvalore espresso dalla condotta, irrobustisce le perplessità – già rilevate – circa la collocazione delle fattispecie di abuso di foglio in bianco all'interno della classe dei delitti di falsità.

Il delitto in esame punisce il fatto del pubblico ufficiale che, abusando di un foglio firmato in bianco del quale abbia il possesso per ragioni connesse alla funzione esercitata per un titolo che comporti l'obbligo ovvero la facoltà di riempirlo, “vi scrive o fa scrivere un atto pubblico diverso da quello cui era obbligato od autorizzato”.

La fattispecie materiale descritta dall'art. 487 c.p. ripete, in sostanza, la struttura del fatto tipico previsto dall'art. 486 c.p., ora depenalizzato. La principale differenza – che giustifica l'autonoma previsione – è data anzitutto dalla qualifica del soggetto attivo che è un pubblico agente; si tratta, dunque, di un reato proprio e l'esito della condotta criminosa consiste nella formazione di un atto pubblico (ovvero di un certificato o autorizzazione amministrativa, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 480).

La posizione del soggetto attivo comporta, inoltre, la necessità che il possesso in capo all'autore del documento sia connesso – diversamente da quanto previsto dall'art. 486 – all'ufficio ricoperto; sotto questo profilo, è stato precisato che rientra nella ragione d'ufficio il possesso che tragga comunque occasione dalla funzione pubblica esercitata dall'agente¹²⁷.

Siffatta fattispecie è imputata a titolo di dolo generico; sicché la fattispecie è, sul piano psicologico, integrata dalla mera coscienza e volontà dell'agente di abusare dell'obbligo o della facoltà di riempimento, inserendo nel documento pubblico contenuti diversi da quelli cui il soggetto attivo era tenuto ovvero autorizzato.

¹²⁵ Cass. pen., sez. I, 23.5.2013, n. 26698 in *www.giustizia.it*.

¹²⁶ Cass. pen., sez. II, 24.1.2013, n. 17300; Cass. pen., sez. II, 25.10.2011, n. 40299. V. anche Cass. pen., sez. V, 26.11.2013, n. 1574; Cass. pen., sez. III, 4.4.2012, n. 17451, in *www.giustizia.it*.

¹²⁷ F. ANTOLISEI, *Abuso di foglio firmato in bianco*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 186.

ESPERIENZE

Brevi osservazioni sulla tenuità del fatto

MARIO COVELLI

ABSTRACT

Taking into account a recent ruling of the Supreme Court, this work analyzes the recent institution of the art. 131-bis c.p. In particular, three hypotheses are distinguished where it's expected the applicatio for tenuous nature of the fact.

Particularly, the judges are obliged to apply the right rule to the specific case.

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Il fatto tenue ai sensi dell'art. 131-bis c.p. – 3. La specialità dell'art. 27 D. p. R. 448/88.

1. Il Tribunale per i Minorenni di Napoli nei confronti di minorenni imputato del reato contravvenzionale di partecipazione a giochi d'azzardo (art. 720 c.p.), ritenuto il fatto tenue, ha pronunciato sentenza di non doversi procedere *ex art. 131-bis c.p.*

A nostro avviso la soluzione definitiva adottata non era consentita ai Giudici minorili, i quali hanno a disposizione l'art. 27 D.P.R. 448/88, che è norma speciale, e peraltro, sotto ogni aspetto più favorevole.

A sostegno del nostro convincimento va ricordato che la Corte di Cassazione per l'analogo istituto della particolare tenuità del fatto previsto dall'art. 34 D. Lgs. 274/2000, ha statuito che i giudici di pace non possono applicare la causa di esclusione della punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, in quanto devono far riferimento al citato art. 34, «che è norma speciale e quindi prevalente rispetto a quella dettata dal codice penale»¹.

In effetti, ad un'analisi comparativa delle due norme, appare *ictu oculi* che l'art. 27 D.P.R. 448/88 è più favorevole al minore.

2. In primo luogo l'art. 131-bis c.p. è applicabile ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni o con pena pecuniaria, viceversa, l'art. 27 D.P.R. 448/88 non conosce limiti edittali per la sua applicazione.

Esso pone a fondamento dell'applicabilità la irrilevanza del fatto; si consideri che un fatto deve ritenersi tenue anche in presenza di un danno rilevante². È pertanto evidente che la norma, più che agli effetti materiali del comportamento, prende in esame l'elemento soggettivo rappresentato dall'intensità del dolo o dal grado della colpa, la cui analisi non può però prescindere dalla immaturità tipica dei giovani.

¹ Cass. pen., V sez., n. 13093/2016.

² Ad esempio omicidio colposo in danno di persona legata alla minore autrice del reato da stretti sentimenti di amicizia – GUP TpM Perugia 21 gennaio 1999 e C. App. Sez. Minorenni di Perugia del 15 dicembre 1999, in F. PALOMBA, *Processo penale minorile*, Milano, 2001, 379.

L'art. 131-*bis* c.p., al contrario, prende a fondamento l'elemento oggettivo del reato (esiguità del danno o del pericolo) ed esclude la punibilità per particolare tenuità del fatto nel caso in cui l'offesa causata dal l'autore abbia prodotto un danno o una messa in pericolo non esigui.

In effetti, la *ratio* della norma minorile è evitare che la prosecuzione del procedimento o la definizione dello stesso pregiudichi le esigenze educative dell'imputato, laddove la *ratio* dell'art. 131-*bis* c.p. è introdurre uno strumento di decarcerizzazione per reati di minore allarme sociale, attesa la condizione delle nostre carceri.

Accertata la *ratio* delle due norme, la differente disciplina si rileva logica conseguenza delle scelte del legislatore.

3. L'art. 27 D.P.R. 448/88 richiede l'occasionalità del fatto, che secondo alcuna parte della dottrina intesa in senso psicologico, e non cronologico, non escludendosi in tal modo la definizione per irrilevanza non solo in caso di commissione di reati diversi, ma anche in caso di più violazioni in tempi diversi della medesima disposizione di legge, considerando il cedimento da parte dell'autore del reato alle pulsioni derivanti dalla immaturità giovanile.

Al contrario l'art. 131-*bis* c.p. esclude l'applicazione dell'istituto non solo nei casi di abitudine specificamente elencati nel comma 3, ma anche quando l'imputato abbia commesso più reati della stessa indole.

Va sottolineato che la disciplina introdotta non vieta la concessione di più sentenze *ex art.* 131 *bis*, ma è veramente difficile immaginare che i giudici, che appaiono piuttosto restii all'applicazione dell'istituto, possano concederlo più volte.

Proprio per disincentivare ripetute applicazioni da parte dei Giudici, l'art. 4 D.P.R. 313/2002 dispone che la sentenza pronunciata *ex art.* 131-*bis* c.p. venga iscritta nel casellario giudiziale, dove permarrà per la durata di 10 anni *ex art.* 3 co. 1 lett. f medesimo testo.

La sentenza *de qua*, necessariamente iscritta, stigmatizza il minore imputato, pregiudicandone il reinserimento sociale, laddove le sentenze rese *ex art.* 27 non vengono mai iscritte (art. 3 D.P.R. 313/2002).

In conclusione, in base alle statuizioni della Corte di Cassazione possiamo affermare che nel nostro ordinamento coesistono tre istituti, quello minorile disciplinato dall'art. 27 D.P.R. 448/88 finalizzato all'educazione del minore, l'art. 34 D. Lgs. 274/2000 finalizzato allo scopo conciliativo del rito innanzi al giudice di pace, ed il 131-*bis* c.p. che ha soltanto lo scopo deflattivo nel processo ordinario.

Dunque, è compito dei diversi giudici, chiamati a giudicare fattispecie di particolare tenuità, applicare la norma specifica a loro disposizione.

Arancia Meccanica. **Il tentativo di un'esperienza strutturalistica**

ROSSELLA GAUDINO

ABSTRACT

Beginning from the analysis of literary masterpiece A.Burgess' "A Clockwork Orange", crossing through "Plato's Allegory of Cave", is taken over the "Cura Ludovico" 's inhumanity which retributive punishment, to underline the reintegrative function that had to develop the pain.

SOMMARIO: 1. Descrizione dell'opera letteraria "Arancia meccanica" di A. Burgess. – 2. Il mito della caverna di Platone. – 3. La cura Ludovico come "pena retributiva".

1. Arancia meccanica¹, opera letteraria dello scrittore Anthony Burgess², fu pubblicata per la prima volta in Gran Bretagna nel 1962, è un romanzo politico-filosofico, raccontato in prima persona dal protagonista Alex DeLarge, ricorrendo ad una particolare forma di gergo/dialetto: il *Nadsat*³. In un tempo non definito, in una Inghilterra distopica, viveva il nostro protagonista Alex⁴ DeLarge, sedicente eccentrico ed esteta, appartenente ad una famiglia operaia, cultore della musica classica (con a cuore, in particolar modo, "il buon vecchio Ludovico Van"⁵), amante dell'"ultraviolenza", capo di una combriccola di "bravi": i *druggi*.

Lenotti trascorrevano a suon di furti, violenze, abusi sessuali «latte coi coltelli» (latte misto a sostanze mescaline che conferiva ai giovani maggiori forze psico-fisiche e li predisponeva all'utilizzo dell'ultraviolenza).

Il romanzo si apre proprio con Alex ed i suoi tre "soma" (Pete, Georgie e Bamba) seduti al *Korova Milkbar*, intenti a sorseggiare *latte coi coltelli* e pronti per una serata all'insegna dell'ultraviolenza.

«C'ero io, cioè Alex, e i miei tre soma, cioè Pete, Georgie e Bamba, Bamba perché era davvero bamba, e si stava al *Korova Milkbar* a rovellarci il cardine⁶ su come passare la serata, una sera buia fredda bastarda d'inverno, ma asciutta».

¹ Clockwork orange, in lingua originale.

² Pseudonimo di John Burgess Wilson (Manchester, 25 febbraio 1917 – Londra, 22 novembre 1993), scrittore, critico letterario e glotteta britannico, attivo anche come compositore, librettista, poeta, drammaturgo, sceneggiatore, giornalista, saggista, traduttore ed educatore. È considerato uno dei più grandi autori inglesi del Novecento.

