

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



1/2 2019 • ANNO VII

EDITORI
Mario Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

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, Maria de Luzenberger,
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, Gianfederico Cecanese,
Anna Maria Covelli, Mariangela Covelli,
Annamaria D'Andrea, Marco de Martino,
Fabiana Falato, Francesco Forzati, Arturo Frojo,
Mario Griffo, Silvio Mancini, Valentina
Masarone, Antonio Nappi, Rossella Nicodemo
(caporedattore), Gennaro Demetrio Paipais
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio, Sabatino
Romano, Daniela Savy,
Massimo Sensale, Paolo Troisi,
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 è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale 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

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'EDITORIALE

Prescrizione: dilettanti allo sbaraglio

SERGIO MOCCIA6

L'OPINIONE

**Rigorismo repressivo e funzione dissuasiva del processo. A proposito della cd. legge
'spazzacorrotti'**

CLELIA IASEVOLI9

Quale tutela per le vittime dei crimini d'odio?

VALENTINA MASARONE 14

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

L'eutanasia attiva indiretta: problemi e prospettive

GIULIA BEGUINOT20

**La punibilità del falso valutativo: tra tensioni ermeneutiche e rinuncia all'*ars
legiferandi***

VINCENZO GIORDANO34

**L'anticipazione della tutela penale nella normativa di contrasto al terrorismo
internazionale**

VALENTINA MASARONE49

**La Corte costituzionale ridisegna i confini dell'art. 580 c.p.: la sentenza n. 242/2019
viatico per l'equilibrata perimetrazione di uno 'spazio libero' dal biodiritto penale?**

ANTONIO NAPPI.....64

**Penalistica positivista italiana e America Latina: linee di tendenza e interpretazioni
storiografiche**

FRANCESCO ROTONDO82

Un timido superamento dello stato penale nella legislazione italiana in materia di corruzione: prevenzione primaria e prevenzione situazionale in ciò che resta della legge n. 190/2012

FRANCESCO SCHIAFFO..... 104

DIRITTO
PROCESSUALE

Le prerogative della persona offesa nell'incidente cautelare

D. NAIKE CASCINI 112

***Stalking*: prova dello stato d'ansia, sorveglianza speciale e possibili prospettive di giustizia riparativa**

CLELIA IASEVOLI..... 120

GIUSTIZIA
MINORILE

La riforma penitenziaria minorile nella prospettiva di una giustizia riparativa

FABRIZIA PAGLIONICO..... 132

NOTE A
SENZENZA

Dal Caso Vos Thalassa a quello Sea Watch: una lettura convenzionalmente orientata

ANTONIO MENNA 152

Neuro-scienze: la nuova frontiera del diritto penale

ANDREA ESPOSITO 168

L'EDITORIALE

Prescrizione: dilettanti allo sbaraglio

SERGIO MOCCIA

Con la riforma ‘ordita’ in materia di prescrizione, ancora una volta, la questione giustizia viene all’ordine del giorno nel dibattito politico ed è giusto che sia così. Infatti, non si tratta di aridi tecnicismi, ma di difesa/offesa di diritti fondamentali, fissati in Costituzione e nella CEDU, a seconda delle soluzioni adottate in materia.

E c’è da meravigliarsi che il nostro, sempre *ridens*, ministro della giustizia non abbia utilizzato per questa riforma quella formula tanto ‘elegante’ già riservata alla disciplina della corruzione, che avrebbe potuto contrassegnarsi come ‘spazzaprescrizione’, dal momento che, almeno per una parte dei processi, non viene introdotta una mera sospensione della prescrizione come, molto erroneamente, è scritto nel testo proposto per il nuovo art. 159 co. 2 del codice penale, ma si tratta evidentemente della fissazione del termine finale della prescrizione dopo la sentenza di primo grado. Se si fosse trattato di una sospensione, com’è ben noto agli studenti di giurisprudenza, sarebbe stato consequenziale che il corso della prescrizione, prima o poi potesse riprendere: ma non è così, in realtà siamo di fronte ad un vero e proprio blocco della prescrizione

E bloccare la prescrizione dopo il primo grado di giudizio, anche in rapporto ad imputati assolti con formula piena, significa calpestare elementari garanzie, senza produrre peraltro alcun effetto positivo in termini di efficienza della giustizia penale.

La prescrizione del reato, lungi dal costituire un mero espediente difensivo o un cavillo formalistico, rappresenta un istituto dal nitido fondamento costituzionale, innanzitutto sul piano della funzione della pena, da intendersi in termini di prevenzione generale e speciale positiva: perché con il passare del tempo il fatto cade progressivamente nell’oblio ed anche il suo autore non rimane lo stesso. Solo in una prospettiva giustizialista, ciecamente vendicativa, si può pensare ad un processo di durata potenzialmente interminabile.

Va anche posto nel debito rilievo che, quanto più il fatto oggetto di imputazione diventa lontano nel tempo, tanto più difficile diviene per l’imputato esercitare il diritto di difesa, costituzionalmente previsto. Ed ancora, non si può pensare di assoggettare per un tempo infinito l’imputato alla sofferenza insita nel processo. La ragionevole durata del processo, costituzionalmente sancita, è anzitutto garanzia di libertà e dignità della persona accusata.

Ed allora, stabilire che il reato non possa più prescriversi dopo il primo grado di giudizio vuol dire far sì che il processo continui per anni ed anni, nonostante il venir meno di esigenze di prevenzione ed a costo di prolungare considerevolmente la sofferenza dell’imputato, al quale viene indebitamente addossato l’intero peso della lentezza della giustizia penale. A ciò si aggiunga che anche le ragioni della vittima risultano ingiustamente sacrificate in un processo *sine die*.

Ma, oltre a violare elementari garanzie della persona, la riforma risulta deleteria sullo stesso piano dell’efficienza: infatti, per un verso essa incide in misura ridotta sul fenomeno della prescrizione, che, come è noto, si realizza soprattutto nella fase delle indagini preliminari. E, per altro verso, tra le verosimili conseguenze della riforma vi sarà proprio un allungamento dei tempi della

giustizia penale, visto il venir meno del rischio della prescrizione del reato. Con grave pregiudizio, ancora una volta, del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

In realtà sono altri i rimedi da mettere in campo per un miglioramento dell'efficienza del processo penale che non vada a detrimento dei diritti fondamentali della persona: primo fra tutti, quello di una coraggiosa depenalizzazione, che libererebbe l'amministrazione della giustizia di carichi inutili ed insostenibili.

A questo punto si pone un problema 'politico': la sinistra si trova a dire la stessa cosa della destra, ma questo non deve preoccupare, se una cosa è vera non diventa meno vera quando a dirla sono i nostri avversari. All'opportunismo della reticenza va, sempre, contrapposto il coraggio della verità.



L'OPINIONE

Rigorismo repressivo e funzione dissuasiva del processo. A proposito della cd. legge ‘spazzacorrotti’

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

The fight against corruption can not be detached from the principle of legality and the presumption of innocence

La legge ‘spazzacorrotti’ n. 3 del 2019 si iscrive tra quei prodotti legislativi, che consolidano una consuetudine di tipo emergenziale dalle origini risalenti. È evidente il ricorso ad espressioni più di impatto giornalistico che tecnico: il termine ‘spazzacorrotti’ evoca la necessità di comunicare l’urgenza di una pressante contingenza sociale. In realtà nella misura in cui si utilizza lo strumentario penale per realizzare un programma di moralizzazione, necessariamente esso assume una dimensione di irrazionalità.

Ed ogni opera di mera moralizzazione non può che scuotere la coscienza dei giuristi, soprattutto a fronte di una normativa speciale, che ciclicamente ritorna con i consueti tratti dell’approssimazione, del rigorismo repressivo, della simbolicità, a detrimento dei diritti inviolabili.

Con queste caratteristiche il tema della corruzione, da anni, si è posto al centro del dibattito politico a conferma di una percezione collettiva, che si è di fronte ad un male endemico della società.

Non si vuole qui negare la diffusione delle pratiche corruttive nelle molteplici articolazioni della vita sociale; tuttavia, questa acquisizione – mediaticamente esagerata – non può legittimare la ‘caccia’ ai corrotti.

A ciò si aggiunga il dato, poco confortante, secondo cui l’opinione pubblica non accetta la ragionevolezza del garantismo, auspicando una giustizia accelerata, se non sommaria, e dunque al prezzo del sacrificio delle prerogative dei sospettati.

L’allarme sociale, per la presa d’atto di disfunzioni del tessuto economico-istituzionale, è stato determinato dalla dimensione, avvertita come sistemica, della corruzione, che avrebbe assunto una capacità quasi autogenerativa, attraverso complessi schemi organizzativi, ma la percezione non corrisponde alla realtà. Qui si attiva uno schema consolidato: dopo ogni fatto di cronaca si scatena la reazione dell’opinione pubblica, che chiede di punire in nome della sicurezza in senso ampio, biasimando le istituzioni incapaci di reagire, con la politica che promette costantemente punizioni ritenute esemplari.

Questo comune sentire è stato tradotto dal populismo politico/penale in domanda di ‘vendetta’, anche sulla spinta delle fonti normative sovranazionali, proiettate verso un’azione di contrasto in nome dell’efficientismo/immediatismo. D’altronde, la politica criminale europea pare essere fondata prevalentemente sulla deterrenza e, quindi, sulla prevenzione generale negativa.

Eppure, il nesso tra norme e realtà sociale costituisce la preconditione per la costruzione di un sistema, che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dai destinatari e, coerentemente, persegua prospettive di praticabilità; ma se essa perde di razionalità, per un eccesso di disinvolto empirismo, finisce con il disequilibrare l’ambito del punibile e, di riflesso, la fase dell’accertamento processuale,

nonché dell'esecuzione delle sanzioni. Ne consegue la perdita di coerenza sistematica rispetto al momento assiologico di derivazione normativo-costituzionale.

Sicché spetta alla cultura giuridica rimettere a posto le cose in rapporto ad opzioni politico-giuridiche poco apprezzabili; segnalare, cioè, quelle soluzioni normative risultanti aporetiche al vaglio di rigorose operazioni di verifica o di falsificazione delle stesse in rapporto alle scelte fondamentali implicate.

Innanzitutto, appare discutibile l'osmosi fra l'azione di contrasto al crimine organizzato e ai reati contro la p.a., strumentale all'introduzione di deroghe che aprono punti di frizione con i principi costituzionali.

In buona sostanza, la legge 'spazzacorrotti' predispone l'ennesimo doppio binario, come mezzo indispensabile all'operazione di quel 'rinnovamento' morale che si presenta sotto le spoglie dell'etica pubblica. Sul piano del diritto sostanziale, esso ricorre: all'aumento delle pene principali per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione; all'inasprimento della pena per l'appropriazione indebita; alla modifica della fattispecie di traffico d'influenze illecite; all'ampliamento dell'area dei delitti in tema di corruzione internazionale; alla causa speciale di non punibilità nel caso di volontaria collaborazione; all'interdizione perpetua dai pubblici uffici e all'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione; alla non estensione della sospensione alle pene accessorie.

Quest'insieme delinea il contesto di un emergenzialismo, appiattito su presunte esigenze di una politica criminale dell'efficienza, condizionata da una visione limitata delle funzioni della pena e, in particolare, proiettata al raggiungimento di risultati di tipo intimidativo-deterrente, trascurando l'aspetto positivo della prevenzione generale. Ne costituisce una pregnante esemplificazione la perpetuità delle pene accessorie, che si pone in contrasto con la progressività e la flessibilità del trattamento, entrambe componenti essenziali alla rieducazione. Inoltre, l'inasprimento sanzionatorio rende poco credibile il sistema stesso, disorientando i destinatari delle norme, che non possono che avvertire il *surplus* di sanzione come sopruso. Eppure, ad avere un effetto criminorepellente non è tanto l'elevato contenuto di afflittività della pena, quanto la sua effettività in termini di certezza e prontezza nell'inflizione.

La riforma, invece, si muove lungo il filo rosso del massimo rigorismo e, ignorando che la prescrizione sia un diritto dell'imputato, dispone che essa non possa più intervenire dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino all'esecutività della sentenza o all'irrevocabilità del decreto. A prevalere è, quindi, l'interesse pubblico alla 'non dispersione del processo', anche al prezzo del sacrificio della presunzione di non colpevolezza: l'imputato diviene 'prigioniero' di una giustizia, non troppo latamente, autoritaria.

Si assiste, quindi, al predominio delle illusorie pulsioni panpenalistiche, destinate a risolversi in forme illiberali di mera repressione. A malincuore si impone la constatazione che è lontano il tempo della sperimentazione di forme efficienti di controllo, alternative a quella penale. È il tempo, invece, della politica dell'efficientismo simbolista, che ha comportato la svalutazione del dato dell'offesa reale, quale connotazione sia della fattispecie astratta sia di quella concreta, esaltando la mera violazione dell'obbligo, più consona ad un diritto penale d'autore, che non a quello del fatto.

Si ricorda, però, che il prodotto di una tale tecnica legislativa, carente sotto il profilo della determinatezza/tassatività, si risolve nell'affidamento al giudice di un eccessivo spazio discrezionale in sede di qualificazione del fatto e di determinazione della pena. E se è vero che il testo scritto non

possa in ogni caso comprendere ogni eventualità, non è men vero che vi sia un legame funzionale tra lo *standard* di precisione e il contenuto della legge: essa ha a che fare con la definizione sia dell'ambito, sia dei destinatari. Ne discende che, qualora una disposizione contenga un'attribuzione di discrezionalità, non può non precisarne la portata con l'indicazione di criteri normativi.

La legislazione improntata all'emergenzialità si muove in tutt'altra direzione, privilegiando la prospettiva deterrente, in cui l'attenzione è rivolta ad innalzare i limiti edittali in funzione degli strumenti processuali, soprattutto investigativi: una penalità di sistema in cui il processo è asservito ad una spettacolarizzazione degli scopi repressivi.

Da essa deriva un processo con funzione dissuasiva e, cioè, con uno scopo 'extraprocessuale', che altera il naturale rapporto tra accertamento e pena. Si è avviata così la trasformazione di istituti sostanziali e/o processuali in strumenti sanzionatori atipici (es. sospensione della prescrizione) per fare spazio ad istanze di prevenzione generale negativa, con l'effetto dell'affievolimento del legame tra giurisdizionalità e legalità. La dinamica e la struttura del processo perdono di centralità ed assumono profili secondari, per privilegiare forme autosufficienti di controllo sociale, capaci di tenere sotto pressione l'individuo e la collettività.

Ora, non si discute sul fatto che il contrasto a condotte di corruzione comprenda il momento della repressione, ma esso non può essere sganciato dal principio di legalità, dalla tutela diritti inviolabili e, specialmente, dalla presunzione di non colpevolezza.

Tuttavia, la prospettiva di progressivo rafforzamento delle finalità preventive affidate al processo è ulteriormente confermata dall'aggressività delle indagini. Il riferimento va all'uso del captatore informatico sulla base di un'indebita equiparazione tra le fattispecie di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, attraverso una disciplina eccezionale, che si caratterizza per presupposti applicativi meno stringenti rispetto a quelli ordinari previsti per i reati comuni. Il *trend* è quello dell'espansione di moduli eccezionali, che introducono regimi procedimentali di tipo investigativo e probatorio, differenziati sulla base del titolo di reato, rompendo in tal modo l'unità della successione teleologica degli atti. E pensare che il fattore di rottura è la sola qualificazione giuridica del fatto ad opera del pubblico ministero.

Un'ulteriore esemplificazione è offerta dall'ampliamento delle operazioni sotto copertura nell'ambito di indagini per delitti contro la pubblica amministrazione, spesso a base monosoggettiva, che, peraltro, non è scevra dal rischio che la condotta di istigazione o, comunque, di provocazione sia la sola idonea a far emergere il fenomeno corruttivo; rischio che mostra, per un verso, il nervo scoperto del mancato chiaro distinguo tra l'agente sotto copertura e l'agente provocatore; e, per altro verso, l'esigenza di rendere effettivo il controllo dell'autorità giudiziaria sulle operazioni di polizia.

Mi sembrano questi i tratti di un processo con istruzione – oggi – del pubblico ministero, giustificato dalla forzosa equiparazione tra il corrotto e il mafioso. E se è vero che tale equiparazione si origina da un'interna corruzione del potere legale e dal contestuale attacco esterno da parte delle organizzazioni criminali, con l'esito, tra l'altro, dell'inquinamento degli assetti economici ed istituzionali; non è men vero che si tratta di fattispecie rispetto alle quali a prevalere siano i molteplici indici differenziali. Ciò nonostante, l'indebita assimilazione si è insediata, dapprima, nel sistema della prevenzione patrimoniale, come strategia di contrasto all'illecito arricchimento, affermandosi, poi, nelle indagini preliminari e nella fase esecutiva.

Ed inoltre, va segnalato come appaia un fuor d'opera l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nell'ampio catalogo ostativo all'accesso ai benefici penitenziari (art. 4-*bis* comma 1 ord. penit.), tra cui la liberazione anticipata, non essendo la gravità del reato e il bene giuridico protetto indicatori sufficienti a fondare la presunzione di pericolosità sociale, quindi, il divieto opererebbe per il solo fatto della mancata collaborazione.

Un inconscio inquisitorio è sotteso pure alle interpolazioni normative apportate in tema di patteggiamento, che mascherano una soluzione politica di giustizia contrattata, volta a premiare la collaborazione dell'imputato e la restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato. Subordinare, poi, l'efficacia dell'accordo all'esenzione dalle pene accessorie, previste dall'art. 317-*bis* c.p., ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale, significa porre le condizioni per sperequazioni trattamentali, specialmente, in considerazione dell'indeterminatezza dei criteri che dovrebbero orientare il pubblico ministero a prestare il consenso alla richiesta di pena concordata ed il giudice ad accoglierla. Questi due soggetti processuali diventano gli arbitri di orientamenti ultralegali di politica criminale, in contrasto con la *ratio* del principio di determinatezza/tassatività della sanzione e con le stesse esigenze di prevenzione generale, non negativa.

Né l'accelerazione dei tempi processuali restituirebbe credibilità alla funzione giurisdizionale; anzi, essa, se non accortamente utilizzata, introduce connotati inquisitori nell'esercizio della funzione, prestandosi a celebrare scopi di dissuasione, cioè scopi estranei al processo. Si vuole dire che la giustizia per essere pronta corre il rischio di essere vana; la prospettiva della sola prontezza la espone al rischio di non essere giustizia; tanto più se la struttura del processo è tendenzialmente organizzata in funzione di immediata difesa sociale, anticipando il momento sanzionatorio alle prime battute del procedimento, rispetto all'esito dell'accertamento definitivo di responsabilità.

In tale contesto la magistratura è sollecitata ad una sovraesposizione, essendo investita di maggiori poteri; e qualora la sovraesposizione si traducesse nello svuotamento delle garanzie procedurali, non si potrebbe evitare la conseguenza della perdita di legittimità della stessa azione della magistratura. Il plauso dell'opinione pubblica, per talune iniziative giudiziarie, non sarebbe in grado di oscurarne la grave conseguenza della messa in discussione delle garanzie. Il problema del consenso non va disgiunto da quello dei valori, se lo fosse sarebbe un consenso viziato.

Se questo è lo stato delle cose, è forte la convinzione che il "doppio binario", adottato in materia, arretri la presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), sia quale regola di trattamento in cui confluiscono strumenti e prassi investigative, sia quale regola di innocenza che guida i giudizi, anche di natura cautelare, sia, ancora, sul terreno dell'umanità della pena. Ma non solo.

Il doppio binario determina il corto circuito tra uguaglianza ed equità, in rapporto di presupposizione con il *processo giusto*, che, a sua volta, implica la parità delle parti (art. 111 Cost.).

In uno stato sociale di diritto, alla differenziazione del metodo di accertamento non può non corrispondere la diversificazione delle forme di tutela, in funzione di una giustizia che, sebbene diseguale nelle variabili modalità del suo esercizio, deve essere egualmente soddisfattiva dei bisogni di garanzia, quanto all'assicurazione delle prerogative costituzionali. Sicché l'eguaglianza delle parti assume un'accezione che va oltre la prospettiva soggettiva, sostanziandosi in una garanzia strutturale del *giusto processo*. Se a mancare è tale preconditione, la giurisdizione assume una caratterizzazione in termini di autoritarismo e il processo perde la sua 'anima' democratica.

La parità delle parti, ai sensi dell'art. 111 comma 2 Cost., costituisce il perno centrale su cui si fonda il *giusto processo*. L'effettività, pur non significando uniformità di trattamento, è compatibile con la diversità delle situazioni giuridiche da regolare e con la differenziazione delle forme di tutela, divenendo in queste ipotesi il parametro di parificazione ai fini dell'osservanza del nucleo essenziale dei diritti inviolabili.

Ne discende che il legislatore può prevedere moduli speciali con diversificate forme di tutela nell'esercizio di una legittima attività, a condizione che essi siano conformi ai principi costituzionali. Il rischio è che si finisca con il privilegiare alcune esigenze a svantaggio di altre, alcuni soggetti a danno di altri.

Se la predisposizione di garanzie peculiari e la conseguente adozione di regole processuali, ragionevolmente differenziate, appaiono compatibili con l'art. 3 comma 2 Cost., le diversità, sotto l'aspetto della disciplina, non possono non radicarsi nelle oggettive peculiarità delle situazioni da tutelare; viceversa, si sostanzierebbero in diseguaglianze deprecabili.

Qui va richiamata l'attenzione sul parametro della ragionevolezza, che nell'accezione peculiare di proporzionalità consente di valutare la plausibilità dei mezzi rispetto agli scopi; comportando la comparazione tra i primi astrattamente utilizzabili per realizzare i secondi, vale a dire, per stabilire se lo strumento prescelto sia quello che permette di ottenere l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti costituzionalmente protetti.

Alla luce di questo parametro, parlare di arretramento della legalità, con riferimento alla reale portata della legge 'spazzacorrotti', è certamente riduttivo. Le linee generali di tale normativa scrivono un'altra pagina della perenne emergenza attraverso uno *ius singulare*, che si muove nella sola ottica dell'efficientismo e dell'aumento del tasso di repressione, allontanandosi dalle forme ordinarie e dai contenuti della legalità di uno stato di diritto.

Per questa via il processo perde la naturale configurazione di luogo dell'accertamento di un fatto penalmente rilevante e le regole di comportamento mutano, impropriamente, in mezzi di controllo sociale.

Questa confusione, tra problemi di efficienza del controllo e di organizzazione delle forme, costituisce il vizio metodico-sistematico alla base della legge n. 3 del 2019. La confusione è il risultato di una deludente impostazione 'postmoderna' che chiede forme di controllo penale più flessibili, più dinamiche, anche ai fini di una 'semplificazione' processuale, lasciando sullo sfondo di una luce crepuscolare il principio di legalità e, più in generale, il complesso dei principi di un sistema penale a fondamento costituzionale.

Quale tutela per le vittime dei crimini d'odio?

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

The author treats the problem of the forms and limits in which criminal law can intervene as a tool to protect the victims of hate crimes and solves it in the light of the constitutional function of the punishment.

In rapporto ai c.d. crimini d'odio si pone, tra gli altri, il problema delle forme e dei limiti – di legittimità e di efficacia – in cui il diritto penale sostanziale possa intervenire come strumento di tutela delle vittime di reato, avuto riguardo, in particolare, alla funzione costituzionale della pena, che rappresenta, dal punto di vista politico-criminale, il principale referente normativo, a carattere vincolante, del sistema penale nel suo complesso.

In altri termini, la tutela della vittima di tali crimini rientra o meno nella legittima funzione della pena?

La questione è, invero, di più ampio respiro: l'attuale *trend* normativo vede, accanto alla comparsa di forme di soggettivizzazione degli illeciti penali, in cui si riconoscono le tracce di un rinnovato diritto penale 'per tipo d'autore', la crescente elaborazione di una sorta di diritto penale 'per tipo di vittima', con l'introduzione di norme incriminatrici, a carattere spiccatamente preventivo-deterrente, in cui le caratteristiche delle vittime e l'interesse alla loro tutela finiscono per assumere rilievo centrale ai fini della configurazione delle fattispecie e delle connesse scelte di carattere sanzionatorio. Di fronte ad un tale fenomeno, in una prospettiva critica, che ponga in relazione l'essere e il dover essere del diritto penale, occorre verificare se il ruolo assegnato al diritto penale tra le tipologie d'intervento concretamente adoperate dal potere pubblico in funzione di tutela delle vittime di reato sia conforme ai compiti che il diritto penale è chiamato a svolgere in un ordinamento liberal-solidaristico, soprattutto con riferimento alle finalità che, in esso, possono essere legittimamente assegnate alla pena.

Con riguardo ai crimini d'odio, tale verifica non può prescindere dalla valutazione dell'effettiva sussistenza (o meno) di vuoti di tutela, in materia, alla luce della legislazione vigente. Ricordiamo, in proposito, che il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 ha inserito nel Capo III, Titolo XII, Libro II del codice penale la Sezione I *bis* dedicata ai «delitti contro l'eguaglianza» e composta dagli artt. 604 *bis* e 604 *ter* c.p. In essi sono state trasfuse, rispettivamente, la protezione apprestata contro la manifestazione e la divulgazione di idee discriminatorie, su base razziale, dalla legge n. 654/1975 – c.d. legge Reale, in cui si individuava la disciplina italiana in materia di discorsi d'odio –, nonché l'aggravante comune della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, prevista dalla c.d. legge Mancino n. 205/1993 – in cui, parimenti, s'identificava la disciplina di riferimento in materia di crimini di odio –, Le nuove disposizioni codicistiche conservano, però, inalterate alcune lacune, segnalate come altrettanti vuoti di tutela: ad esempio l'esclusione dei motivi fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, che caratterizzano i crimini d'odio omo/transfobico. In realtà, la

considerazione dei rapporti tra tutela della vittima e funzione della pena dovrebbe indurre a riflettere sulla stessa ragion d'essere di tale normativa, più che sulla sua insufficienza ad assicurare 'copertura penale' ad ogni caso di specie.