³ Termine russo corrispondente al termine "teenager", è un gergo giovanile generico, comprendente circa duecento vocaboli, utilizzato da Alex e dalla sua banda (La cura Ludovico, G. Marrone).

⁴ Notiamo come il nome del protagonista significhi "senza legge": A □ α privativa, senza; Lex □ da latino lex, legis. Legge.

⁵ L.V. Beethoven.

⁶ Cervello, testa.

La serata ha inizio con il pestaggio di un “*bigio martino*”⁷, proveniente dalla biblioteca pubblica, per poi passare ad una rapina in un negozio all’angolo di Attle Avenue. La sequela di violenze non si interrompe, anzi, diventa più incalzante: ancora violenza su un anziano *clochard* ubriaco, per poi passare ad un brutale scontro con la banda rivale di BillyBoy.

«Fu sotto la centrale elettrica che incontrammo Billyboy e i suoi cinque soma. Dovete sapere, fratelli, che in quei giorni le squadre erano quasi tutte di quattro o cinque ragazze si chiamavano auto-squadre perché quattro era un numero comodo per un ‘automobile.[...] Billyboy era qualcosa che mi faceva venir voglia di rigettare solo a locchiargli⁸ quella grassa biffa⁹ ghignante che aveva e ci aveva sempre addosso quella sniffa di olio rancido e rifritto anche quando era vestito con le bucce¹⁰ buone come quella sera. [...]. Così si stava lì a squassare nel buio, con la vecchia Luna con gli uomini sopra che stava sorgendo e le stelle che bucavano come coltelli ansiosi di unirsi allo squassaggio. Con la mia lisca riuscì ad aprire fino in fondo la palandra di un soma di Billyboy,, pulita pulita senza nemmeno toccargli le macerie¹¹. Così nello squassaggio questo soma di Billyboy si trovò aperto come un guscio di un pisello con la pancia nuda e le povere vecchie berte in vista e allora s’imburinò parecchio, mettendosi a urlare e a gesticolare e perdendo la posizione di guardia, lasciando che il vecchio bamba entrasse con la sua catena [...] e gliela sbattesse dritta nei fari¹²[...]. Adesso era quel grassone di Billyboy che volevo [...]. E, fratelli miei, per me fu una gran soddisfazione ballargli il valzer intorno – destro due tre ,sinistro due tre – e affettargli la guanciotta destra e poi la guanciotta sinistra, così che due tendine di sangue calarono quasi simultaneamente[...]. Poi snicchiammo le sirene e capimmo che i rozzi stavano arrivando»¹³.

Momento “clou” della nottata è la «vecchia visita a sorpresa, quella era sempre una cannonata per farsi gran gufate¹⁴ e vagoni di ultraviolenza»¹⁵. I giovani si dirigono verso una villetta sul cui cancello era possibile leggere la scritta “casa mia”. Bussano alla porta, fingendo di avere bisogno di effettuare una telefonata a causa del malessere di uno di loro. Dopo qualche esitazione la donna, padrona di casa, li fece “accomodare” : e così ebbe inizio l’ennesimo episodio di violenza.

Sangue, pestaggio e violenza sessuale sono gli esiti di questa ultima “tappa”.

«Via via via, -urlai -. Il martino scrittore¹⁶ e la sua zigna non erano più tanto presenti , laceri e insanguinanti e rantolanti com’erano. Ma sarebbero vissuti¹⁷[...]. Il punto era se lasciare che i rozzi rabattassero l’auto o, dato che eravamo in vena d’odio e d’omicidio, dargli un bel trussone nelle vecchie acque per fare un grosso magnifico splash come chiusura di serata. Ci decidemmo per quest’ultima soluzione»¹⁸.

⁷ Signore anziano.

⁸ Guardargli.

⁹ Bocca.

¹⁰ Vestiti.

¹¹ Parti intime.

¹² Occhi.

¹³ A.BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., 25-26-27.

¹⁴ Risate.

¹⁵ A.BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., 29.

¹⁶ F.ALEXANDER che, come vedremo, ricopre un ruolo importante nel romanzo.

¹⁷ A.BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., 33.

¹⁸ A.BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., 36.

I ragazzi fanno ritorno ognuno nella propria abitazione, dopo esser passati nuovamente al Korova, ed è qui che Alex maltratta Bamba a causa di una improvvisazione canora di una “mammola” derisa da quest’ultimo.

Il giorno a seguire, Alex, troppo stanco per poter andare a scuola, resta a casa ericeve una delle innumerevoli visite dall’ispettore giudiziario minorile, P.R. Deltoid, che lo ammonisce di stare ben attento perché qualora avesse proseguito con ulteriori violenze e atti vandalici, ad attenderlo ci sarebbe stato il carcere.

«Se la polizia non ti ha ancora acchiappato, non vuol dire mica, come sai benissimo, che tu non abbia fatto qualcosa di brutto.[...]Pare che ieri notte siano state fatte un po’ di zozzerie. Oh, nessuno può provare niente a carico di nessuno, come al solito. Ma io ti ho voluto avvertire, piccolo Alex. dato che sono e sono sempre stato un buon tuo amico, l’unico in questa comunità di gente marcia e malata che voglia salvarti da te stesso»¹⁹.

E carcere fu: vittima di un piano progettato dai suoi soma (conseguenza del “battibecco” con Bamba all’interno del Korova, antecedente logico di quello che sarà il passaggio di status da “autore” a vittimadi reato), Alex malmena un’anziana signora(proprietaria di numerosi “rattoli”²⁰ fino a farla morire, morte di cui verrà a sapere solo quando, terminata la cura Ludovico, uscirà dal carcere).

Episodio, questo, molto importante all’interno della storia: notiamo unradicale cambiamento, Alex da “capodrugo” a vittima dei suoi drughi. E’ il primo episodio di tradimento; il secondo lo ritroveremo quando in carcere, sopraggiunto un nuovo detenuto, Alex verrà pestato fino alla morte da tutti gli occupanti della cella, i quali andranno ad additareil nostro umile narratore quale unico responsabile dello “squassaggio”.

Accecato, quindi, momentaneamente dal suo (oramai ex) soma Bamba , viene catturato dalla polizia e viene condotto in carcere, il *prista*²¹, oveviene condannatoa quattordicianni di reclusione.

«Mi trascinarono dentro questa illuminatissima cantona imbiancata a calce , e aveva una sniffa fortissima che era come un misto di vomito e gabinetti e birra e disinfettanti , tutte sniffe che venivano dalle sbarrate²² vicine.[..]. E poi un cerino capo con un mucchio di stelle sulle mestole²³ per dimostrare quanto era in alto , entrò emi locchiò [...].Io dissi :- Non dirò una sola mottata se non c’è il mio avvocato. La legge la conosco bastardi.[..]

- Benebene , ragazzi , cominciamo a fargli vedereche anche noi conosciamo la legge , ma che conoscere la legge non è tutto ...²⁴.

- la violenza genera violenza – disse il cerino capo con una ciagnotta tipo chiesa –. Ha fatto resistenza a un arresto legale».

Alex è collocato in una cella molto piccola e affollata, trascorremolto tempo a leggere la Bibbia: ama immaginare di essere l’autore di crocefissioni e di tutti gli altri atti violenti contenuti nel testo.Gli viene conferito il compito di scegliere la musica da mettere durante la celebrazione dei riti religiosi nella cappella carceraria, ove viene in stretto contatto con il cappellano, che ricopre un ruolo non

¹⁹A.BURGESS, *Arancia Meccanica*, op. cit., 50, (discorso che fa l’ispettore giudiziario Mr.Deltoid ad Alex).

²⁰ Gatti.

²¹ Prigione statale.

²² Celle.

²³ Spalle.

²⁴ A. BURGESS, *Arancia Meccanica*, op. cit., 84

poco rilevante nella storia: sarà il mezzo attraverso il quale Alex viene a conoscenza della cura Ludovico.

La situazione del nostro protagonista si aggrava nel momento in cui viene portato un altro uomo in cella: «fu proprio l'entrata di questo martino che aiutò la mia uscita dalla vecchia Prista, perché era un tipo maledettamente litigioso, con la mente così sporca e delle intenzioni così luride, che i guai scoppiarono il giorno stesso».

Dopo una notte di violenza su costui, dopo ch'egli aveva fatto profferte sessuali ad Alex, esercitata da tutti i compagni di cella, il soggetto muore e Alex viene riconosciuto quale unico responsabile di questo omicidio.

«Che sfortuna – disse il Dottore – Deve essere stato un attacco di cuore. Poi guardandoci tutti, disse: Non avreste dovuto conciarlo in questo modo. E' stata una vera sciocchezza. E Jojhon disse:

- Andiamo, dottò, mica ti sei tirato indietro quando si è trattato di mollargliene due. Poi il Gran Giudeo si voltò verso di me, dicendo:

- Alex, sei stato troppo impetuoso. Quell'ultimo calcio era ben grammo -. Io cominciai a sentirmi tutto frappè²⁵ e dissi:

Chi ha cominciato, eh? Io sono entrato solo alla fine, no? – Indicai Jojhon e dissi: E' stata una idea tua-. [...]

Traditori – dissi – Traditori e bugiardi, – perché locchiai che si ripeteva la storia di due anni prima, quando i miei cosiddetti soma mi avevano lasciato nelle granfie brutali dei cerini.[...] Quando arrivarono i satelliti e poi il Capo Satellite, e poi il Governatore in persona, tutti i miei soma di cella sciolsero volentieri la slappa per raccontare come avevo fatto a sballare quell' indegno pervertito che ora giaceva coperto di salsa sul pavimento tiposacco di stracci»²⁶.

Il giorno seguente arriva la 'salvezza' di Alex: il Ministro degli Interni è in cerca di una cavia per la *cura Ludovico* (trattamento di "redenzione" che porta alla immediata libertà). Quale "vittima", se non Alex che si era macchiato di un nuovo omicidio, si sarebbe prestata meglio a ciò?

Da qui la commutazione di pena: la pena detentiva di 14 anni (di cui il nostro protagonista arriva a scontare solo due) tramutata nella (devastante) *cura Ludovico*.

Alex viene portato in un edificio ospedaliero alle spalle del carcere, ove viene sottoposto a mille attenzioni e ben nutrito.