Venendo ad analizzare i due termini da porre a confronto – tutela della vittima e funzione della pena – va detto, innanzitutto, che la vittima è stata a lungo trascurata dalla scienza e dalla legislazione penale. Quest'ultima, d'altra parte, non utilizza quasi mai il termine 'vittima', di provenienza criminologica, preferendo ad esso le espressioni di 'soggetto passivo' o 'persona offesa dal reato', che, peraltro, hanno un ambito di riferimento più circoscritto.

Tuttavia, negli ultimi decenni – in Italia a partire dagli anni Duemila – si è assistito ad una 'riscoperta' della vittima, in ambito penalistico, anche e soprattutto per effetto dell'influenza esercitata, in tal senso, dalle fonti internazionali ed europee. Basti ricordare – per limitarsi ai documenti internazionali di carattere generale, tralasciando quelli di contenuto settoriale – la *Dichiarazione sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1983; la *Convenzione del Consiglio d'Europa sul risarcimento alle vittime dei reati violenti* del 1983; nonché, nell'ambito dell'Unione europea, oltre alla *Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 relativa all'indennizzo delle vittime di reato*, la *Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*, sostituita dalla *Direttiva 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*.

Proprio in attuazione di quest'ultima direttiva – nota come 'Direttiva vittime' –, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento una sorta di definizione di 'vittima vulnerabile'. In particolare, il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, ha dedicato il nuovo art. 90 *quater* c.p.p. alla «Condizione di particolare vulnerabilità», così testualmente delineata: «Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

È bene chiarire che si tratta di una definizione che, come precisa la clausola d'apertura e come del resto avviene per tutte le novità introdotte dal citato decreto, ha un rilievo meramente processuale, consistente nell'individuare i destinatari delle peculiari tutele predisposte per le 'vittime vulnerabili' all'interno del processo. È, però, ravvisabile una tendenziale corrispondenza tra le categorie di soggetti a cui fa riferimento la nuova norma del codice di procedura penale ed i settori del diritto penale sostanziale in cui si manifesta la tendenza ad apprestare (o si segnala la necessità di introdurre) una tutela (*ex ante*) rafforzata per le vittime dei reati.

Ora, la protezione dei soggetti deboli, incapaci di provvedere autonomamente ad un'efficace tutela dei propri interessi, con speciale riguardo a quelle vittime potenziali che si trovino in condizioni di particolare vulnerabilità, rientra, senz'altro, tra i compiti di uno Stato, chiamato a coniugare le istanze solidaristiche, proprie dello Stato sociale, con quelle di garanzia dei diritti del reo, tipiche dello Stato di diritto. Ma occorre considerare che il potere pubblico, a cui è rimesso, attraverso la

pubblicità dell'intervento penale e il monopolio dell'istanza punitiva, il carico sociale della tutela delle vittime – potenziali e/o reali – della criminalità, dispone, a tal fine, di tre possibili tipologie d'intervento (non necessariamente alternative): misure di tutela *ex ante* di natura penale, misure – anch'esse – di tutela *ex ante*, ma di carattere extrapenale, nonché misure di tutela *ex post*, e cioè destinate ad operare nei confronti di vittime reali, a carattere *lato sensu* satisfattivo riparatorio.

Ebbene, in tale contesto, si colloca la tendenza del nostro ordinamento – in linea con la direzione indicata dalle fonti sovranazionali – ad utilizzare il diritto penale quale mezzo di prevenzione (mediante deterrenza) della vittimizzazione, destinato ad incidere sui potenziali autori di reati, distogliendoli dalla realizzazione di fatti, di maggiore o minore lesività, a cui norme incriminatrici, appositamente create – ma spesso, di fatto, superflue – e di impronta securitaria, ricollegano severe punizioni. Pensiamo a talune norme, in materia di tutela sessuale dei minori – come quella sulla pedopornografia virtuale (art. 600 *quater*.1 c.p.) o quella sull'«adescamento di minorenni», (art. 609 *undecies* c.p.) –, o a quella, rivolta principalmente, ma non solo, alla tutela delle donne, sugli «atti persecutori» (art. 612 *bis* c.p.), nonché alla circostanza aggravante inserita all'art. 61, n. 11 *quinquies*, c.p. dalla c.d. legge sul femminicidio, che finisce per sovrapporsi all'ambito operativo dell'aggravante della c.d. minorata difesa, di cui al previgente n. 5 dell'art. 61 c.p., o, ancora alle norme – pur esse 'vittimocentriche' – riguardanti l'«omicidio stradale» (art. 589 *bis* c.p.) e di «lesioni personali stradali gravi o gravissime» (art. 590 *bis* c.p.).

Si tratta di una tendenza di cui non è auspicabile l'espansione, ad esempio con riferimento ad un'implementazione del controllo penalistico dell'odio, variamente inteso, con l'introduzione di fattispecie o di circostanze aggravanti *ad hoc*, com'è avvenuto, di recente per il negazionismo. Infatti, l'attribuzione allo strumento penale di finalità accentuatamente preventive, in senso repressivo-deterrente, risulta in contrasto con i principi della nostra Legge fondamentale e, in particolare, con la funzione costituzionale della pena come integrazione sociale, nella quale prevalgono gli aspetti positivi della prevenzione generale e di quella speciale.

Com'è noto, il principio della finalità rieducativa della pena, sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., unitamente alle norme costituzionali che riconoscono all'individuo autonomia e dignità, secondo i dettami dello Stato di diritto (artt. 2, 3, comma 1, 19, 21 Cost.), e a quelle che esprimono la prospettiva solidaristica, tipica dello Stato sociale (artt. 3, comma 2, 4, 34 Cost.), inducono a ritenere che, nel nostro ordinamento, la pena debba perseguire, quale unica legittima funzione, la risocializzazione o la non ulteriore desocializzazione del condannato.

Alla luce di tali principi, non possono, invece, costituire il fine ultimo della pena la mera retribuzione ovvero gli aspetti negativi della prevenzione generale e di quella speciale, che ricollegano alla minaccia e all'inflizione della pena – appunto – finalità di deterrenza, rispetto alla futura commissione di reati.

Tanto meno potrebbe giustificarsi l'esercizio del potere punitivo per fini di stabilizzazione sociale: in uno Stato liberal-solidaristico il diritto penale non può fungere da strumento di 'direzione sociale', ma di mero 'controllo sociale'; non può assumere compiti di promozione e realizzazione di nuovi interessi, non ancora affermatasi o non ancora condivisi nella società, al fine di plasmare culturalmente il modo di pensare della collettività. La minaccia della pena può svolgere un ruolo positivo di consolidamento dei valori nei consociati, solo allorquando questi siano già diffusi. Ne va – se non altro – della stessa efficacia della finalità di prevenzione dei comportamenti contrastanti con

il precetto, che, se non è accompagnato dalla interiorizzazione del valore tutelato dalla norma finisce, comunque, per restare inosservato, con conseguente perdita di legittimazione del diritto penale.

In termini di funzione della pena, questo è il principale argomento che sconsiglia l'introduzione di nuovi reati di opinione, con riferimento ai discorsi d'odio. Quanto ai c.d. crimini di odio, è vero che, in essi, al disvalore del reato-base – già punito a titolo di minacce, ingiuria, lesioni, omicidio e così via – si aggiunge quello insito nella motivazione, che si esprime nella selezione della vittima in ragione della sua appartenenza a un gruppo, così che a quest'ultimo si trasmette, in termini di pregiudizio, la carica offensiva del fatto commesso nei confronti del singolo. Ma è anche vero che, allo stato della legislazione vigente, la motivazione d'odio può già rilevare, in termini di commisurazione della pena, in rapporto ai «motivi a delinquere», di cui all'art. 133, co. 2, n. 1 c.p. e, con effetto aggravante, come motivo 'abietto', ai sensi dell'art. 61, n. 1, c.p., assumendo, quale parametro di valutazione, nell'uno e nell'altro caso, i valori costituzionali e, dunque, l'oggettivo contrasto con tali valori, riscontrabile nella motivazione di odio discriminatorio. Ed è bene sottolineare, al riguardo, che la connotazione oggettiva della relazione tra l'aspetto da valutare, ai fini della determinazione in concreto del trattamento sanzionatorio – la motivazione – ed il parametro di riferimento – i vincolanti valori costituzionali – porrebbe il relativo giudizio al riparo dall'incertezza tipica di considerazioni di tipo meramente soggettivistico, pur riguardando l'atteggiamento interiore dell'agente.

L'introduzione di norme *ad hoc*, per queste ipotesi – che si tratti di nuove incriminazioni o di aggravanti speciali – riprodurrebbe la stessa simbolica sovrapposizione tra l'omicidio stradale ed il corredo di norme, già esistenti, in materia di omicidio, o quella tra l'aggravante introdotta dalla legge sul femminicidio e la minorata difesa.

Contrariamente a quello che si potrebbe pensare, in prima battuta, l'uso simbolico del diritto penale si risolve in danno delle stesse esigenze di tutela delle vittime, che ne vengono proclamate a fondamento, perché offre alle istituzioni la possibilità di mostrare una reazione 'forte', ma 'a costo zero', rispetto a fenomeni criminosi allarmanti. Però, uno Stato sociale di diritto dovrebbe assolvere i propri compiti solidaristici, nei confronti delle vittime, nel rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento penale e, dunque, valorizzando gli strumenti – ben più impegnativi – della prevenzione extrapenale, eventualmente affiancati da misure soddisfatorie degli interessi di quelle vittime di cui non sia riuscito ad assicurare la protezione *ex ante*. Al contrario, il ricorso simbolico al diritto penale, come strumento di prevenzione della vittimizzazione, finalizzato alla deterrenza o allo stigma di determinati comportamenti, va probabilmente inteso come espressione del decadimento del moderno Stato sociale, incapace di fronteggiare, con politiche multiagenziali ad ampio spettro, non solo i fenomeni criminali, ma anche i conflitti, le ingiustizie sociali, le diseguaglianze di ogni genere.

È proprio nell'interesse delle vittime dei fenomeni criminali, ivi compresi quelli a carattere discriminatorio, che al diritto penale non devono essere rimessi indebiti compiti di 'supplenza', rispetto all'attuazione di un serio impegno politico, sociale, economico e culturale in senso ampio, senz'altro più efficace – ma anche più gravoso per la politica e le istituzioni in genere – nella prevenzione della vittimizzazione, rispetto all'adozione di norme penali spesso 'frettolose', sistematicamente incoerenti e, di conseguenza, incapaci di funzionare adeguatamente all'interno del processo. Da questo punto di vista, pretendere l'impegno alla concreta e coerente applicazione delle norme già vigenti, in grado di garantire un'efficace repressione dei crimini in questione, è, senz'altro,

preferibile rispetto alla dispersione di energie istituzionali alla ricerca di soluzioni normative *ad hoc*, di tenore essenzialmente simbolico, che, come tali potrebbero alimentare il conflitto tra (potenziali) autori e vittime, se non rivelarsi controproducenti, ad esempio creando ‘martiri’ della libertà di espressione, nel caso dei discorsi d’odio, o diseguaglianze nel trattamento di categorie colpite dai crimini di odio, se disciplinati con taglio casistico.

Dunque, un corretto utilizzo del diritto penale come *extrema ratio*, il rispetto della funzione costituzionale della pena come integrazione sociale ed il contestuale rifiuto di finalità di mera deterrenza, oltre che non trascurabili ragioni di efficienza, tradite dall’assegnazione alla pena di una funzione promozionale o dall’uso simbolico del diritto penale, suggeriscono, in definitiva, di privilegiare forme di prevenzione della vittimizzazione di carattere extrapenale, con particolare riferimento al modello della c.d. prevenzione sociale, teso a rimuovere le cause stesse della criminalità, secondo quanto richiesto dai fondamenti solidaristici delle moderne democrazie. S’impone, in tal senso, una battaglia culturale che punti al riconoscimento di fondamentali diritti civili delle minoranze, oggetto di discriminazione, e all’adozione di c.d. *azioni positive*, nell’ambito delle politiche del lavoro, dell’assistenza, della sanità, dell’accesso ai servizi, queste sì con funzione promozionale rispetto alla rimozione delle situazioni ‘concrete’ di diseguaglianza. Queste ultime offrono terreno fertile agli ‘odiatori’, che potrebbero sentirsi finanche ‘legittimati’ nei propri comportamenti discriminatori rivolti verso gruppi a cui, di fatto, la società civile riconosce diritti minori o, per così dire, ‘attenuati’.

Si tratta, senz’altro, di un impegno a lungo termine e dal costo elevato, ma anche dell’unica tipologia di interventi che possano far nascere una vera e propria ‘cultura della vittima’ (anche) dei crimini di odio e, dunque, garantirne una seria e concreta tutela *ex ante*.



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

L'eutanasia attiva indiretta: problemi e prospettive

GIULIA BEGUINOT

ABSTRACT

The law n. 219/2017 enshrines the right of the patients, with serious and highly symptomatic diseases, to decide about refusing and terminating life-sustaining care, and, also, the right of these patients to palliative and end-of-life care. The aim of this work is highlight the main critical issues of end-life regulation and its lacks, especially after the Supreme Court recent judgment concerning the partial constitutional illegitimacy of the art. 580 c.p.

Sommario: 1. La l. n. 219/2017 come *tertium comparationis* della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. – 2. La salute come benessere psico-fisico della persona: il diritto a non soffrire. – 3. L'eutanasia attiva indiretta: un'espressione ancora equivoca?. – 4. Gli spazi di liceità dell'eutanasia attiva indiretta. – 5. Conclusioni.

1. Con la l. n. 219/2017 il legislatore, nel rispetto del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, riconosce e garantisce non solo il diritto di ciascun individuo, capace di agire, di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla sopravvivenza (art. 1), ma anche il diritto del paziente ad essere sottoposto alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, in presenza di sofferenze refrattarie alle terapie farmacologiche (art. 2, co. 2).

Il consenso, libero ed informato, del paziente assurge, *expressis verbis*, a condizione di liceità della somministrazione e prosecuzione di qualsiasi trattamento sanitario. Esso può essere manifestato in via contestuale al trattamento oppure può essere prestato, dal paziente, “ora per allora” in una disposizione anticipata, funzionale a regolare eventuali ipotesi di incapacità futura. Secondo la lettera delle legge, tale consenso non solo è vincolante per il medico, che «è tenuto a rispettare la volontà del paziente» ma anche per la struttura sanitaria, pubblica o privata, alla quale è fatto obbligo di garantire la «piena e corretta attuazione dei principi» sanciti dalla l. 219/2017.

A siffatti obblighi di rispetto dell'autodeterminazione terapeutica, fa da *pendant*, la previsione della non punibilità¹ per l'esercente la professione sanitaria che adempia alla volontà del paziente diretta ad ottenere un'eutanasia passiva – ai sensi dell'art. 1 l. 219/2017 – oppure un'eutanasia attiva indiretta – ai sensi dell'art. 2 l. 219/2017. In simili casi, i sanitari non saranno responsabili in sede civile, né saranno punibili, in sede penale, per la fattispecie di omicidio del consenziente, ai sensi dell'art. 579 c.p.

Questo intervento normativo – doveroso e troppo lungamente atteso – ha, senz'altro, il pregio di esprimere l'evoluzione di una coscienza sociale e giuridica ormai profondamente insofferente alla

¹ Per un'indagine sulla natura giuridica della non punibilità introdotta dalla l. n. 219/2017 ed in particolare per la sua riconducibilità al novero delle giustificazioni procedurali, v., ampiamente, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018; nonché, ID., *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 maggio 2019, 1 ss.

disciplina della tutela della vita come concepita nel codice penale del 1930, nonché di manifestare una rinnovata sensibilità al riconoscimento dei ‘diritti infelici’² degli ammalati. Al contempo, esso ha avuto l’effetto collaterale di evidenziare la già dubbia legittimità costituzionale dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio, di cui all’art. 580 c.p.

A ben vedere, invero, l’omissione da parte del legislatore di una previsione di coordinamento fra la disciplina dettata dalla l. 219/2017 e l’art 580 c.p. ha generato, come era prevedibile³, dubbi interpretativi di non poco momento legati alla irragionevole disparità di trattamento che l’operatività sincronica delle due discipline crea fra i titolari dei ‘diritti infelici’ ed in particolare fra gli ammalati, affetti da una patologia irreversibile, completamente dipendenti dalla terapia c.d. “*life-saving*” cui sono sottoposti – il cui rifiuto o la cui sospensione, pur causando la morte, è consentita – e gli ammalati c.d. irreversibili ma non terminali, ossia quei pazienti che, pur essendo, in concreto, vivi grazie alle terapie, non morirebbero, immediatamente, con il solo sottrarsi, ma necessiterebbero di una condotta attiva da parte di un sanitario, diretta a cagionarne la morte o ad agevolarne materialmente il proposito suicidario.

Invero, ad un paziente affetto da una patologia incurabile e soggetto a sofferenze intollerabili – non completamente controllabili con la terapia farmacologica – ma non prossimo al decesso che non abbia la possibilità di cagionarsi *manu propria* la morte – o non voglia infliggersene una violenta – la legge offre un’unica opzione per sfuggire ai tormenti che lo affliggono: si tratta della sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, cioè della somministrazione di farmaci – il cui potenziale effetto collaterale è un acceleramento del decesso – funzionali a renderlo incosciente finché morte non sopraggiunga⁴.

Da un lato, infatti, un’attività del sanitario funzionale a cagionare direttamente la morte di un paziente, sulla base del consenso di quest’ultimo, realizzerebbe un’ipotesi di c.d. “eutanasia attiva”, incriminata dalla fattispecie di omicidio del consenziente e non scriminata dalla l. 219/2017; dall’altro, anche qualsiasi condotta di aiuto al proposito suicidario del paziente autonomamente sorto – fino alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 – avrebbe integrato una condotta sussumibile nell’ampissimo ambito di operatività dell’art. 580 c.p., che, nella sua formulazione originaria, unitamente alle condotte di determinazione o rafforzamento dell’altrui proposito suicidario, punisce – peraltro con la stessa sanzione – anche “chi agevola in qualsiasi modo l’esecuzione” di un suicidio.

² L’endiadi “diritti infelici” si deve a M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite dell’intervento penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 marzo 2017. L’Autore li ricostruisce come diritti fondamentali del malato ed evidenzia come la situazione del paziente in condizioni irreversibili e di sofferenza intollerabile per malattie incurabili, resa possibile dalla stessa medicina che oggi consente un prolungamento artificiale della vita, sia differente da quella di qualsiasi altro soggetto che viene protetto dalle norme a tutela della vita. Nel diritto al rifiuto delle cure – riconosciuto a livello internazionale come diritto pieno anche quando il suo esercizio conduca alla morte – è contenuto, perciò, il riconoscimento del diritto di morire.

³ Dal pericolo di tale discriminazione metteva efficacemente in guardia, già nel 2002, S. RODOTÀ, *Il paradosso dell’eguaglianza davanti alla morte*, in S. Semplici (a cura di) *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 41. L’Autore, in particolare, osservava come “In concreto: se ho la sfortuna (uso deliberatamente questo termine) di sopravvivere con le mie sole forze, anche in presenza di sofferenze insopportabili, in un contesto che rifiuta gli interventi eutanasi e dunque il suicidio assistito, finisco col trovarmi in una condizione di minore libertà rispetto a colui il quale, sopravvivendo con mezzi meccanici o chimici, ha invece la possibilità di rifiutare le cure e di morire (...). Il suicidio assistito rimette colui che ha la sfortuna di sopravvivere (ripeto che l’espressione è mia) nella condizione di poter esercitare il diritto di lasciarsi morire che altrimenti gli verrebbe precluso”.

⁴ Sul punto, ampiamente, C. ROXIN, *Eutanasia, suicidio y derecho penal en Alemania*, in AA.VV., *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Però, 2008, 18.

I confini di tale quadro normativo sono stati ridelineati dalla Consulta che, attraverso l'innovativa e controversa tecnica decisoria delle “sentenze ad incostituzionalità prospettata”⁵, ha dichiarato, tramite il ‘combinato disposto’ dell’ordinanza n. 207/2018 e della sentenza n. 242/2019, la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. 219/2017, agevola l’esecuzione del proposito suicida, autonomamente e liberamente formatosi⁶.

Nell’ottica del legislatore, il valore fondamentale della vita non appare incompatibile con la sussistenza dell’obbligo in capo al sanitario di rispettare il volere del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno su piano naturalistico, da parte di terzi, come può essere, in concreto, il distacco di un apparecchio di ventilazione polmonare, accompagnato dalla somministrazione della sedazione profonda. Pertanto, secondo la giurisprudenza di legittimità, non vi è ragione per cui il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto a realizzare il proposito suicida, allo scopo di sfuggire alle sofferenze intollerabili che lo affliggono, senza ricorrere alla sedazione palliativa profonda.

Agli ammalati irreversibili la l. 219/2017 riconosce e garantisce tanto il diritto di morire tramite il distacco delle terapie *life-saving*, quanto il diritto di ottenere, farmacologicamente, un annullamento totale e definitivo della coscienza e volontà, potenzialmente idoneo ad accelerarne il decesso, fino a che morte non sopraggiunga. Dunque, in tale ambito specifico, secondo la Consulta, l’applicazione massiva del divieto di aiuto al suicidio finirebbe per limitare ingiustificatamente, nonché irragionevolmente, la libertà di autodeterminazione terapeutica, imponendo un’unica modalità – peraltro affatto priva di profili di criticità – per congedarsi dalla vita⁷.

Dalle argomentazioni della Consulta, quindi, da un lato, emerge che l’architettura che sostiene l’impianto della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. è la l. 219/2017, che viene individuata come “preciso punto di riferimento già presente del sistema” utilizzabile dalla Corte per orientare il proprio sindacato di legittimità; dall’altro, che la sedazione palliativa profonda continua, immaginata dal legislatore come una previsione di compromesso e di chiusura della disciplina sul fine vita, non manca di implicazioni problematiche.

Tale metodologia terapeutica, che in termini tecnici prende il nome di eutanasia attiva indiretta, consiste, come si accennava, nella somministrazione di farmaci funzionali a rendere il paziente incosciente, al fine di sottrarlo ad intollerabili sofferenze refrattarie alle terapie, fino al momento in

⁵ L’espressione si deve a G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull’attività svolta*, 2019, 11, in www.cortecostituzionale.it. In argomento, R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra ‘rime obbligate’ e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2/2019, 144; L. RISICATO, *L’incostituzionalità ‘differita’ dell’aiuto al suicidio nell’era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in F. S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 291; nonché C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen.*, 12/2019, 33.

⁶ “...di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”. Così, Corte cost., sent. n. 242/2019.

⁷ Sul punto, M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L’opzione non penalistica della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in F. S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., 124.

cui le sue funzioni vitali non cessino, ma presenta come effetto collaterale potenziale una diminuzione delle resistenze organiche dell'ammalato e dunque un abbreviamento della sua sopravvivenza.

Tale procedura ha sempre rappresentato, nel dibattito in materia di eutanasia⁸, un punto di compromesso fra le posizioni in conflitto, poiché il suo effetto diretto è quello di evitare dolori insopportabili agli ammalati di patologie particolarmente gravi; solo in via indiretta e potenziale a quest'ultimo effetto diretto è etiologicamente connesso un abbreviamento della vita del paziente.

Deve evidenziarsi, però, che tale procedura non rappresenta un'opzione terapeutica coerente con la coscienza di chiunque: il paziente che la sceglie, in concreto, si congeda dalla vita e dai propri affetti per sprofondare in uno stato di incoscienza senza sapere quando le sue funzioni vitali cesseranno e nella consapevolezza, sia che tale processo può non essere affatto rapido, sia di lasciare, al proprio capezzale, le persone che gli sono care ad attendere la sua morte.

2. La disciplina, dettata dall'art. 2 l. n. 219/2017, rubricata "terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase terminale della vita", sancisce l'obbligo per il sanitario di adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente – avvalendosi dei mezzi appropriati allo stato di quest'ultimo – anche nel caso in cui tali sofferenze derivino dalla scelta dell'ammalato di interrompere il trattamento sanitario indicato dal medico.

Tale opzione legislativa lascia trasparire in filigrana una evoluzione culturale profonda del concetto stesso di medicina e del rapporto medico-paziente: l'*ars medica* abbandona definitivamente il suo ruolo di scienza della guarigione del corpo per accogliere in sé una nuova funzione di cura della sofferenza, psichica oltre che fisica.

In particolare, la tendenza ad attribuire dignità e rilevanza alla dimensione psichica della salute – ossia a quella sofferenza che prescinde dall'esistenza di una patologia organica – rappresenta una delle maggiori conquiste dell'epoca contemporanea poiché, considerando l'essere umano nella sua sfera esistenziale oltre che biologica, restituisce una nuova dimensione del diritto alla salute inteso come diritto ad un benessere complessivo – esistenziale ed organico – che si manifesta anche nella libertà di prendersi cura di sé stessi e farsi curare in maniera conforme alla propria coscienza.

La stessa natura della sofferenza, quindi, assume una nuova dimensione indefettibilmente subiettiva, a cui consegue una evoluzione del compito del medico, che non è più, soltanto, eliminare la malattia, ma diventa, soprattutto, alleviare la sofferenza dell'ammalato nella misura e nel *quomodo* in cui questi la percepisce.