In cosa consiste questa cura Ludovico?

Ogni mattina ad Alex viene fatta un' iniezione ipodermica, contenente una sostanza chiamata *Ludovico*, dopodiché viene fatto 'accomodare' su una sedia a rotelle e portato in una specie di cinema con strani macchinari, ove gli viene bloccata la testa e tenute le palpebre divaricate con appositi congegni. In tal modo egli non può chiudere gli occhi. Vengono trasmessi filmati, che egli è 'costretto a vedere', con sottofondo musicale anche opere di L.V. Beethoven, aventi il medesimo contenuto delle violenze svolte da Alex nella prima parte del romanzo: torture, violenze, pestaggi, la cui visione gli provoca forti dolori corporei e nausea. Ben presto Alex capisce che tali reazioni sono dovute alla sostanza che ogni giorno gli viene iniettata: non solo non può commettere più atti malvagi, ma non

²⁵ Agitato, nervoso.

²⁶ A. BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., 106-107.

può nemmeno pensare di immaginarli, perché, grazie a questo lavaggio del cervello, ogni azione ed ogni pensiero “malvagio” gli innesca immediatamente una dolorosissima reazione fisica.

A fine trattamento (dalla durata di 15 giorni), il nostro protagonista viene sottoposto a prove per dimostrare al “mondo” di essere diventato un soggetto non più pericoloso. Portato nella sala ove sono trasmessi i film, viene sottoposto alla prova dimostrativa innanzi ad un pubblico tra cui sono presenti il capellano, il Ministro dell’Interno e lo stesso Brodsky (autore della cura Ludovico): Alex non risponde alla violenza fattagli da un omaccione, né violenta una ragazza nuda che sale sul palco per provocarlo. Per il Governo, quindi, è “guarito”; si è trovato un metodo efficiente per evitare il sovraffollamento delle carceri; per il Governo è questa la strada per preparare ad una nuova luminosa civiltà.

Messo immediatamente in libertà, prende il bus e torna a casa sua ove trova uno scenario alquanto agghiacciante: era stato “sostituito” con un grosso “martino” trentenne, al quale era stata affittata la sua camera, e viene “scacciato” dai genitori.

«Bisogna pensarci figliolo. Mica possiamo sbatter fuori Joe di punto in bianco, ti pare? Vei qui Joe ha un lavoro, un contratto di due anni [...]. Capisci figliolo, si pensava che saresti rimasto in prigione per molto tempo e quella stanza era sprecata così [...] Bene - dissi, alzandomi ancora tutto in lacrime -. Ora so come stanno le cose. Nessuno mi vuole, e nessuno mi ama. Io ho sofferto sofferto sofferto, ma tutti vogliono che continui a soffrire. [...] Magari fossi rimasto in prigione, - dissi -. Cara vecchia Prista. Ci tornerei volentieri. [...] così pistonai tipo barcollando fino alla porta e uscii, lasciandoli con la loro terribile colpa, O fratelli miei»²⁷.

Inizia così la nuova vita per il ‘rieducato’ Alex.

Cacciato di casa, subisce violenze da quelle che erano state le sue vittime, ora diventate sue carnefici: i suoi “soma”, passati a lavorare per il Governo come poliziotti lo incontrano e lo sottopongono ad un violento pestaggio. Ridotto in condizioni riprovevoli, Alex girovaga per la città fino ad arrivare nella casa dello scrittore F. Alexander. Questi era il proprietario della casa nella quale durante una notte di ultraviolenza, Alex ed i suoi bravi lo avevano violentemente percosso, facendovi irruzione e violentando sua moglie; adesso, era ridotto su una sedia a rotelle, aveva perso anche la moglie a causa delle percosse e della violenza sessuale. L’uomo – non appartenente a nessun partito, ma intenzionato a far “cadere” il Governo in carica – inizialmente non lo riconosce come l’autore di quegli atti brutali e sanguinari di quella drammatica notte; tuttavia, durante la cena, prestando ascolto al gergo utilizzato dal ragazzo che tanto gli ricordava quello di quei malvagi assassini, comprende e medita la sua feroce vendetta. Con l’aiuto degli amici di partito, decide di mostrare l’immensa malvagità del Governo in carica, chiudendo Alex in una stanza con la musica ad alto volume: la nona sinfonia (utilizzata anche da Brodsky come colonna sonora di un filmato nazista e, quindi, associata alle sensazioni dolorose della cura Ludovico). Alex, pervaso da grande senso di disgusto e da dolori, decide di farla finita: si butta giù dalla finestra.

Il giovane viene ricoverato in ospedale, ove gli fa visita il ministro dell’Interno, responsabile della sottoposizione di Alex alla Cura: la loro foto compare su tutti i giornali in prima pagina (Alex diviene di nuovo oggetto dei suoi tanto odiati mass-media). Dopo la caduta Alex era “guarito” del tutto.

²⁷A. BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., 153-161.

L'opera ha due finali alternativi:

- uno "edificante", contenuto nella versione inglese, ove il protagonista diviene un uomo responsabile²⁸, che decide di costruire una famiglia;

- un altro, contenuto nelle edizioni diffuse soprattutto negli Stati Uniti, ove quest'ultimo capitolo "edificante" è omesso ed il romanzo ha una struttura circolare: Alex dopo la cura Ludovico, ritorna alla vita di sempre.

Terremo in considerazione proprio quest'ultimo finale, per dimostrare come la pena carceraria – soprattutto se inflitta a minori – sia spesso produttiva di scarsi e devastanti risultati, pertanto, deve costituire l'*extrema ratio*.

Ancora, Alex utilizza l'espressione "Arancia Meccanica" nel momento in cui si trova nel "film-modromo dell'inferno"²⁹ per dare dimostrazione al "pubblico" di essere guarito a seguito della cura e per sottolineare la condizione in cui è stato ridotto, dice a gran voce esclama:

«Io, io, io. E io? E a me non chiedete nulla? Sono forse una specie di bestia o cane? [...]. Devo essere forse solo un'arancia meccanica?».

L'espressione "Arancia meccanica" è composta da due termini che, per quanto riguarda il campo della tattilità al quale rinviano, si pongono in contrapposizione tra loro: l'"Arancia", in qualità di frutto, espressione diretta della natura, ci rimanda a sensazioni di morbidezza, sfericità, evocaprofumi e colori forti; "Meccanica", porta il nostro pensiero immediatamente a qualcosa di duro, dalla forma non sferica ma spigolosa, a qualcosa che di certo non è frutto della natura ma è opera dell'uomo.

Così potremmo riferirci con il termine "arancia" alla prima parte del romanzo, ove Alex è autore delle proprie scelte: anche se compie azioni che possono apparire oltremodo malvagie e inspiegabili, queste sono comunque frutto della libera scelta di Alex, espressione del suo libero arbitrio:

«La bontà è qualcosa che si sceglie. Quando un uomo non può scegliere, cessa di essere un uomo»³⁰.

Cessa di essere uomo e diviene una macchina, ecco che con il termine "meccanica" possiamo far riferimento alla seconda parte del romanzo: Alex decide di sottoporsi alla cura Ludovico, spinto da immensa voglia di libertà e di ritornare a condurre la vita di prima. Si tratta, in estrema e riduttiva sintesi, di un lavaggio del cervello che lo ridurrà in un uomo che non può scegliere, lo ridurrà in un congegno meccanico, un burattino in mano alla scienza e al Governo, inibito nell'uso della violenza; "violenza" da intendersi anche come azione di difesa: ad Alex viene sottratto il diritto di difendersi!

Ritorna, poi, la figura dell'arancia con la fine del romanzo, avendo esso una forma circolare. Alex – dopo il tentativo di suicidio e la riabilitazione in ospedale – torna alla vita di prima più feroce che mai, autore di nuovo delle sue scelte.

Arancia Meccanica, quindi, come inno al libero arbitrio, alla libertà di scelta, all'essere fautore di azioni che, sebbene immorali ed illegali, sono frutto di una scelta consapevole. Con ciò non si vuole autorizzare il compimento di atti illeciti e criminosi, ma si vuole solo sottolineare l'importanza del "consenso", della volontà di autodeterminazione, della libertà di scelta del soggetto visto che una

²⁸ Vita.

²⁹ La sala ove, costretto su una sedia a rotelle e legato "subiva" la visione di filmati violenti durante la Cura Ludovico.

³⁰ A. BURGESS, *Arancia Meccanica*, op. cit., 99, frase pronunciata dal cappellano del carcere.

bontà “coatta” – come quella iniettata al nostro Alex – non è ciò che c’è di più auspicabile e che, come abbiamo potuto vedere, non produce esiti positivi.

Come abbiamo già avuto modo di accennare, ad Arancia Meccanica sono stati dati due finali diversi.

Il primo, quello diffuso principalmente negli Stati Uniti meno conosciuto, è definito “auto-riale”: questa versione dell’opera, è caratterizzata da una struttura ciclica ove Alex –all’uscita dal carcere–ritorna alla vita di prima. Ad esempio questo è il finale sul quale Kubrick si è basato per la produzione del film.

Il secondo, definito “edificante”, aggiunge un altro capitolo alla precedente versione: Alex, uscito dal carcere, tenta di riprendere la vita di una volta ma “non ci riesce”.

In questo finale troviamo un Alex stufo della vecchia vita, un Alex maturo, un Alex che desidera un bambino, una famiglia. Quasi come se il solo carcere e la cura Ludovico avessero prodotto frutti buoni.

2. In Arancia meccanica ricorre il mito della Caverna di Platone, con il quale quest’ultimo ripercorre il processo che Socrate ingiustamente subì: raggiunta la verità, egli volle farla conoscere agli uomini, ingabbiati nel mondo dell’opinione, e per questomotivo fu condannato a morte.