Una siffatta evoluzione postula l'abbandono dell'idea di medicina come scienza funzionale a salvare la vita per abbracciare quella, più moderna, di attività funzionale al benessere, complessivamente inteso, dell'ammalato; inoltre espunge dall'ambito della scienza medica l'etica del dolorismo, fondata sull'esaltazione della sofferenza intesa, in chiave religiosa, come momento fondamentale del percorso di purificazione dell'anima⁹.

⁸ Per un completo ed equilibrato compendio degli argomenti a favore e contro la legalizzazione dell'eutanasia attiva, v. A. ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, trad. it. a cura di G. Fornasari, in L. STORTONI (a cura di) *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, 71.

⁹ In materia di teologia della sofferenza, P. RATTIN, *L'esperienza della sofferenza alla luce della Bibbia*, 2016, in www.diocesitn.it. V., inoltre, K. J. WOJTYLA, *Enciclica, 'Evangelium Vitae' sul valore e l'invulnerabilità della vita umana*, n. 65, 1995. L'Autore, in particolare, esorta ad accogliere e apprezzare la vita "nella buona e nella cattiva sorte", rappresentando, l'una e l'altra, espressioni della volontà di Dio ed evidenzia come ciò divenga impossibile se, culturalmente, si propugna il prevalere di una «tendenza ad apprezzare la vita solo nella misura in cui porta piacere e

Ciò è perfettamente armonico con gli obblighi dell' esercente la professione sanitaria, sanciti dal codice di deontologia medica¹⁰, che impone ai sanitari la tutela della vita e della salute del paziente; in questa prospettiva la salute, come bene giuridico, viene identificata nel benessere psico-fisico globale dell'individuo, coinvolgente gli aspetti interiori dell'esistenza nel *modus* in cui questi li percepisce¹¹.

Questa interpretazione appare, inoltre, espressione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, poiché il concetto stesso di benessere deve declinarsi, caso per caso, in base alla libera e consapevole volontà del paziente, la cui coartazione è possibile, ai sensi dell'art. 32, 2 co., Cost. nei soli ed eccezionali casi in cui debba contemperarsi con l'interesse generale.

Tutto ciò si riverbera sul rapporto medico-paziente che abbandona definitivamente, non solo i crismi paternalistici del modello ippocratico, ma anche la sistematica concettuale dell'alleanza terapeutica tra parti asimmetriche, in cui il medico è in una posizione di preminenza rispetto al paziente. E ciò emerge chiaramente nella *littera legis* dell'art. 2 l. n. 219/2017, che sancisce l'obbligo per il medico di somministrare una terapia del dolore anche nel caso in cui il paziente non abbia seguito le sue indicazioni¹².

In questi termini, dunque, la legge assegna al medico il compito di consigliare – nel rispetto della sua autonomia professionale – e al paziente quello di scegliere – nel rispetto del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica – affinché i due vengano legati da un rapporto di 'alleanza terapeutica' fondato sulla fiducia nonché sulla collaborazione reciproca.

Abbandonata la tradizionale concezione di attività medica¹³ finalizzata al solo miglioramento delle condizioni del paziente – basata sulla indiscutibile opinione del sanitario – in favore di una sua concezione più completa, finalizzata alla cura della sofferenza, complessivamente intesa e soggettiva, sarà definibile come trattamento medico qualsiasi intervento finalizzato al miglioramento del benessere del paziente, anche se non orientato alla sua guarigione.

benessere», poiché in una siffatta concezione «la sofferenza appare come uno scacco insopportabile, di cui occorre liberarsi ad ogni costo». Per una diversa prospettiva, P. WELBY, *Lettera al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, in *Lasciatemi morire*, Milano, 2006.

¹⁰ Nel titolo II, capo I, del codice di deontologia medica, l'art. 3, rubricato "doveri del medico", sancisce che «Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza discriminazioni di età, di sesso, di razza, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace come in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è, dunque, ivi intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione di benessere fisico e psichico della persona».

¹¹ Ciò appare suffragato anche dalla nozione di salute indicata dall'Organizzazione mondiale della sanità come «stato di benessere fisico, mentale e sociale; non soltanto assenza di malattia». Siffatta dimensione sociale, dunque, acquista un pregnante significato per il paziente che voglia affermare il proprio diritto di non essere obbligato a scelte sanitarie, di natura esistenziale, contrarie al proprio modo di percepire il giusto e che, invece, sia in lotta per affermare i propri concetti di dignità e di "qualità di vita a misura d'uomo"; cfr. G. D'AVANZO, *Etica sanitaria*, Milano, 1987, 93.

¹² Evidentemente, l'obbligo del medico al rispetto della volontà del paziente abbraccia anche le ipotesi in cui il paziente, adeguatamente informato, abbia manifestato interesse alla prosecuzione delle cure puramente palliative: in tal caso, nonostante l'irreversibilità del decorso, il medico dovrà attenersi alla volontà del paziente, «con conseguente estensione dell'obbligo di garanzia al mancato mantenimento in vita del paziente», approfondendo tutte le sue energie al fine di consentirne il maggior benessere possibile. In tal senso, già, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 1984, 1008.

¹³ Come osserva M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 100, tradizionalmente l'attività terapeutica è stata apprezzata socialmente purché finalizzata ad intervenire in presenza di uno stato patologico o di un processo morboso, al fine di realizzare un obiettivo miglioramento delle condizioni fisiche del paziente. In rapporto a ciò, ci si chiede come qualificare quegli interventi che solo eufemisticamente possono definirsi terapie, non essendo prospettabile alcuna guarigione o alcun miglioramento dello stato di salute.

In termini siffatti, dunque, non c'è dubbio che fra i trattamenti sanitari dovuti al paziente debbano rientrare anche le cure palliative e la terapia del dolore.

Entrambe – che si pongono in un rapporto di *genus ad speciem* – sono destinate a pazienti affetti da patologie che la farmacologia moderna non è in grado di curare, ma mentre le prime sono funzionali a contenere il più possibile i sintomi invalidanti di una patologia, le seconde sono, più specificamente, dirette a contrastare una sintomatologia dolorosa ormai acuta e cronica.

Il riconoscimento del diritto alla somministrazione di entrambe già regolato dalle 'disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore', contenute nella l. n. 38/2010, viene, oggi, rafforzato dall'art. 2 l. n. 219/2017, che le inserisce nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza, sancendo che è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore al paziente che rifiuti o revochi il consenso ad un trattamento sanitario.

3. La *littera legis* dell'art. 2, co. 2, in particolare, specifica, «nei casi di pazienti che patiscano sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari il medico, con il loro consenso, può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore».

Siffatta pratica terapeutica necessita della presenza di tre condizioni contestuali¹⁴: a) una malattia inguaribile in uno stato avanzato; b) l'imminenza della morte; c) la presenza di uno o più sintomi refrattari alle terapie, adeguatamente verificati, o di eventi acuti terminali, con grave sofferenza sia fisica che psichica; come si diceva, concretandosi nella somministrazione di mezzi antalgici, funzionali a contrastare intollerabili sofferenze, refrattarie alle terapie, anche in grado di cagionare una diminuzione delle resistenze organiche¹⁵ del paziente ed accelerarne il decesso, risponde al nome tecnico di "eutanasia attiva indiretta".

Al di là della considerazione per cui, dal punto di vista etico, come si accennava, sull'argomento si è sempre registrata una generale concordia nel considerarla lecita, sia da parte delle posizioni cd. 'pro choice' – ossia coloro che rivendicano il proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica intesa anche come rifiuto di un trattamento sanitario salva-vita o come interruzione della propria esistenza quando essa è divenuta unicamente fonte di sofferenza – sia dalle opposte posizioni cd. 'pro-life'¹⁶ – ossia coloro che sostengono la necessità di incriminare qualsiasi forma di disposizione della vita –, la criticità essenziale che l'eutanasia attiva indiretta ha sempre posto agli interpreti del diritto è la necessità di distinguersi dalla – assai contigua – eutanasia attiva diretta.

Tracciare, con precisione, i confini fra 'l'aiuto nel morire' e 'l'aiuto a morire', ha sempre significato, in altri termini, definire i limiti dell'attività sanitaria non punibile¹⁷.

¹⁴ Sul punto, cfr. Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, "Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte", 29 gennaio 2016, in www.bioetica.governo.it.

¹⁵ La definizione è di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1995, 702.

¹⁶ Cfr. *op. ult. cit.*, 706; in particolare l'Autore evidenzia come l'eutanasia indiretta sia stata, tra l'altro, guardata con favore anche dalla dottrina cattolica; ricorda, infatti, le parole di Papa Pio XII nel suo discorso del 24 febbraio 1957 ai partecipanti al IX Congresso della Società Italiana di Anestesiologia in *Acta Apostolicae Sedis*, 1957, 49, 146: «Si tratta unicamente di evitare al paziente dolori insopportabili. Se tra la narcosi e l'abbreviamento della vita non esiste alcun nesso causale diretto, posto per volontà degli interessati o dalla natura delle cose (come nel caso in cui il dolore non potrebbe essere alleviato se non abbreviando la vita) e se, al contrario, la somministrazione di narcotici cagiona per sé stessa due effetti distinti, da un lato l'alleviamento dei dolori, dall'altro l'abbreviamento della vita, essa è lecita».

¹⁷ Sul punto, F. BRICOLA, *Vita Diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in L. Stortoni (a cura di) *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit. 215.

La questione in particolare, si è sempre posta sul piano causale, poiché come si è detto, la somministrazione, continuativa, di notevoli quantità di farmaci antidolorifici ad un paziente in condizioni cliniche già molto compromesse, oltre ad attenuarne le sofferenze, è ragionevolmente in grado di aggravarne le condizioni e causarne la morte in un momento antecedente a quello che sarebbe etiologicamente connesso al naturale decorso della patologia.

In assenza di una specifica normativa – come quella oggi esistente – la dottrina ha optato per ricostruzioni argomentative diverse al fine di sostenere uno spazio di non punibilità certo per l'eutanasia indiretta, ora nel senso di escludere la tipicità della condotta del sanitario – inquadrandola come una attività medica diretta a rendere tollerabile la vita residua e quindi non invece volta a farla cessare – ora nel senso di escludere la colpevolezza del sanitario per mancanza del dolo di omicidio.

Il superamento di entrambe queste argomentazioni si è infine ritrovato nella individuazione del fondamento della non punibilità dell'eutanasia indiretta guardando alla fattispecie nella sua dimensione oggettiva e facendo cioè leva sul contenuto dei doveri curativi e terapeutici dell'attività sanitaria che si individua nel benessere del paziente, complessivamente inteso, e non invece, nella necessità di combattere contro la malattia “ad ogni costo di sofferenza”¹⁸.

Posto che l'esigenza che queste autorevoli dottrine volevano soddisfare era collocare saldamente le terapie palliative e, in particolare, la terapia del dolore, nel novero dei trattamenti sanitari, affinché essi rappresentassero un innegabile diritto per il paziente irreversibile, si proponeva di abbandonare il termine “eutanasia attiva indiretta”, poiché eccessivamente carico di ambiguità sotto il profilo della non punibilità.

Tale auspicio, per la verità, è ancora ricorrente nelle più autorevoli ricostruzioni della dottrina; si evidenzia, in particolare, che sebbene sia possibile che la sedazione palliativa profonda continua, combinata con la terapia del dolore, possa accelerare il decesso del paziente che vi si sottopone, tale effetto non sia sempre certo.

Nello specifico, si sottolinea che «una sedazione profonda, applicata in modo appropriato – con un'adeguata verifica della mancata risposta dei sintomi alle terapie ed un uso proporzionato e monitorato dei farmaci – non produce, di regola, l'accorciamento della vita del paziente ma talora la estende¹⁹». Ancora una volta tale argomento viene proposto per allontanare dal diritto dell'ammalato ad ottenere una terapia palliativa profonda continua lo stigma e la punibilità dell'eutanasia attiva ed, in particolare, quindi, le opposizioni del pensiero conservatore che la osteggiano.

In tale prospettiva, ponendo l'accento sul fatto che non sempre siffatte terapie producano un'accelerazione del decesso del paziente, si propone di abbandonare “l'equivoca espressione eutanasia indiretta”²⁰.

Questa tendenza alla modifica della terminologia, per la verità, trova anche un'altra *ratio*. Essa è tipica dei dibattiti in materia di eutanasia e, ancor di più, della – evanescente – macro-area delle

¹⁸ L'espressione si deve a D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in F. S. Marini, C. Cupelli (a cura di) *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., 281. Osserva l'Autore, opponendosi ad un “dovere di vivere ad ogni costo di sofferenza”, che: «il riconoscere uno spazio di non illiceità dell'aiuto al suicidio è una presa d'atto della drammaticità dell'esistenza. Doverosa – alla luce dei principi costituzionali»; evidenzia, inoltre, che agli effetti penali, per aprire uno spazio siffatto, sarebbe sufficiente il riconoscimento della legittimità dell'aiuto al suicidio alle condizioni individuate dalla Consulta nell'ord. n. 207/2018. In tal senso, ID., *ivi*, 282.

¹⁹ Cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra (a cura di) *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, ed. I, Padova, 2019, 142 ss.

²⁰ *Ibidem*.

‘scelte eticamente sensibili’ e dipende dal fatto che il conflitto di opinioni su questi temi affonda le sue radici in quella che è, a tutti gli effetti, una battaglia ideologica tra due falangi opliti, molto spesso, decise a non ascoltarsi ed incapaci di capirsi, perché troppo impegnate ad imputarsi reciprocamente, ora di perpetrare un’antistorica superstizione, ora di non riconoscere il valore del più ‘sacro fra i doni della Provvidenza’.

Un tale scenario rappresenta un fertile terreno per il fruttuoso prosperare di estreme relativizzazioni, del cd. *slippery slope argument*, della *deductio ad absurdum*, e più in generale di differenti tecniche di dialettica eristica e stratagemmi ‘per avere ragione’²¹.

Un esempio di ciò si individua agevolmente già se solo ci si sofferma, nel dibattito fra i sostenitori della indisponibilità assoluta della vita e coloro che invece invocano il diritto a scegliere quando e come concluderla, sul *nomen* che si suole dare alle posizioni in conflitto.

I primi, si identificano, infatti, come ‘*pro-life*’ o ‘*pro-vita*’. Nella sola scelta terminologica, coloro che sostengono la necessità di incriminare qualsiasi forma di disposizione della vita, assumono anche – sulla base dell’ovvia sistematica del ragionamento antinomico – che qualsiasi posizione difforme o contraria sia ‘*pro-morte*’, ossia favorevole alla morte²².

²¹ Uno fra gli argomenti più diffusi in opposizione al riconoscimento del diritto all’autodeterminazione terapeutica come fondamento di liceità di alcune condotte astrattamente riconducibili agli artt. 579 e 580 del c.p. è il c.d. ‘*slippery slope argument*’, ossia quel sistema di ragionamento che partendo da una tesi ne trae conseguenze presentate come inevitabili ma, in realtà, assolutamente arbitrarie, in modo da riconnettere alla tesi iniziale una conclusione finale inaccettabile. Si evidenzia, per esempio, come il riconoscimento di una eutanasia pietosa si caratterizzi per una ‘fatale incontenibilità’, poiché “una volta aperta la breccia nel principio dell’intangibilità della vita, sul presupposto del “motivo pietoso” si schiude la “scivolosa china dei passi successivi” come l’esperienza insegna. «Di passaggio in passaggio a categorie affini la nozione di eutanasia si andrebbe dilatando: da quella passiva a quella attiva del moribondo, del malato incurabile non terminale e poi del ‘mostro’ e perché non anche del malato di mente? Col rischio di trasformare l’eutanasia pietosa da fenomeno individuale ed isolato a fenomeno collettivo su larga scala e l’estrema difficoltà, per altro, di distinguere il comune omicidio dall’eutanasia». Cfr. F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell’eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 8. Ebbene, può rilevarsi, provocatoriamente, come siffatto schema argomentativo non appaia estraneo alla c.d. dialettica eristica, ossia l’arte di disputare al fine di ottenere ragione. Nel suo decalogo dei trentotto stratagemmi per avere ragione, A. Schopenhauer, recuperando l’eredità di Cicerone e Machiavelli, insegna come è possibile, in uno scontro dialettico, annientare le ragioni dell’avversario, a prescindere dalla fondatezza dei propri argomenti. Connessi alla tecnica dell’argomento della ‘fallacia del piano inclinato’ appaiono: a) lo stratagemma n. 1: ‘l’ampliamento’. Consiste nel «condurre l’affermazione dell’avversario oltre i suoi limiti naturali, spiegarla nel modo più generico possibile ed esagerarla (...) poiché più generale diventa un’affermazione, a maggiori possibili attacchi essa è esposta». Nel caso di specie, Mantovani, per esempio, amplia il concetto di eutanasia pietosa fino a ricondurlo all’omicidio di soggetti incapaci. b) Lo stratagemma n. 2: ‘l’omonimia’. Consiste nella «utilizzazione dell’omonimia per estendere l’affermazione fatta a ciò che, eccetto la parola uguale, ha poco o nulla in comune con l’argomento in questione». Nel nostro caso, si estende il concetto di eutanasia pietosa a quello ‘dell’omicidio del mostro’. c) Lo stratagemma n. 32: «possiamo rapidamente annullare o almeno rendere sospetta una affermazione a noi opposta dall’avversario, riportandolo sotto una categoria odiosa, anche se essa sia in relazione con questa solo attraverso una somiglianza o in modo non vincolante». Mantovani lascia intendere che l’eutanasia pietosa sia riconducibile all’omicidio in generale e, in particolare, all’omicidio di soggetti fragili e vulnerabili. Così, consentire – in casi specificamente regolamentati – che il diritto all’autodeterminazione terapeutica possa fondare il diritto di rifiutare le cure comporterebbe, automaticamente, la non punibilità dell’omicidio di soggetti incapaci. Per approfondimenti sul tema della dialettica eristica, A. SCHOPENHAUER, *Eristische Dialektik - Die Kunst, Recht zu behalten* (1831), trad. it. a cura di G. G. GIANI, *L’arte di ottenere ragione*, Roma, 2013, 53 ss. Infine, per una critica allo *slippery slope argument*, v. J. FEINBERG, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto di morire*, trad. it. a cura del Centro Traduzioni Tridentino, in L. Stortoni (a cura di) *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull’eutanasia*, cit. 151.

²² Anche questa tecnica argomentativa può ricondursi alle regole della dialettica eristica, per cui si rinvia alla nota precedente. In particolare: «se il discorso verte su un concetto generale privo di un nome proprio, ma che deve essere indicato in senso tropico con una similitudine, noi dobbiamo allora scegliere subito la similitudine in modo tale che sia favorevole alla nostra affermazione (...). Questa è una sottile *petitio principii*: ciò che si vuole all’inizio dimostrare lo si mette prima nella parola, nella denominazione da cui esso poi ha origine mediante un semplice giudizio analitico». Cfr. ‘stratagemma n. 12’ in A. SCHOPENHAUER, *Eristische Dialektik - Die Kunst, Recht zu behalten*, cit., 85 ss.

In altri termini, chi chiede di esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica, al rifiuto di un trattamento sanitario salva-vita o all'interruzione della propria esistenza quando essa è divenuta, unicamente, fonte di sofferenza diventa, automaticamente, un 'sostenitore della morte'.

La risposta dei sostenitori della tesi '*pro-choice*' ad un siffatto approccio – nella necessità di sfuggire ad imposizioni di marca paternalista per rivendicare il riconoscimento della propria libertà esistenziale – si è sostanziata, anche, nella scelta di un generale atteggiamento *politically correct*, funzionale a conservare le proprie posizioni, ma riproponendole – con sforzi argomentativi di non poco momento – in una terminologia innovativa e mutevole.

Tale abitudine al politicamente corretto palesa senza indugi la sua insostenibile leggerezza nel momento in cui comporta il rischio di sacrificare la chiarezza concettuale sull'altare del compromesso formale poiché contribuisce – ed ha, in effetti, contribuito – ad una vera e propria tabuizzazione di alcuni termini, primi tra tutti: eutanasia e suicidio.

Sebbene allora ci appaia più che nobile il proposito di approfondire grande energia nella ricerca di un compromesso tra le posizioni contrastanti affinché siano sempre tenute lontane le suggestioni radicali di entrambe, ci appare parimenti importante evidenziare come tale compromesso debba avere natura sostanziale – e dunque concernere la ragionevolezza del bilanciamento dei valori costituzionali in conflitto – e non meramente formale, nonché come sia importante riportare sul piano concreto un dibattito che pare essersi spostato in una dimensione semantica.

4. L'abbandono del *nomen* "eutanasia attiva indiretta", come poc'anzi si è detto, si fonda nel rilievo che «la sedazione profonda applicata in modo appropriato non produca, di regola, l'accorciamento della vita del paziente, ma talora la estenda» e, conseguentemente, che non sempre, dunque, alla somministrazione di siffatte terapie sarebbe etiologicamente riconducibile, sul piano naturalistico, l'acceleramento del decesso.

Sebbene, le terapie palliative, eliminando o attenuando grandemente la sintomatologia dolorosa siano, in effetti, potenzialmente in grado di influire positivamente sul complessivo quadro clinico del paziente e di prolungarne la sopravvivenza, ci si domanda, però, come tale rilievo possa valere ad escludere la ricostruzione diametralmente contraria.

In altri termini, affermare che *di regola* la sedazione palliativa profonda continua non produce una riduzione della vita del paziente, non significa, contemporaneamente, affermare anche che qualche volta può?

Tale eventualità – e questo è l'aspetto, dal punto di vista giuridico, più rilevante – peraltro non la rende meno legittima ai sensi della legge n. 217/2017, poiché le terapie palliative sono garantite, invero, in funzione del diritto dell'ammalato a non dover subire sofferenze intollerabili, a prescindere dalle conseguenze indirette che, potenzialmente, possono produrre.

Per combattere l'ambiguità della eutanasia attiva indiretta, sia sotto il profilo ontologico che sotto il profilo della sua non punibilità, ci appare fruttuoso, invece di abbandonarne il *nomen*, indagarne il significato, attraverso un'eterointegrazione del diritto con la scienza medica.

Ebbene, la definizione clinica, di 'eutanasia attiva indiretta' che la dottrina medica classica propone è: «la somministrazione e il dosaggio di oppioidi e altri farmaci antidolorifici funzionali ad

alleviare il dolore, la dispnea, o altri sintomi che abbiano come complicità la possibilità di causare la morte del paziente per insufficienza respiratoria²³ ».

Per comprendere appieno i termini della questione, dunque, ci appare necessario chiarire il significato medico-scientifico della terminologia utilizzata dal legislatore quando sancisce il diritto del paziente a richiedere una sedazione palliativa profonda continua.

Nello specifico, per individuare i limiti di legittimità della condotta del sanitario in tali ipotesi, non può prescindersi dalla preventiva ricostruzione del *modus* della somministrazione delle terapie farmacologiche in termini generali.

Orbene, in primo luogo, si definisce farmaco una sostanza che viene somministrata ad un paziente al fine di: a) guarire una patologia, b) curare una patologia, c) alleviare i sintomi di una patologia, d) prevenire l'insorgere di una patologia.

La sua efficacia è ontologicamente connessa al suo dosaggio. Per essere valutata, in altri termini, deve rapportarsi a due parametri: quantità e tempo, nel quale viene somministrato.

Lo stesso medicamento, dunque, può tanto rivelarsi inutile, quanto salvifico, quanto pericoloso per la salute del paziente a cui viene somministrato, in base al *quantum* che questi ne assume. Siffatta quantità viene parametrata dai sanitari al fine di ottenere il c.d. '*desired effect*'²⁴.

L'assunzione del farmaco può comportare tuttavia anche dei c.d. '*side effects*'²⁵ – ossia effetti collaterali, secondari rispetto a quello 'desiderato' – nonché dei c.d. '*adverse effects*'²⁶ – ossia delle complicanze.

La differenza fra queste ultime due categorie di effetti, deve evidenziarsi, sta nel fatto che gli effetti collaterali possono essere tanto positivi, quanto negativi per le condizioni complessive del paziente; si differenziano dal c.d. '*desired effect*' solo nei termini in cui sono ulteriori o secondari a quest'ultimo. Diversamente deve dirsi per le complicanze che assorbono, invece, la categoria degli effetti collaterali sfavorevoli e quindi incidono sempre negativamente sul quadro clinico dell'ammalato.

Inoltre, l'assunzione dei farmaci, se ripetuta per periodi di tempo prolungati, può comportare uno stato di assuefazione che, a sua volta, induce la necessità di aumentarne il dosaggio per continuare ad ottenere il c.d. '*desired effect*'. La soglia limite per siffatto aumento è naturalmente costituita dagli effetti collaterali e, soprattutto, dalle complicanze.

È oltremodo evidente che i benefici di una terapia devono superare i rischi dell'assunzione della medesima²⁷.

Tale bilanciamento, tuttavia, deve anche rapportarsi alle condizioni cliniche del paziente e alle sue possibilità di guarigione.

²³ Cfr. E.J. EMANUEL, L. EMANUEL, *Palliative and end-of-life care*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine* (1958), XVI ed., New York, 2005, 64, tabella 9-9. In particolare, la c.d. '*indirect eutanasia*' – ossia 'eutanasia attiva indiretta' – viene definita «*administering opioids or other medication to relieve pain, dyspnea or other symptoms with the incidental consequence of causing sufficient respiratory depression to result in the patient's death*».