Gli schiavi sono vincolati alle catene delle opinioni, che la società fa passar per “buone”; la caverna rappresenta la società (volendo fare un’ipotesi pragmatica, potremmo paragonarla alla nostra televisione o, più in generale, a tutti i *mass media*): i padroni\burattinai delle grandi reti decidono cosa trasmettere e cosa no; cosa far passare per giusto e cosa far passare per ingiusto e, soprattutto, decidono cosa farci sapere e cosa no!!!); le ombre sono le “notizie, le informazioni” delle cose reali che vengono percepite (che vengono fatte percepire!) in maniera distorta, tramite il riflesso che si crea grazie al focolare acceso; lo schiavo che fugge rappresenta il sapiente, il filosofo, il ‘sovversivo’: colui che ha conosciuto la realtà, colui che l’ha guardata senza filtri, colui che ha conosciuto la (somma) verità e vorrebbe diffonderla tra gli altri con il gran rischio, però, che se tornasse in dietro nella caverna per erudire gli altri, sarebbe deriso, umiliato e in fine anche ucciso (accusato magari di essere un folle dagli occhi “guasti”). Proprio come successe a Socrate.

In Arancia Meccanica, peraltro, il Mito della caverna si riproduce invertito: dapprima abbiamo Alex fuori dalla caverna, autore e “carnefice” delle proprie scelte e azioni, in contrasto e in disaccordo con ogni tipo di *mass media* (giornali, televisione: la caverna ‘concreta’) mezzi di “distruzione\distrazione” di massa. Alex guarda la realtà così com’è, più che guardare, ne è il vero attore, seppur in termini negativi. Alex rappresenta il marcio\vero che la società, attraverso un velo, vorrebbe nascondere. Con la reclusione carceraria, il nostro Alex si avvia verso la caverna che verrà a concretizzarsi con la somministrazione della Cura Ludovico.

Il Governo (caverna astratta), primario rappresentante della società, si ‘vanta’, dapprima convincendo lo stesso Alex, il quale, spinto da immane voglia di uscire dal carcere, decide di sottoporsi alla cura e, in un secondo momento, tramite i giornali, diffonde il *verbum* tra i prigionieri cittadini, incatenati dalle informazioni diffuse dai *mass media*, di aver trovato un rimedio al sovraffollamento

delle carceri: la cura Ludovico, appunto. Un rimedio molto efficace, avente addirittura anch'ella capacità di portare il soggetto criminale ad una totale "guarigione" e distacco della violenza: dopo la cura, quest'israeliano sarà incapace di delinquere e di esercitare qualsiasi azione violenta nei confronti di terzi.

Durante la cura, Alex viene ogni giorno portato nel "filmodromo dell'inferno" (altra materializzazione della caverna), ove viene legato su di una sedia a rotelle, gli vengono posti dei divaricatori agli occhi e collegato un congegno di monitoraggio alla testa: Alex è costretto – come i prigionieri della caverna – a guardare solo innanzi a sé, filmati ultra violenti rappresentanti la vita antecedentemente condotta da Alex. Quindi, "le potenze superiori", attraverso questa cura, iniettano coattivamente il 'fallace' bene nel nostro Alex. Ma con quali conseguenze? Terminata la cura, Alex sarà incapace di reagire a qualsiasi sopruso che gli viene "offerto": Alex è privato del fondamentale diritto di difendersi. Che lo si costringa a leccar scarpe, che lo si strattoni fino a fargli uscire l'ultima goccia di sangue, Alex non reagirà.

Notiamo, quindi, come il mito di Platone sia molto attuale e come, l'opinione pubblica eserciti grossa influenza sulle menti dei cittadini-prigionieri i quali – si ritiene – dovrebbero ben riguardarsi dal "subire" passivamente i bombardamenti dei *mass media*.

Il ruolo della famiglia inerente alla tutela della vulnerabilità del minore è poco presente o quasi del tutto assente in *Arancia Meccanica*. La famiglia di Alex vive per inerzia, si disinteressa del figlio minore, finge di non sapere cosa effettivamente faccia, non garantisce un'istruzione attraverso esortazioni a frequentare assiduamente la scuola né, tantomeno, provvede in altro modo ad educarlo; una famiglia che gli si rivolge con un timore quasi reverenziale, piuttosto che con maggiore decisiività.

Il "*laissez faire*"³¹ dei genitori del nostro protagonista non conduce di certo a buoni risultati; in esso possiamo collocare una delle principali cause che hanno spinto il nostro protagonista a scelte di devianza.

«Il mattino dopo mi svegliai alle zero otto zero zero, fratelli, e dato che mi sentivo ancora sgarrettato e sbasito e fanè³² e avevo i fari appiccicati insieme da una sonnocola cinebrivido, pensai che a scuola non ci sarei andato. Pensai che sarei rimasto ancora un poco nel letto, diciamo un paio d'ore, e poi mi sarei vestito perbenino e con comodo, mi sarei fatto un buon caffè forte e cinebrivido e anche dei toast e avrei snicchiato la radio o letto la gazzetta tutto solicello. E nel pomeriggio, se ne avevo ancora voglia, avrei potuto pistonare fino alla vecchia scuola per vedere quel che combinavano in quella sede d'inutile cultura friggibuco, o fratelli. Sentì il mio papà che borbottava e scalpicciava e poi se ne pistonava alla fabbrica di tinture dove lui sgroppava, e poi mamma mi chiamò con una ciagnotta molto rispettosa come faceva sempre da quando ero diventato grande e robusto»³³.

Essendo i genitori di Alex incapaci di provvedere all'adempimento dei loro doveri genitoriali, forse si sarebbe dovuto provvedere a revocare la loro potestà genitoriale con conseguente allontanamento del figlio. Una pronta soluzione che, però, potrebbe anche rivelarsi non produttiva di effetti:

³¹ Il *laissez-faire* (letteralmente "lasciate fare" in francese) è un principio proprio del liberalismo economico, favorevole al non intervento dello Stato. Secondo questa teoria, l'azione del singolo, nella ricerca del proprio benessere, sarebbe sufficiente a garantire la prosperità economica della società. (wikipedia) e generalmente utilizzato nella lingua italiana per indicare comportamenti passivi e molto permissivi.

³² Frastornato.

³³ A. BURGESS, *Arancia Meccanica*, cit., p. 46-47.

bisogna prestare molta attenzione agli istituti in cui il minore viene collocato; istituti che spesso sono molto più “duri” delle carceri e, ove il gesto più “dolce”, è uno schiaffo alla nuca.

Nel nostro stato sociale di diritto è previsto l’istituto della *messa alla prova*, disciplinato dall’art. 28 del dpr 22 settembre 1988 n. 448; esso impedisce al minore di subire le conseguenze pregiudizievoli, che scaturiscono dal processo, concedendogli la possibilità di seguire un piano di recupero sociale al termine del quale l’esito positivo comporterà l’estinzione della pena.

Proprio in tale istituto vediamo un potenziale rimedio alla situazione di Alex: non la pena carceraria scontata e, soprattutto, la cura Ludovico hanno portato buoni frutti. Proprio la sospensione del procedimento con la messa alla prova avrebbe potuto dare al nostro Alex maggiori *chances* di reinserimento sociale, magari attraverso il perseguimento di un piano di recupero basato sullo studio della musica, da lui tanto amata, sulla lettura dei libri, sulla recitazione teatrale.

3. È evidente che la cura Ludovico, cioè, un lavaggio del cervello volto ad eliminare anche l’ultima briciola di dignità, costituisca un trattamento contrario al senso di umanità, ma lo è anche un carcere scontato a suon di botte e violenze: entrambi sono incostituzionali. In particolare, la cura Ludovico viene “sommministrata ad Alex” perché ha mal utilizzato il suo “libero arbitrio”, è colpevole di non aver agito diversamente; quindi è colpevole, di non aver tenuto condotte conformi alla legge; perciò in una logica ‘retribuzionista’ e non ‘rieducativa’, non c’è “ricompensa migliore” che privarlo, deliberatamente, del libero arbitrio.

Non a caso i “retribuzionisti” ritenevano, che bisognasse debellare, estirpare, il male dal soggetto deviante ed indirizzare la sua morale verso le giuste e buone condotte. Lo Stato, nel caso di Alex, ha individuato proprio il libero arbitrio come causa di tutte le violenze poste in essere dal ragazzo ed ha ritenuto che eliminandolo, cioè, ‘iniettandogli’ l’impossibilità di reagire, sarebbero scomparse del tutto le tendenze criminose del soggetto.

Come sappiamo, così non è stato: Alex, già in ospedale progettava quelli che sarebbero stati i suoi futuri crimini. Visti gli scarsi frutti a cui porta la teoria retributiva, essa è largamente criticata e non condivisa dal Professor Moccia il quale ritiene che essa non possa essere sostenuta per tre tipi di motivi.

In primo luogo, la pena considerata, in termini retributivi, si pone in contrasto con i principi della nostra Costituzione posti a tutela della libertà e della dignità umana (artt. 2, 3, 13, 19, 2, 27 Cost.): «la pretesa di annullare il male in senso etico con l’inflizione di una sanzione penale statutale, appare difficilmente realizzabile data l’assoluta eterogeneità delle grandezze da comparare: la colpevolezza dell’individuo che ha delinquito e la predisposizione di una misura di controllo eteronoma, comunque, obiettivamente orientata al soddisfacimento di esigenze di difesa sociale. In realtà, un tale annullamento, da intendersi, a nostro avviso, nel senso di una vera e propria espiazione autoliberatoria, quando avviene, è il risultato di un processo, tutto interiore, molto complesso, la cui maturazione è completamente indipendente dall’esecuzione di una pena statutale»³⁴.

La pena, vista in tal accezione, pecca d’irrazionalismo: la pena nell’accezione retributiva è strettamente collegata, da un punto di vista ontologico, alla natura elementare dell’essere ma, allo stesso

³⁴S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, op. cit., 85-86.

tempo, ha notevole influenza sul piano delle garanzie individuali". Ed infatti, voler retribuire il male della condotta colpevole, con il male della pena, presuppone l'accoglimento di una precisa opzione, di tipo fideistico, sulla natura dell'uomo: gli si riconosce, cioè, la possibilità di poter agire diversamente. Ma la validità di un tale riconoscimento si scontra con l'insormontabile, sul piano fenomenico, ostacolo della prova del libero arbitrio che rende, anche sotto questo profilo, non utilizzabile la teoria retributiva. [...] perché quand'anche si volesse dare per certa nell'uomo che delinque la possibilità di agire diversamente, dovrebbe essere, altresì, fornita la prova della corrispondente possibilità effettiva di comportarsi coerentemente»³⁵.