²⁴ In clinica farmacologica, si definisce '*desired effect*' o '*therapeutic effect*' l'effetto che si intende ottenere tramite la somministrazione di un medicamento. In argomento, per tutti, D. M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine* (1958), I, ed. XIX, New York, 2015, 31 ss.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. D. M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology. Indications for drug therapy: risk versus benefit*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine*, op. ult. cit., 32. In particolare, l'Autore osserva come «*It is self-evident that the benefits of drug therapy should outweigh the risk*».

In un paziente sottoposto a terapia farmacologica funzionale alla scomparsa della malattia o alla sua cura, l'aumento della dose di farmaco non potrà mai superare il dosaggio massimo delimitato dall'eventualità di insorgenza di complicanze senza fondare una responsabilità del sanitario, poiché obiettivo della terapia è l'allungamento della vita del paziente. Dunque, dovrà essere somministrata la minore dose possibile per ottenere il cd. *desired effect*²⁸.

Viceversa, in un ammalato in condizioni di sofferenza acuta e prossimo alla morte, il parametro per la quantificazione del dosaggio diventa la sua sofferenza e non l'allungamento della vita. Ne consegue che il sanitario può aumentare il dosaggio del farmaco per lenire le pene intollerabili del paziente anche se ciò aumenta la possibilità dell'insorgere di complicanze.

Invero, stabilire il bilanciamento fra il rischio e il beneficio di una terapia farmacologica non è questione di poco momento e per spiegare la complessità di tale operazione, la più autorevole dottrina medica propone come esempio proprio i pazienti affetti da patologie particolarmente gravi, «i quali possono essere sottoposti ad una terapia farmacologica che allevi i sintomi della malattia anche se abbiano come complicanza l'accelerazione del decesso. Questo tipo di decisione palesa la natura strettamente personale della relazione medico paziente»²⁹.

Tanto premesso, può affermarsi che, se la definizione di eutanasia attiva indiretta, così ricostruita, si identifica nella somministrazione di cure palliative – funzionale a lenire le sofferenze di pazienti che versano nella fase terminale di una patologia incurabile – i cui effetti collaterali possono accelerare il decesso del paziente e se l'art. 2 l. 219/2017 fonda il diritto alla somministrazione di terapie palliative senza distinguerle in rapporto agli effetti collaterali delle medesime, la legge, in sostanza, ritagli uno spazio di liceità per l'eutanasia attiva indiretta.

Una volta, dunque, superata l'ambiguità di tale concetto e una volta ricostruita una sua definizione, in accordo con la più avveduta – nonché diffusa – dottrina medica, non appare più necessario “abbandonare l'equivoca espressione eutanasia indiretta”, *in primis*, perché la pratica cui si riferisce può essere circoscritta attraverso l'eterointegrazione del sistema normativo con la scienza medica, *in secundis* perché tale definizione ha il merito di evidenziare la linea di confine fra un trattamento sanitario lecito – ai sensi della l. n. 219/2017 – e l'eutanasia attiva diretta.

L'unico stigma da cui è necessario allontanare, dunque, le ipotesi di somministrazione di cure palliative e, in particolare, del diritto alla sedazione palliativa profonda continua, è quello dell'eutanasia attiva diretta, poiché tale tipologia di intervento medico – che postula la somministrazione *manu aliena* di un trattamento sanitario univocamente diretto a cagionare la morte del paziente, sulla base della richiesta di quest'ultimo – continua a non trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto ricompresa nell'ambito di operatività dell'incriminazione dell'omicidio del consenziente, ai sensi dell'art. 579 c.p., e non autorizzata da altra disposizione.

²⁸ Così D. M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology. Summary*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine*, cit., 44 ss.

²⁹ Cfr. D. M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology. Indications for drug therapy*, cit., 32. In particolare l'Autore osserva che: «*establishing the balance between risk and benefit of drugs therapy is not always simple (...) therapies that provide symptomatic benefits but shorten life may be entertained in patients with serious and highly symptomatic diseases such as heart failure or cancer. These decisions illustrate the continuing highly personal nature of the relationship between the prescriber and the patient*». Per approfondimenti sulla metodologia di quantificazione delle dosi nelle 'chronic therapy', ID., *Principles of clinical pharmacology*, cit., 35. Infine, per approfondimenti in materia di terapie palliative, E. J. EMANUEL, L. EMANUEL, *Palliative and end-of-life care*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine*, ed. XIX, cit., 55 ss.

Invero, mentre l'obiettivo principale perseguito dal sanitario nell'eutanasia diretta è la morte dell'ammalato, nell'eutanasia attiva indiretta tale risultato è solo un effetto secondario – non voluto ed inevitabile – di un trattamento necessitato dalle deteriorate condizioni cliniche del paziente e dal suo stato di intollerabile sofferenza.

La circostanza che la l. n. 219/17 prenda le distanze dall'eutanasia diretta, inoltre, emerge chiaramente anche dall'ultima parte dell'art. 2, in cui si dispone, come si diceva, che nei casi di pazienti in condizioni di sofferenza refrattaria alle cure l'unica opzione consentita al sanitario è una terapia di sedazione palliativa profonda continua, unitamente alla terapia del dolore; ossia un trattamento sanitario funzionale ad alleviare il dolore del paziente, che potrebbe – o non potrebbe – accelerare il momento del suo decesso, ma che non può cagionarne direttamente la morte, la quale dovrà avvenire mentre il paziente è sospeso nel limbo della sedazione profonda.

In conclusione, dunque, la l. n. 219/2017 non intacca l'operatività dell'art. 579 c.p., in rapporto alle condotte di eutanasia attiva diretta, ma autorizza, nell'art. 1, l'eutanasia passiva, ossia le condotte di cd. *'letting die'* – per rifiuto di un trattamento sanitario salva-vita o interruzione dello stesso – e nell'art. 2, l'eutanasia attiva indiretta. Nello specifico, si vieta, poi, l'accanimento terapeutico³⁰.

Nell'art 2, co. 2, si prevede, infatti, *expressis verbis*, che nei casi di pazienti con prognosi infausta il medico debba astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione di cure e dal ricorso a trattamenti irragionevoli e sproporzionati.

Tale ultima opzione non è stata esente dalle critiche di chi denuncia una eccessiva discrezionalità del sanitario nella scelta di somministrare la sedazione palliativa profonda, poiché il legislatore la connette al concetto indeterminato di *'prossimità alla morte'*³¹.

In particolare, si sottolinea che l'imperscrutabilità di siffatto requisito non consentirebbe al medico di essere certo che tale trattamento non si concreti in una negazione del diritto alle cure.

Ci pare, tuttavia, che, in base a quanto ricostruito, anche tali argomentazioni possano superarsi.

A ben vedere, infatti, se da un lato è innegabile che la terapia del dolore e la sedazione palliativa profonda siano tecniche sanitarie ontologicamente destinate al paziente in fin di vita, è altresì vero che la loro somministrazione non trova la sua *ratio* nell'avvicinarsi della morte, quanto piuttosto nella sofferenza intollerabile dell'ammalato, che ha diritto a non soffrire.

Il sanitario che le propone, in altri termini, non sceglie una terapia funzionalmente diretta a tenere in vita il paziente il più possibile, ma ad evitare che costui patisca sofferenze intollerabili, poiché suo precipuo compito non è guarirlo, ma prendersene cura.

Per ragionare diversamente si dovrebbe essere in grado di individuare delle soglie di dolore *'standard'* in base alle quali consentire o meno una terapia palliativa.

Una simile conclusione ci appare assurda perché postula la possibilità di quantificare oggettivamente il dolore, obliterando tutte le conquiste ottenute dalla medicina contemporanea in

³⁰ Per accanimento terapeutico si intende la somministrazione ad un paziente di terapie sproporzionate ed inadeguate che rendono l'uomo un oggetto materiale di un intervento che ne sopprime la dignità. Tale concetto si utilizza in opposizione a quello di eutanasia attiva per limitarne i confini. In tal senso, M. RONCO, *Eutanasia*, in *Leggi d'Italia*, 2010, www.leggiditalia.it, 3. Diversamente, sulla necessità di abbandonare il concetto di accanimento terapeutico in quando ambiguo e strumentalizzabile, F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Leggi d'Italia*, 1990, www.leggiditalia.it, 7.

³¹ In tal senso, F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, cit., 463. L'Autore evidenzia criticamente la relatività delle diagnosi di incurabilità del male e della prognosi della morte imminente; di tali concetti – secondo l'Autore – non si può mai avere certezza, non potendosi dimenticare “la umana possibilità di errori che si trasformano nelle cd. *'guarigioni miracolose'*, quelle che, il più delle volte, stanno soltanto a dimostrare l'umana e naturale fallibilità dei giudizi medici”.

materia di personalizzazione delle terapie e considerazione dell'ammalato in quanto persona dotata di una autonoma coscienza nonché di una propria irripetibile ed insindacabile sensibilità.

A chi spetta decidere se la misura di un dolore inevitabile sia sufficiente affinché il paziente possa chiedere che venga finalmente eliminato, anche correndo il rischio di accelerare il sopraggiungere della morte?

La risposta, univoca, è nella legge: al paziente stesso.

5. L'ostinato recupero di una terminologia specifica, ed in particolare dell'espressione eutanasia attiva indiretta, non vuole misconoscere i risultati delle battaglie di quelle dottrine che hanno così grandemente contribuito a guidare l'evoluzione della coscienza sociale, la quale è stata il retroterra culturale e giuridico in cui affonda le radici la l. n. 219/2017. Piuttosto, esso è diretto, *mutatis mutandis* – alla luce soprattutto del recente intervento normativo e dell'eterointegrazione del dato giuridico con la scienza farmacologica che abbiamo proposto – ad utilizzare queste preziose osservazioni per farne solide fondamenta di una rafforzata teorica della non punibilità del sanitario che ponga in essere pratiche di eutanasia indiretta, nonché punto di partenza per conquiste che restano ancora da compiere.

La conoscenza chiara della fenomenologia di questa pratica terapeutica, dei metodi con cui si applica nonché delle conseguenze che comporta ci appare ancor più importante alla luce della recente declaratoria di parziale illegittimità del reato di aiuto al suicidio, previsto e punito dall'art. 580 c.p. di cui si accennava all'inizio.

La Corte costituzionale fa proprie alcune considerazioni già emerse nel dibattito sulla liceità delle pratiche eutanasiche relative ai profili di criticità della sedazione palliativa profonda continua e soprattutto concernenti la scelta politico-criminale di individuarla come possibilità unica per l'ammalato che, pur essendo afflitto da sofferenze che reputa intollerabili – e non completamente attenuabili con la terapia farmacologica – a causa di una patologia incurabile, non sia assolutamente dipendente da un trattamento sanitario salva-vita.

Mentre, sul piano astratto del dibattito etico e giuridico in materia di terapie di fine vita, infatti, l'eutanasia indiretta è apparsa come una opzione di compromesso capace di soddisfare l'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica senza autorizzare né condotte *manu aliena* direttamente orientate a cagionare la morte dell'ammalato terminale su sua richiesta nonché senza alterare l'operatività della punibilità per le condotte agevolative del suicidio di quest'ultimo, sul piano della prassi applicativa, questa sofisticata costruzione teorica ha mostrato il suo malfermo equilibrio.

Il diritto è vivo. All'uomo serve e in funzione delle esigenze dell'uomo si evolve. Così, nel momento in cui, nell'accadere concreto, si è evidenziato che individuare nella somministrazione della terapia palliativa profonda continua, unitamente alla terapia del dolore, l'unica opzione possibile, significa offrire all'ammalato una soluzione terapeutica che ha come effetto diretto l'annullamento totale e definitivo della propria coscienza e della volontà, sino all'indeterminato – ed indeterminabile – momento del suo decesso e come effetto indiretto l'inflizione di una sofferenza emotiva profonda in capo ai propri affetti, la legge n. 219/2017 ha manifestato le sue carenze e il diritto ha dovuto evolversi.

Nelle argomentazioni della Consulta, infatti, può scorgersi una rinnovata sensibilità per la prospettiva cd. *other regarding* delle terapie di fine vita, che non dovrebbe essere trascurata.

Sebbene rappresenti un principio di diritto ormai conquistato dalla cultura giuridica di questa epoca che ciascuno sia “l’unico autentico guardiano della propria salute, sia fisica, sia mentale che spirituale³²” nel solo limite della pari libertà del suo prossimo³³, non essendo imposizioni di marca paternalista compatibili con la Costituzione³⁴, non può ignorarsi che la malattia terminale compie la sua opera di distruzione, di regola, non solo sul morente, ma anche su ‘coloro che lo amano’; costoro non solo piegano la loro libertà alle esigenze del malato per assisterlo ma anche, dopo la di costui dipartita, subiscono il dolore per la sua perdita.

Ragionare in questi termini non significa attribuire agli affetti di un paziente terminale un ruolo in rapporto al prestare o meno il consenso alle terapie, ma aiuta a comprendere il perché, l’eutanasia attiva indiretta possa, per qualcuno, non essere reputata un’opzione a cui fare ricorso.