Ancora, la teoria della retribuzione, non è condivisibile per l'impatto che essa ha sul piano politico criminale: furono svolti studi approfonditi, in tale materia, negli anni Sessanta periodo in cui era 'in cantiere' una riforma del codice penale tedesco. Inizialmente tale riforma fondava le sue basi su schemi di tipo retribuzionistico, ma tale tendenza fu bloccata da alcuni studiosi che dimostrarono che «l'adozione di criteri di mera afflittività, secondo parametri retribuzionistici, risultava sterile sotto il profilo dell'orientamento individuale e criminogena sotto il profilo dell'efficacia, per la presenza di forte quote di recidivismo»³⁶.

«Il nostro ordinamento consente, dunque, che in rapporto alla funzione della pena possono essere legittimamente perseguiti gli scopi positivi della prevenzione: sul piano generale, essi sono costituiti dal rafforzamento della coscienza sociale intorno ai principi\valori fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico; sul piano individuale, dal recupero sociale, beninteso per il condannato che lo voglia e, comunque, dalla non-desocializzazione. [...]. Si ritiene che il concetto dell'integrazione sociale ricomprenda la prevenzione generale e speciale, positiva»³⁷.

Dunque, quale la soluzione, per il nostro piccolo "soma"?

Ritengo che qualora la responsabilità genitoriale fosse stata "sottratta" al fine di consentire che Alex crescesse in un ambiente sereno e con un'adeguata istruzione, le sue condotte non sarebbero state portate a conseguenze così estreme, come è avvenuto nel romanzo.

Egli, invece, non ha avuto una famiglia in grado di educarlo, né un ispettore giudiziario minorile idoneo alla funzione. Considerando l'evoluzione della storia, la soluzione è di certo una: non sottrarre ad Alex uno strumento fondamentale, connaturale all'esistenza di ogni uomo: il consenso, il libero arbitrio! Sarà solo grazie al consenso, alla scelta, alla libertà di pensiero che Alex, scontando "qualche" anno di carcere, potrà voltarsi in dietro autocriticamente e ripudiare ciò che ha fatto. A facilitare il compimento di tale "passo", dovrà esserci un programma di recupero fatto di studio delle norme, di apprendimento di come si suona uno strumento (magari il piano forte!), di recitazione teatrale. Soltanto per questa via, la pena carceraria potrà reintegrare il soggetto deviante, soggetto che un giorno utilizzerà le sue mani non già per estrapolare la sua lisca tagliagola e scaraventarla su altri soggetti portandoli alla morte, ma le utilizzerà per suonare la sua tanto amata nona di L.V. Beethoven, o un valzer di J. Strauss.

D'altra parte, «è una follia odiare tutte le rose perché una spina ti ha punto, abbandonare tutti i sogni perché uno di loro non si è realizzato, rinunciare a tutti i tentativi perché uno è fallito. È una

³⁵ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 87.

³⁶ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88.

³⁷ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 109.

folia condannare tutte le amicizie perché una ti ha tradito, non credere in nessun amore solo perché uno di loro è stato infedele, buttare via tutte le possibilità di essere felici, solo perché qualcosa non è andato per il verso giusto. Ci sarà sempre un'altra opportunità, un'altra amicizia, un altro amore, una nuova forza. Per ogni fine, c'è un nuovo inizio»³⁸.

³⁸ A. DE SAINT – EXUPERRY, *Il piccolo principe*, 2013.

La tutela del benessere del bambino nel tempo del lavoro

ANTONELLA TROISI

ABSTRACT

The safeguard of the child's well-being, already regulated by fundamental rights, in a world dominated by the rhythms of the economy and the time limitations of working parents. A well-being that fluctuates and changes in societies that are evolving, together with the very concept of childhood itself.

SOMMARIO: 1. Il benessere del bambino nella società del diritto e nel tempo del lavoro. – 2. Il benessere del bambino nel mondo del lavoro. – 3. I modelli familiari degli ultimi decenni. – 4. Il conflitto del tempo. – 5. Il tempo dei bambini nello sforzo quotidiano. – 6. Il tempo dei bambini nello sforzo quotidiano.

1. Il benessere del bambino e dell'essere in formazione rappresenta un obiettivo stabile ed un interesse primario di Stati singoli e comunità di Stati, oggetto di politiche internazionali e valore cardine di *grundnorme* principi disseminati in moltissime Carte fondamentali.

La realtà parla, invece, un altro linguaggio.

I bambini in quanto esseri vulnerabili sono esposti ad esperienze dolorose, cui non hanno il potere di sottrarsi, dalle macro-minacce (cioè presenti in un ampio raggio) insite in ogni meccanismo di coesistenza sociale (tra cui le nuove macro-minacce costituite dalle fonti di informazione e comunicazione della società informatizzata e connessa *on line*) alle micro-minacce, così chiamate perché presenti nel piccolo raggio della comunità familiare.

È noto, a noi operatori del diritto, che i minori nella comunità familiare, nelle frequenti esperienze patologiche dei Tribunali, acquistano il valore di un centro di costo oppure di proprietà per le proprie esigenze di conto, o ancora di caparra-vendetta per i genitori che si separano.

È allora scontato che la finalità del diritto dello Stato Sociale (dati i principi delle *Grundnorm*) sarebbe quella di poter interessarsi delle varie situazioni, innanzitutto preventivamente per evitare il danneggiamento e il dolore. La realtà fattuale è quella di un risultato imperfetto, di molto poco superiore o forse in nulla superiore ai risultati che produceva una realtà spontanea del passato (spesso delle comunità rurali) che generava, in percentuali statistiche variabili, meccanismi spontanei di aiuto e cura intorno ai fenomeni familiari di disagio.

La società di un tempo produceva spontaneamente fenomeni apprezzabili e per altro verso fenomeni deprecabili, a macchia di leopardo, non molto diversamente da come l'appropriarsi da parte degli Stati Sociali del potere di regolare i meccanismi produce riuscite apprezzabili, tanto quanto a volte distorsioni, nella sfera dei sentimenti, dell'educazione e dell'armonico sviluppo.

Il benessere del bambino è comunque un fine apprezzabile per il diritto, e il tentativo è quello di coniare il concetto in termini giuridici.

Ma è innanzitutto possibile definire il benessere del bambino? Certamente il mondo dei giuristi può ritrovare agganci per il diritto al benessere vero e proprio nella Carta Costituzionale, nel combinato disposto degli artt. 2,3, 4, 30, 31 della Costituzione¹ e nelle numerosissime carte fondamentali sovranazionali, a cominciare dalla Dichiarazione Fondamentale dei Diritti del Fanciullo di Ginevra².

In Germania, ad esempio, la Corte costituzionale ha stabilito che al dovere dei genitori corrisponde un diritto del bambino alla cura e all'educazione proveniente dai genitori, argomentando dall'art. 6, par. 2 comma 1 GG (*Grundgesetz*). La cura deve intendersi anche in senso morale ed affettivo.

Certamente non può insegnarsi a nessuno ad essere un genitore perfetto, né si può immaginare una società di individui completamente maturi ed orientati al bene. Tuttavia, da uno studio basato su interviste dirette condotto nella *Grundschule* tedesca (la nostra scuola elementare) dalla giornalista tedesca Barbara Leitner³ è emerso un risultato tanto semplice quanto dirompente: i bambini lamentavano semplicemente l'assenza, o meglio la distrazione o la lontananza dei genitori, spesso per i soli motivi di lavoro.

Questo è un tema assolutamente comune e ricorrente, molto trascurato dalla società del benessere, anche se poi, come è ovvio, le esigenze ed i bisogni dei bambini cambiano nelle diverse situazioni di vita.

Contemporaneamente, e direi, speculativamente, le madri di tutto il mondo occidentale fanno della loro vita un problema di tempo, tempo di dedicarsi ai figli, tempo per lavorare con maggiore serenità, tempo per essere mamme e tempo per dedicarsi al lavoro, tempo per non perdere il lavoro, tempo per non perdere chances nella carriera⁴.

Gli aspetti legali degli interventi per la tutela e la protezione dei bambini sono dunque molto complessi, delicati, minuziosi ma occorrerebbe sempre partire da questo principio come uno dei cardini basilari del sistema del diritto: il bisogno assoluto di genitori, di nido e di amore, di ottime figure di riferimento (quando i genitori non ci sono e per altro verso di figure accanto ai genitori), come

¹ “La Costituzione italiana non delinea un compiuto statuto di tutela del soggetto “minore” – come del resto non prevede statuti particolari per altre categorie deboli – ma, ciò, anziché costituire un elemento negativo, risulta essere estremamente positivo. Non viene infatti convalidata la logica di una separazione, e quindi di una disciplina specifica, dei soggetti istituzionalmente deboli, ma inserisce opportunamente il favor minoris in un quadro generale di promozione dei diritti del cittadino, per una più globale realizzazione di una pienezza umana. Il che comporta una maggiore duttilità dell'ordinamento costituzionale di fronte alle sempre nuove necessità della vita, difficilmente incasellabili in specifiche categorie di diritti.” Così C.A. MORO *Manuale di diritto minorile* (a cura di Luigi Fadiga), Bologna, 2008, 18 e ss.

² Il primo strumento internazionale a tutela dei diritti dell'infanzia è stata la “Convenzione sull'età minima” adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro nel 1919. Tra quelli che sono poi via via seguiti va menzionata la Dichiarazione dei diritti del Fanciullo detta anche Dichiarazione di Ginevra approvata dalla Società delle Nazioni nel 1924. La Dichiarazione non si rivolge agli Stati per stabilirne gli obblighi, ma chiama in causa più genericamente l'umanità intera. Nel 1948 viene approvata dall'Assemblea generale dell'ONU, sotto forma di risoluzione, la “Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo” con cui viene affermata l'importanza della piena libertà ed uguaglianza in dignità e diritti per tutti gli esseri umani e si sottolinea la necessità di garantire a maternità e infanzia una particolare cura e protezione. Con la “Dichiarazione dei diritti del fanciullo” del 1959 si segna il definitivo sviluppo e maturazione dello strumento internazionale. Essa viene poi seguita da La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989 e ratificata in Italia con legge n. 176 del 1991.

³Riportata da ISABELL GÖTZ, in *Was ist Kindeswohl?*In ‘*Interventionen zum Kindeswohl*’, Hanns-Seidel-Stiftung e.V., München, 2009.

⁴ V. per tutti BLADES JOAN; ROWE-FINKBEINER, KRISTIN. *The Motherhood Manifesto: what America's moms want and what to do about it*. New York, Nation Books, (2006).

perenni guaritori interni, andrebbe tutelato in ogni raggio di azione, in ogni campo, in ogni situazione, in ogni esperienza dello stato sociale.

La prospettiva che oggi da vicino ci riguarda è il benessere del bambino nel tempo del lavoro.

2. Si tratta, in radice, di interpretare il velato influsso che, a partire dai metodi di produzione (e dal connesso mondo del lavoro), si riverbera sulla situazione dei bambini, sia negli 'ambiti di protezione' (famiglia, asili nido, scuole materne, scuole primarie) sia negli istituti scolastici veri e propri. Vi è un inevitabile condizionamento, infatti, del mondo del lavoro e dei mezzi di produzione innanzitutto sulla costruzione e strutturazione degli ambiti primari di protezione (quali le stesse famiglie).

Quanto tempo gli adulti dedicano ai bambini e all'attività lavorativa⁵, infatti, dipende strutturalmente da quale richiesta faccia il mondo del lavoro del loro tempo. Partendo da questa richiesta, dalle istanze correlate, discende poi la concretezza della organizzazione. Sotto l'influsso del mondo del lavoro e dalle sue esigenze viene divisa l'attività di cura tra la famiglia e gli istituti preposti e vengono divise in due, tra i due genitori, le attività di cura e le attività lucrative. Questo discorso vale non solo per oggi, ma orientativamente a partire dalla disgregazione della civiltà rurale, con l'avvento degli anni 50.

Poi vi è un aspetto più sottile, che riguarda come le stesse attività della gioventù negli ambienti di protezione delle famiglie e delle istituzioni scolastiche siano conformate a principi organizzativi e bisogno di forza lavoro del mondo produttivo.

Il discorso si sposa ai cambiamenti sociali: ma come è condizionata davvero la vita dei bambini dagli attuali cambiamenti del mondo del lavoro?

A questo punto c'è da chiedersi: cos'è la stessa espressione 'infanzia' in questo contesto? E quanta importanza ha il tempo in questo contesto? La divisione della cura dell'infanzia tra il mondo familiare e le istituzioni statali è una questione di tempo.

All'interno delle stesse istituzioni per la infanzia le scansioni in varie attività sono egualmente una questione di tempo: tempo che divide e risparmia la società per dedicarlo alla infanzia e tempo della stessa vita dei bambini dedicato alle varie attività.

Ma il discorso deve tornare un attimo indietro, ai modelli di famiglia.

⁵V. S. BIANCHI, *Maternal Employment And Time With Children: Dramatic Change Or Surprising Continuity?* In *Demography*, vol. 37, 2000: 'The most revolutionary change in the American family in the twentieth century, I would argue, has been the increase in the labor force participation of women, particularly married women with young children. The only other trend to rival it in importance is the increase in divorce and nonmarriage that removes fathers, but usually not mothers, from day-to-day child rearing. Many would argue that even this trend in family disruption is intertwined with women's dramatic movement into the paid workforce (Becker, Landes, and Michael 1977; Bumpass 1990; Cherlin 1992; but see Oppenheimer 1997 for a critique). The puzzling thing about the reallocation of mothers' time to market work outside the home is that it appears to have been accomplished with little effect on children's wellbeing. (...) A number of studies have used the National Longitudinal Survey of Youth to assess the effect of maternal employment on children's cognitive ability and behavioral adjustment. Maternal employment may have some negative effects when employment occurs early in the first year of life (Belsky and Eggebeen 1991; Blau and Grossberg 1990; Han, Waldfogel, and Brooks-Gunn 2000), perhaps for middle-class sons (Baydar and Brooks-Gunn 1991; Desai, Chase-Lansdale, and Michael 1989; Greenstein 1995), though even here the evidence isn't entirely consistent (Parcel and Menaghan 1994), or when maternal employment is combined with other stressful conditions such as the birth of another child or unusually long work hours for the father (Parcel and Menaghan 1994).

3. La famiglia modello in Europa ed in genere nel mondo occidentale fino agli anni '50 era basata sulla figura del padre che provvedeva ai mezzi di sostentamento all'esterno, nel mondo produttivo, e della madre che provvedeva alla casa e ai figli, di modo che le cure per l'infanzia avevano il loro luogo di stabilità, all'interno della società, nelle famiglie. Esemplare è il modello di famiglia francese descritto da Marie-Thérèse Letablier⁶.

Gli anni successivi hanno visto un profondo trapasso, per il quale entrambi i genitori si sono adoperati per fare entrambe le cose in prospettiva di egual contribuzione: guadagnare all'esterno della famiglia e curarsi della famiglia e dei figli.

Di conseguenza c'è stato un lento slittamento verso la soluzione sociale del problema del tempo: lo spostamento di una parte del tempo per le cure e l'accudimento, dal nucleo familiare alle istanze dello stato sociale di diritto.

Come questo spostamento avviene poi nel particolare, in quali quantità e con quali caratteristiche, ciò ha ovviamente conseguenze per la gioventù in tutti i sensi. Il passaggio dalla famiglia tradizionale alla famiglia che si è descritta (la famiglia egualitaria), è stato dapprima lento e poi ha preso a diffondersi rapidamente a macchia d'olio. Le spinte dei cambiamenti sono arrivate tanto dall'economia quanto dagli sviluppi democratici quanto dalle ideologie⁷.

Il passaggio delle donne dai confini del lavoro privato di cura verso il lavoro produttivo nell'ambito sociale ha seguito e segue da una parte il bisogno che l'economia ha del lavoro delle donne e la contemporanea necessità di evitare il rischio di povertà della famiglia e da altra parte la richiesta di emancipazione delle donne⁸. A questo fenomeno è seguito, per necessità di cose, lo sforzo di creare posti di lavoro del mattino, a tempo parziale e/o con modulazione possibilmente flessibile degli orari. Sono arrivate piano piano le garanzie per la maternità nelle leggi. Anche questo aspetto legislativo è stata una evoluzione storica.

⁶ V. M. T. LETABLIER, *Il riconoscimento delle nuove forme di famiglia. Una controversia posta in gioco nella recente politica familiare in Francia*. In CAMBIO, Anno V, n. 9/giugno 2015. 'Quando alla fine degli anni '30 e successivamente, dopo l'esito della seconda guerra mondiale fu realizzata la politica familiare francese, erano tre gli obiettivi assegnati a questo settore specifico della protezione sociale: la compensazione del costo dei figli per le famiglie, la redistribuzione fra le famiglie in funzione del numero di figli e la promozione del modello di famiglia fondato sulla divisione sessuata dei ruoli e delle funzioni. I tre obiettivi vennero realizzati attraverso tre diverse misure: gli assegni familiari, il quoziente familiare e l'assegno per un solo salario familiare, ribattezzato poi assegno per la madre a casa. La strutturazione delle tre misure le ancora a tre distinti obiettivi di fondo: una finalità natalista, che incita le famiglie ad avere più figli, una finalità familista che attribuisce alla famiglia la doppia funzione, di favorire la coesione sociale e di promuovere un preciso ordine di genere e, da ultimo, una finalità redistributiva che risponde a un imperativo di solidarietà. Il familismo: ordine sociale, ordine morale, ordine sessuato. Basata su questi obiettivi la politica familiare francese contribuisce a delineare un "modello" di famiglia, preferibilmente numerosa, cioè con più di tre figli e fondata sulla complementarità dei ruoli fra il capofamiglia che garantisce il reddito e la sicurezza economica e sociale attraverso il suo lavoro e la moglie/madre che assume le funzioni domestiche di cura dei figli e delle persone dipendenti, ma anche quelle educative e di mantenimento della casa.

⁷ V. M. T. LETABLIER, *op. cit.*

⁸ V. M. T. LETABLIER, *op. cit.* 'A partire dall'inizio degli anni '70, la politica familiare si è adattata mirando le prestazioni sulle famiglie più in difficoltà, ma anche riformando il diritto di famiglia per tenere meglio conto delle aspirazioni delle donne verso una maggiore libertà e eguaglianza, e ridirigendo gli aiuti ai genitori che lavorano, in particolare modo mediante sostegni ai vari tipi di custodia dei bimbi piccoli. Il ri-orientamento della politica familiare verso obiettivi più sociali, che tenesse conto dei nuovi rischi familiari e del cambiamento di modello che la crescente partecipazione al mercato di lavoro delle donne comportava, è proseguito sino ad oggi. Tale riconversione ha continuato ad accompagnare la trasformazione delle forme familiari con maggiore o minore successo a seconda delle concezioni della famiglia dei partiti politici al governo e secondo i rapporti di forza entro la società civile fra associazioni familiari e movimenti femministi'.

Presto, in luogo della famiglia modello degli anni '50, si è instaurato un modello di famiglia 'moderno', per così dire atempo pieno/tempo parziale in cui solo la madre diminuisce e taglia i suoi tempi di lavoro per essere a casa dopo la scuola ed ad ora di pranzo⁹.

Prestole grosse imprese e le grosse realtà si renderanno conto che i part time e i lavori meramente mattutini non lasciano profittare sufficientemente delle preparazioni e degli apporti della forza lavoro femminile. L'evoluzione (invero ultima) vedrà così tentativi di soluzioni sul modello americano, per riuscire ad invogliare le donne a riprendere il lavoro a tempo pieno subito dopo la nascita di un figlio e comunque per lavorare a tempo pieno: telelavoro, flessibilità, nidi all'interno della azienda.

Tra calcoli economici ed attenzione alle esigenze dei singoli si è sviluppata negli ultimi 15, 20 anni una politica di tempi de-regolamentati, attraversata da introduzione legislativa, in tutta Europa, del lavoro a fine settimana, dell'autoregolamento del lavoro e dei suoi tempi, del prolungamento serale e in Italia di varie forme di flessibilità e di sfrangiamento degli orari.

Le imprese sono però sotto la pressione del fattore concorrenziale 'tempo'. Tra i nuovi mezzi della razionalizzazione ed adeguamento al mercato sono da menzionare, ad esempio, la produzione secondo variabili commesse, la flessibilità dell'impiego della forza lavoro, l'aumento delle responsabilità chieste al lavoratore, la somministrazione della forza lavoro solo per alcuni periodi da parte di agenzie di arruolamento. Il lavoro negli ultimi venti anni è profondamente cambiato nella direzione della modellabilità variabile. Il discorso qui ci porterebbe lontano.

In generale è noto poi che la globalizzazione dell'economia e la scarsità dei posti di lavoro sicuri e fissi rafforzano il peso della pressione sui lavoratori, invogliati ad accettare lavori più sfrangiati, meno garantiti, più lunghi e anche irregolari.

Il cambiamento si velocizza anche attraverso la pressione di doversi adattare (e l'adattamento è visto nella nostra società come una virtù) che genera la necessità della sincronizzazione e i conflitti di tempo nell'universo della vita quotidiana. Ad esempio, i tempi di apertura al pubblico del terziario e del commercio si conformano ai tempi modificati dei clienti: la conseguenza è la *deregulation* dei tempi di chi vi lavora¹⁰. In produzione, nel terziario e nel commercio la tendenza è quella del servizio non stop: all'interno di ciò l'orario dei singoli è sistemato in modo variegato. Le professioni intellettuali comportano giornate di lavoro molto lunghe, molto estese, data la progressiva burocratizzazione dei modelli operative la pesantezza dei processi, nonché l'aumento di tecnicità di ogni settore. Con ciò il tempo collettivo dei giorni, settimane e parti dell'anno perdono di significato. La capacità di organizzazione del tempo del singolo cresce; una vittoria spesso solo apparente perché aumenta la pressione del tempo e la disciplina del tempo.

Come seguono le misure per spostare il tempo delle cure ai bambini (perché di questo si tratta, di spostarle dalla madre e dalla famiglia) le cambiate condizioni di lavoro? La politica per la famiglia attuata in Germania – in paragone con altri paesi europei – si è dedicata molto al modello borghese della famiglia e al collegato concetto che i figli sono per lo più dipendenti dalle cure materne. In Sud

⁹ Su questi aspetti v. H. ZEIHNER, *DerMachtgewinnderArbeitsweltuber die Zeit der Kinder*, in *Kindheitsoziologisch*, 200 e ss.

¹⁰ Su questi aspetti v. H. ZEIHNER, *DerMachtgewinnderArbeitsweltuber die Zeit der Kinder*, in *Kindheitsoziologisch*, 200 e ss.

Italia, in Portogallo ed in Spagna il modello è andato avanti per tradizione sino ai nostri giorni. Eguale discorso per le regioni rurali dell'Europa. Pertanto, cioè per questi motivi, la offerta di posti a tempo pieno presso i nidi e gli asili soprattutto nei primi tre anni di vita del bambino e per gli scolari delle elementari è più bassa della domanda; in alcuni Länder tedeschi manca del tutto¹¹ come spesso manca nelle regioni del Sud Italia, e in generale nei posti rurali di tutta Europa.

Quindi a ben guardare, l'orario degli alunni a metà giornata, con pranzo a casa, presuppone il modello familiare tradizionale, con la disponibilità costante della madre.

Lo scioglimento della famiglia della tradizione non è veloce e non è definitivo. C'è l'esigenza di natura delle madri alla vicinanza al figlio che rimane un dato costante, non variabile. Quindi, secondo statistica, in tutti i paesi europei le donne si occupano più degli uomini delle attività casalinghe e di cura e sono meno presenti sul mercato del lavoro, anche se le differenze di genere variano molto da contesto a contesto, secondo variazioni che derivano da aspetti culturali e sociali, dalle differenze tra regimi di welfare (in termini di politiche, di sistemi di tassazione e di benefici per le famiglie) e dall'economia. Si pensi ad esempio alle diversità tra la Svezia ed il Sud Italia. Nella maggior parte dei paesi occidentali il peso del lavoro domestico rimane comunque ancoraggio delle donne, nonostante la loro crescente partecipazione al mercato del lavoro, quindi per lo più unitamente al lavoro esterno¹².

Recentemente la politica generale in Europa comincia a misurarsi sul cambiamento radicale della realtà della famiglia: 'affidabili' scuole elementari prendono in considerazione i genitori impegnati al lavoro e servizio a tempo pieno di dopo scuola, di attività formative e ludiche, di lingue straniere e simili viene fornito dalle scuole, anche materne, per allungare il tempo.

Il futuro è forse quello genitori *full time* fuori di casa, e sicuramente di istituti scolastici e di istituzioni di cura primaria che offrono più posti a tempo pieno ai bambini e rendono flessibili i loro orari di apertura. Qua si legano tra di loro chiaramente fattori economici con fattori democratici. L'economia ha bisogno della forza lavoro femminile e contemporaneamente ha bisogno di forza di lavoro qualificata per il futuro¹³.

Nel dibattito odierno sull'istruzione si sente evidenziare l'aspetto democratico del requisito della qualificazione, della maggiore qualificazione della gioventù. E così, sin dalla prima infanzia, si parla di più professionali tempi di cura e di scuola e ci si aspetta più emancipazione dei bambini dal livello di istruzione della famiglia di origine. In generale è visto come dato altamente positivo offrire numerose offerte di qualificazione per i bambini.

¹¹ Su questi aspetti v. H. ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheitsoziologisch*, 200 e ss.

¹² Per descrivere la situazione in cui il tasso crescente di attività lavorativa femminile non è accompagnato da un parallelo aumento della condivisione dei compiti domestici da parte dei partners è stata coniata l'espressione di "stalled revolution", cioè rivoluzione sospesa, in stallo (Hochschild, 1989) nel suo cammino verso il modello egualitario di apporti tra due genitori. Così L. MENCARINI, M. L. TANTURRI, in *Uso del tempo e ruoli di genere tra lavoro e famiglia nel ciclo della vita*, A cura di: M. C. Romano, L. Mencarini e M. L. Tanturri, Roma Istituto nazionale di Statistica, 2012, 11 e ss..

¹³ Su questi aspetti v. H. ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheitsoziologisch*, 200 e ss.

Parallelamente lo scioglimento della famiglia anni '50 è come dire ritardato, impantanato dalla stessa richiesta dei genitori di poter essere affidatari della maggior parte della cura dei bimbi (seguedosi probabilmente un istinto di natura). La tendenza naturale oggi si sposa con altri bisogni: i genitori sono socialmente responsabili della educazione, della istruzione, della socializzazione¹⁴.

4. Ai giorni nostri tutto va in questa direzione: i genitori si stagliano come responsabili per lo sviluppo, per la socializzazione, per i risultati dell'apprendimento scolastico. Moderni genitori europei normalmente si dedicano alla comunicazione, al gioco, all'intrattenimento dei figli, per una gestione del quotidiano che consenta al bimbo formazione aggiuntiva, preparazione, validi contatti sociali.

A ciò si aggiunga anche che nella società moderna i bambini non escono di casa da soli, la protezione dai pericoli è più sentita e più pressante, i genitori trasportano i bambini a manifestazioni e ritrovi, a feste coi compagni.

Nel complesso può notarsi il seguente fenomeno come predominante in Europa: molti genitori si sentono in conflitto tra il desiderio e la necessità di essere attivi nella vita lavorativa, il grande bisogno di tempo da dedicare ai bambini, le insufficienti possibilità di 'esternalizzare', delegare le cure prioritarie e basilari per i bimbi ad istituzioni statali, nei momenti in cui il lavoro li richiede e li sottrae. I genitori contemporanei hanno – in confronto con le generazioni precedenti – meno tempo da dedicare ai loro figli, nonostante necessitino di più tempo¹⁵.

Come può essere risolto il conflitto del tempo, viene in paesi come l'Italia e la Germania rimesso ai genitori stessi, alle loro risorse. Questo tema è visto in Italia come un problema privato, non come una questione politica. Ma nella società occidentale moderna un lavoro nella produzione è centrale nella vita, e perdere il posto di lavoro è un disvalore assoluto.

¹⁴ 'I fattori che concorrono a determinare la bassa fecondità italiana sono molteplici e spesso legati tra loro, ma è indubbio che l'aumento del costo dei figli sia in genere annoverato tra questi. Da una parte, infatti, si ritiene che in tutte le società moderne l'allevamento dei figli richieda una grande quantità di tempo dei genitori, ma d'altra parte il tempo per la famiglia sembra diventato una risorsa sempre più scarsa e in concorrenza con altre attività (ad esempio il lavoro retribuito o il tempo libero). Una ricerca condotta negli Stati Uniti – dove esistono dati su questi aspetti già a partire dalla fine degli anni Sessanta – mette in luce che l'investimento di tempo dei genitori per i figli è andato aumentando negli anni, contrariamente all'idea diffusa che ai giorni nostri il tempo per i figli sia sempre più limitato (Sayer et al. 2004). I genitori americani hanno ridotto il tempo dedicato ad altre attività familiari (ad esempio, al lavoro domestico), ma non il tempo per i bambini. Si contraddice, così, un principio di mera razionalità economica: anche se il tempo è diventato più costoso, di fatto si è disposti ad offrirne di più ai figli oggi rispetto al passato. Per l'Italia, sfortunatamente, non abbiamo studi analoghi di lungo periodo, ma possiamo ipotizzare che la tendenza sia simile. (...). E' ragionevole ipotizzare che in Italia il costo dei figli in termini di uso del tempo oggi sia più gravoso rispetto al passato, anche per l'importanza che viene data alla "qualità" dei figli, a sua volta strettamente legata all'input dei genitori in termini di cure. In questo capitolo l'idea centrale è che i genitori italiani tendano a ridurre il numero di bambini proprio perché fanno un grande investimento sui figli non solo in termini economici (ad esempio nell'istruzione), ma anche in termini di cura e di tempo dedicato alla crescita e allo sviluppo del bambino. È possibile altresì che i genitori italiani passino molto tempo con i loro figli anche per la mancanza di servizi di cura che possano adiarli nel loro mestiere di genitori. Così M. L. TANTURRI, in *Uso del tempo e ruoli di genere tra lavoro e famiglia nel ciclo della vita*, A cura di: M. C. Romano, L. Mencarini e M. L. Tanturri, Roma Istituto nazionale di Statistica, 2012, 95 e ss..

¹⁵ V. HELGA ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheitssoziologisch*, 200 e ss.

Tutto ciò ha comportato nelle società occidentali la rinuncia ai figli, il calo della natalità¹⁶ cui si è assistito nelle ultime decadi. Si stima che in paesi quali l'Italia e la Germania più del 40% delle laureate in carriera lascia ad altri il problema della riproduzione delle generazioni. Da uno studio condotto in Germania sulle donne lavoratrici nate tra il 1962 ed il 1966, si è scoperto che il 28% non ha avuto figli e tra queste le laureate rappresentavano una grossa fascia, tanto che la stima tra le laureate saliva al 42%¹⁷.

Questo significa che la posizione dei bambini nella società cambia. Gli sviluppi economici, le spinte economiche, gli influssi culturali verso una società ricca e super organizzata limitano il tempo ed addirittura lo spazio per i bambini.

5. Nonostante tutte le insicurezze e nonostante tutte le fatiche, residuano uomini e donne, che sono impegnati nel lavoro, e tali vogliono essere, che assumono con convinzione il ruolo di genitori. Ma cosa fanno questi genitori quando i loro tempi di lavoro non si lasciano modellare con facilità, quando gli impegni di lavoro non sono prevedibili, quando questi si dilatano sugli spazi che sono della famiglia? Senza l'aiuto di nonni, amici a loro volta genitori, personale assunto in casa, prolungamenti degli orari ai nidi, per lo più questi genitori non ce la farebbero. Esistono poi una varietà di modelli, soprattutto nel centro e nord Europa secondo i quali, a turno, i due genitori interrompono o riducono di molto gli impegni, la carriera o gli studi in attesa che l'altro gli dia il cambio, oppure modelli di alternanza al lavoro nei giorni se non nelle settimane, di modo che uno dei due stia a casa vicino ai bambini.

Da un'indagine effettuata dall'ISTAT, recentemente, sulla condizione professionale delle neomamme in Italia, su 100 neomamme intervistate, poco più della metà delle madri risultava occupata al momento dell'intervista (52,8%) e, all'interno della stima, la quota si modificava notevolmente se si considerava il numero di figli avuti: la proporzione di occupate arrivava al 57,8% per le madri al primo figlio e scendeva al 39% per quelle al terzo o più.

In USA, dove il modello egualitario dei due genitori entrambi in carriera già da tempo costituisce la normalità, la sociologa Arlie Hochschild ha fatto questa scoperta, osservando i dipendenti di una impresa del settore tecnologico: nonostante la ditta offrisse tempi più *family friendly*, nessuno li prendeva in considerazione¹⁸. Nel suo studio la sociologa descrive come i tempi del rapporto e della cura venivano disturbati perché i genitori aumentavano così tanto la frammentazione dei tempi del lavoro e della cura standosene al pc nel salotto di casa, che ne diminuiva la efficienza in tutti i settori. Questa inversione dei tempi era divenuta malvista tanto che i genitori, a lavorare a casa si sentivano estremamente stressati, e preferivano i lunghi tempi a lavoro.

¹⁶ Dal Bilancio demografico Istat 2014: il movimento naturale della popolazione (nati meno morti) ha fatto registrare nel 2014 un saldo negativo di quasi 100 mila unità, che segna un picco mai raggiunto nel nostro Paese dal biennio 1917-1918, quando però si continuava a morire al fronte durante il primo conflitto mondiale. Rispetto al 2013 sono stati registrati quasi 12 mila nati in meno. Anche i nati stranieri continuano a diminuire (-2.638), pur rappresentando il 14,9% del totale dei nati.

¹⁷ V. HELGA ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheit soziologisch*, 200 e ss.

¹⁸ HOCHSCHILD ARLIE, *Keine Zeit. Wenn die Firma zum Zuhause wird und zu Hause nur Arbeit wartet*. Opladen: Leske und Bundrich (2002).

In quali modi e se in radice i bimbi soffrono delle nuove conformazioni del tempo nel mondo del lavoro è questione, fino ad ora, molto poco studiata. Affermazioni generali sono sempre meno valide, quanto più varie le soluzioni familiari si presentano.

Arrangiamenti, che per i genitori sono molto difficili in relazione al fattore tempo, non sempre sono così complicati per i bambini¹⁹. Alcuni genitori consacrano alla famiglia tutto il tempo che residua dal lavoro, altri conservano qualche altro impegno sociale. Alcuni genitori possono contare su aiuti, dei nonni o di persone a pagamento, altri per niente. Come gli stessi genitori interpretano e vivono il loro tempo per la cura dei figli e dell'ambiente familiare, come interpretano l'organizzazione, come elaborano lo *stress* sarebbe argomento di gran significato sociale, ma l'aspetto è molto poco studiato allo stato attuale, inesistente nei dibattiti pubblici e politici.

6. Con l'incremento e la crescita dei tempi di impegno lavorativo della mamma si è sviluppato il concetto della qualità del tempo trascorso insieme: non sarebbe importante la quantità di tempo dedicato ai bambini ma la qualità e la intensità del rapporto. Secondo la sociologa Helga Zeiher, il concetto negli anni 70 era divenuto un concetto della pedagogia per cui la mamma poteva dedicarsi nel tempo del lavoro in modo intenso a quest'ultimo, senza essere 'raggiungibile' poi dalle istanze lasciate a casa. Oggi il concetto è per lo più criticato, essendo stato messo in risalto dalla pedagogia quanto sia necessaria per il bambini la presenza, anche la mera presenza e la pura raggiungibilità delle figure parentali.²⁰ Si parla poi piuttosto nella realtà di un flusso dinamico ed ondivago per cui nell'ambito familiare i bambini spontaneamente bilanciano tra di loro le spinte all'autonomia ed il bisogno di comunità.

Certo la carenza di tempi dei genitori obiettivamente stretti tra pianificazioni e appuntamenti del lavoro, tra necessità di attività qualitative coi figli e necessità 'sociale' di formazione aggiuntiva rispetto a quella della scuola rende il tempo della famiglia un tempo dominato dalle necessità della società della economia, in cui l'unico momento certo di fermata è forse sempre quello del pasto insieme.

I bambini basano la loro stabilità sul tempo che in modo regolare viene loro dedicato. Poi danno grande importanza al fatto che i genitori prendano del tempo per loro in certe particolari circostanze. Vogliono compagnia quando sono malati, vogliono partecipazione alle rappresentazioni per bambini, soprattutto alle recite di scuola, ma vogliono anche, come è ovvio, momenti per stare soli. Essi capiscono ed accettano che i genitori sono legati ai tempi del lavoro ma anche si augurano che i tempi del lavoro si concentrino dopo i loro bisogno del momento. Molto importante è la prevedibilità dei tempi dei loro genitori, su cui poter contare, ed il potersi fidare di questi tempi²¹.

Allo stato attuale, nella società odierna, i genitori trasmettono e comunicano le loro costrizioni sui tempi ai bambini, ed i bambini si curano di capire queste regole di costrizione ed interiorizzarle poiché tutti, in una società statale, sappiamo e capiamo che siamo privi di poteri rispetto a certe regole.

Al di là di ogni valutazione, positiva o negativa, ciò che si registra è che il tran tran quotidiano nelle famiglie europee si basa su funzioni molto complesse, e che ogni aspetto è diventato molto

¹⁹ H. ZEIHNER, *op. ult. cit.*

²⁰H. ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheitsoziologisch*, 200 e ss.

²¹H. ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheitsoziologisch*. 200 e ss.

mobile. Necessità, possibilità, desideri sono volta per volta da coordinare. I comportamenti derivano immediatamente dalle contingenze. Come si è spezzato il modello classico degli orari a tavola, al pari le faccende domestiche vengono improvvisate nel corso della giornata e nei momenti liberi. La tendenza a rendere tutto flessibile, che è sicuramente agevolata dalla possibilità di riorganizzare e rivedere tutto tramite cellulare, e quindi con veloce contatto, vige nelle imprese e vige nelle famiglie pressate dal tempo.

Secondo gli studiosi, quanto tempo di cura e di attenzione i bambini necessitano non è solo una questione di natura ma anche un concetto influenzato dalle contingenze storiche e culturali.

La rappresentazione del benessere del bambino (che è il nostro tema) è anche questa una questione in parte storica e culturale: i regimi del tempo del mondo del lavoro spiegano una efficacia all'interno del concetto. Così, nella vigenza di famiglia degli anni '50, in cui il padre guadagnava i mezzi di sostentamento e la madre stava a casa, la rappresentazione del bambino è quella di un bambino grandemente dipendente dalle braccia, dal tempo, dalle attenzioni della madre. È un fanciullo nelle braccia della mamma. Nella società di venti anni dopo in cui le spinte sociali avevano portato la madre ad uscire di casa, seppure prevalentemente part time o per lavori che assicurassero comunque il suo ruolo di madre, il concetto di benessere si lega alla qualità del tempo. Alla mamma in questo periodo è chiesto un doppio ruolo, un doppio rendimento. Il tempo qualitativo era in fondo una riduzione socialmente apprezzabile del tempo delle cure materne²².

Infine nella società di oggi, degli anni 2000, una messa a disposizione troppo prolungata o troppo intensiva (anche solo sfruttando gli istituti legislativi esistenti fino in fondo, al esempio tutta la maternità c.d. facoltativa) delle energie dei genitori per la cura dei bambini è vista con disfavore nel mondo della impresa, pubblica e privata, e del lavoro in generale. La letteratura giuridica segue questa visione del mondo, in fondo, improntata all'ottica dei bisogni del datore di lavoro, pubblico e privato. Di conseguenza il concetto di bambino si rimodella dall'interno, si riempie di nuovi contenuti. Egli è socialmente apprezzabile, è gradito ai media e alla cultura generale se è un bambino di robuste capacità, ben strutturato e pronto, che accetta di buon grado ogni veloce accomodamento in asili a tempo pieno e magari bilingue, e non piange mai per volere tornare a casa.

²² H. ZEIHNER, *Der Machtgewinn der Arbeitswelt über die Zeit der Kinder*, in *Kindheit soziologisch*, pag. 200 e ss. Cospicuo fenomeno: 'Eine Reduktion mütterlicher Zeit auf verdichtete Zeitstücke als ausreichend für Kinder'.