Essa può non apparire una scelta dignitosa non solo a colui che non ritenga coerente con la propria coscienza la prospettiva di sprofondare in una condizione – definitiva – in cui l’esistenza biologica si preserva ma quella biografica si volatilizza³⁵, ma anche a colui che si congeda dalla vita per sfuggire alla sofferenza, al prezzo, però, di spostarne il carico su coloro che lo amano.

In questi termini, il nostro auspicio è che il legislatore, in conformità con le istanze liberali e solidaristiche di cui la Costituzione costituisce felice sintesi³⁶, riprenda il percorso avviato nella l. n. 219/2017 e continuato dalla Consulta, completando una disciplina che oggi appare monca.

Il rango dei diritti in gioco lo esige.

³² Così J. S. MILL, *On liberty* (1859) trad. it. a cura di E. MISTRETTA, *La libertà*, Milano, 2018, 170.

³³ Per tutti, A. V. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, parte I, Erfurt 1799, r.a. Aalen 1973, 39 ss. Secondo l’Autore, «principio supremo di tutto ciò che è diritto richiede solo che la libertà di ognuno coesista con la libertà degli altri». In argomento, ampiamente, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 49.

³⁴ Sul punto, ampiamente, A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.* 2017, 3, 6 ss. Inoltre, per una critica al paternalismo giuridico v., per tutti, J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, New York-Oxford, 1984, *passim*.

³⁵ L’espressione si deve a M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2009, 439. L’Autore, in particolare, la riferisce alle condizioni di ‘stato vegetativo’ le quali possono anche rappresentare l’effetto indesiderato delle più moderne tecniche medico-scientifiche che consentono, oggi, un notevole prolungamento della vita umana, nella sua dimensione ‘biologica’. In argomento, v. altresì, R. DWORKIN, *Life’s Dominion: an Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, trad. it. di C. Bagnoli, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, S. Maffettone (a cura di), Milano, 1994, 50 ss. In particolare, l’Autore, nel suo studio mette in luce come la distanza tra le posizioni ‘conservatrici’ e quelle ‘progressiste’ in conflitto in materia di disponibilità della vita, non si ritrovi nell’*an* del rispetto o meno della sacralità della vita, quanto, invece, nel *modus* differente in cui tale sacralità della vita sia intesa e rispettata da entrambe ed evidenzia, dunque, come chi sposa una visione religiosa di vita la intende esclusivamente come ‘investimento naturale’, ossia processo biologico, identico a sé stesso, dal momento del suo concepimento a quello della morte; dall’altro, chi intende la vita come ‘investimento umano’ tende a concepirla, invece, come processo creativo, *in fieri*.

³⁶ Sul punto, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.; ID. *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto. Relazione di sintesi* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, 1720, nonché, ampiamente, ID, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 29 ss.

La punibilità del falso valutativo: tra tensioni ermeneutiche e rinuncia all'*ars legiferandi*

VINCENZO GIORDANO

ABSTRACT

The article deals with the issue of the criminality of false valuations, starting from the jurisprudence prior to the ruling in 2016. Upon the outcome of the analysis of the sentence, the Author, through the study of the last sentences, tries to draw some conclusions on the relationship between law and jurisprudence

SOMMARIO: 1. La legge n. 69 del 2015: la riformulazione del delitto di false comunicazioni sociali. Cenni. – 2. L'interpretazione iniziale restrittiva della Corte di Cassazione. – 3. L'interpretazione estensiva. La sentenza Giovagnoli. – 4. Considerazioni critiche. Conflitti ermeneutici e controllabilità del risultato. Il diritto penale tra legalità ed interpretazione. – 5. La risposta delle Sezioni Unite: compromesso e prevedibilità. – 6. Dinamiche giurisprudenziali e inesorabilità del dato normativo.

1. Con la legge del 27 maggio 2015 n. 69¹ il legislatore, nell'ambito di un ulteriore intervento per contrastare il fenomeno corruttivo², ha riformato la materia delle false comunicazioni sociali, con l'intento politico di restituire severità ed effettività alla risposta punitiva, in una posizione di chiara discontinuità rispetto alle scelte operate con il d. lgs. n. 61 del 2002.

Pietra d'angolo del diritto penale societario³, il delitto di false comunicazioni sociali rappresenta, infatti, un esempio di reato spia⁴, essendo in grado di segnalare possibili dinamiche corruttive, in quanto costituisce spesso l'artificio contabile attraverso il quale si costituiscono i cd. fondi neri⁵. Per tale motivo la riforma del falso in bilancio è stata attuata attraverso una legge anticorruzione, nel chiaro intento di anticipare e inasprire l'intervento punitivo ad un momento antecedente l'effettiva corruttela, seppur ad essa prodromico.

Il legislatore, molto sensibile al tema, ha inteso quindi attribuire alla nuova normativa una funzionalità inquisitoria, garantendo, attraverso le nuove cornici edittali previste dagli artt. 2621 e 2622 c.c. l'applicazione di misure cautelari personali e, per la seconda norma, di misure di ricerca della prova incisive come le intercettazioni ambientali e telefoniche⁶.

¹ “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica Amministrazione, di associazione di tipo mafioso e di falso in bilancio”.

² La legge si pone soltanto a tre anni di distanza dalla cd. legge Severino n. 190 del 6 novembre 2012. Per le direttrici politico criminali della legge vedi V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2015.

³ C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. soc.*, 2001, 1369 ss.

⁴ Cfr. V. MANES, *Commento agli artt. 2621- 2621 bis- 2621 ter- 2622 c.c.*, in P. Abbadessa e G. Portale (a cura di), *Codice delle s.p.a.*, Milano, 2016, 3499 ss.

⁵ Cfr. F. M. IACOVIELLO, *Le responsabilità degli amministratori nella formazione dei fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, 3561.

⁶ Parla di pene di una severità senza uguali in ambito europeo G. LUNGHINI- L. MUSSO, *Falso in bilancio e altri reati a tutela del risparmio: le novità penali ed amministrative*, in *Dir. prat. soc.*, n. 3/2016, 56 ss.

Focalizzando l'attenzione sull'esame tecnico giuridico della riforma, la legge n. 69 del 2015 ha, in primo luogo, mutato l'oggettività giuridica protetta dalle norme. Attraverso, infatti, l'eliminazione delle soglie di rilevanza ed il regime di procedibilità d'ufficio, le nuove fattispecie tutelano il bene dell'informazione e della trasparenza societaria, bene strumentale funzionale alla tutela di numerosi beni finali, tra cui anche il patrimonio dei soci e dei creditori.

Sottesa all'intenzione del legislatore vi è la consapevolezza, diffusa soprattutto tra la dottrina⁷, secondo la quale una informazione opaca inquina le scelte degli operatori economici, impedendo una efficiente collocazione delle risorse, minando la fiducia dei risparmiatori nel sistema finanziario. Fine ultimo, pertanto, della protezione della informazione societaria è la tutela dello sviluppo e del benessere collettivo⁸.

In tale ottica, l'intervento riformatore ha mutato radicalmente l'assetto di tutela.

Superata la precedente progressione criminosa tra una fattispecie contravvenzionale di pericolo (art. 2621 c.c.) e un delitto di danno (art. 2622 c.c.), il legislatore ha introdotto due reati di pericolo concreto, differenziati dalla tipologia societaria coinvolta.

Ad una ipotesi generale relativa alle società non quotate, si affianca una ipotesi speciale relativa alle società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato.

Completano la riforma gli artt. 2621 *bis* e 2621 *ter* c.c. che disciplinano rispettivamente, in una criticabile ottica di eccessiva frammentazione non sorretta da un adeguato coordinamento, i fatti di lieve entità ed i fatti di particolare tenuità⁹.

Soffermandoci in particolare sul delitto di false comunicazioni sociali per le società non quotate, il legislatore è intervenuto in maniera incisiva sia rispetto alla fattispecie oggettiva che rispetto alla fattispecie soggettiva del delitto.

Immutati i soggetti attivi e l'oggetto materiale della condotta¹⁰, le novità riguardano proprio la condotta descritta dalla norma.

Oggetto di numerose modifiche normative nel corso del tempo (si è infatti passati dalla esposizione di fatti falsi previsti nel codice del commercio del 1882, ai fatti non rispondenti al vero del codice civile del 1942, fino ai fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetti di valutazione nella riforma del 2002), la norma oggi prevede quale condotta del reato l'esposizione di "fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero" ovvero l'omissione di "fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge" (in relazione alle omissioni, la precedente norma puniva l'omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge).

I fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero devono avere ad oggetto la situazione economico, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo a cui la società appartiene e devono essere esposti o omessi in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore.

Soppressi e non riprodotti sono i commi terzo e quarto della precedente formulazione normativa, i quali prevedevano appunto soglie di punibilità percentuali, in relazione alla falsità dello

⁷ In questi termini si espresse già C. PEDRAZZI, *Diritto penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 138.

⁸ Come sostiene la dottrina dell'economia aziendale, tra cui P. GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 febbraio 2016.

⁹ Non dimenticando che risulta comunque applicabile il combinato disposto tra gli artt. 2621 c.c. e 131 *bis* c.p.

¹⁰ Confermata, pertanto, l'irrilevanza penale delle condotte che riguardano comunicazioni atipiche, comunicazioni interorganiche e quelle dirette ad un unico destinatario, salvo la configurazione di fattispecie diverse come il reato di truffa.

stato patrimoniale e del conto economico ed alle valutazioni estimative.

Per effetto di tale incisione, l'ambito di applicabilità della fattispecie risulta pertanto ampliato.

In relazione, invece, alla fattispecie soggettiva, immutato il dolo specifico (“al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto”), il legislatore ha sostituito il requisito “dell'intenzione di ingannare i soci o il pubblico” con l'avverbio “consapevolmente”, nell'intento di escludere la punibilità per dolo eventuale, figura molto diffusa nel diritto penale societario¹¹.

L'intervento normativo risulta, complessivamente, contrassegnato da un *deficit* di determinatezza e precisione, oltre che da una assenza di coordinamento della normativa, a causa dei numerosi profili di incertezza che emergono dall'esegesi della riforma anche alla luce delle problematiche giurisprudenziali che avevano in passato interessato la fattispecie.

Proprio tali ambiguità hanno innescato una convulsa vicenda giurisprudenziale, interna alla quinta sezione della Cassazione penale, in relazione alla persistente punibilità del falso valutativo, culminata nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 9186 del 2016¹².

2. La vicenda giurisprudenziale che si intende qui descrivere non ha avuto ad oggetto direttamente l'articolo 2621 c.c. bensì l'art. 223, co. 2, n.1 della legge fallimentare, ai sensi del quale “si applica alle persone suddette (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite) la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 se hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuni dei fatti previsti dagli artt. 2621, 2622, 2626, 2628, 2832, 2633 e 2634 del codice civile”.

Il quesito che si è posto la giurisprudenza è stato, pertanto, quello relativo alla continuità normativa tra la nuova e la precedente formulazione dell'art 2621 c.c., a causa degli evidenti riflessi sulla fattispecie di bancarotta impropria.

In particolare, la quinta sezione penale si è interrogata sulla punibilità delle falsità concernenti le valutazioni estimative, questione problematica costante nell'esegesi delle false comunicazioni sociali.

Stante il precedente e costante orientamento giurisprudenziale che riteneva punibili tale tipo di falsità, attraverso la valorizzazione dell'inciso “*ancorché oggetto di valutazione*” e delle soglie di rilevanza previste dal quarto comma in relazione proprio alle valutazioni estimative, ci si interroga ora se, l'eliminazione di questi due elementi abbia determinato una parziale *abolitio criminis* in relazione alle falsità concernenti le valutazioni estimative.

La prima pronuncia ad esprimersi sul punto, tra l'altro pochi giorni dopo l'entrata in vigore della riforma, è stata la sentenza della quinta sezione del 16 giugno 2015, n. 33774¹³, al cui orientamento è stato poi dato seguito, con motivazione sostanzialmente equivalente, dalla sentenza del 22 febbraio 2016, n.6916¹⁴.

Tale orientamento, nell'abbracciare la tesi secondo la quale la riforma avrebbe espulso dall'area

¹¹ Cfr. in senso critico F. MUCCIARELLI, *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015.

¹² Cass. pen., sez. V, ordinanza del 2 marzo 2016 n. 676, Pres. Vessichelli, Rel. Amatore, ric. Passarelli, in www.giustizia.it.

¹³ Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2015 (dep. 30 luglio 2015), n.33774, Pres. Lombardi, rel. Miccoli, ric. Crespi, in www.giustizia.it.

¹⁴ Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2016 (dep. 22 febbraio 2016), n. 6916, Pres. Zaza, rel. Amatore, ric. Banca X, in www.giustizia.it.

di rilevanza penale i falsi valutativi, adopera svariati criteri ermeneutici che contrassegnano la materia penale¹⁵.

L'analisi principia correttamente dall'esegesi del dato testuale.

L'eliminazione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazione", in combinato disposto con la nuova natura di reato di pericolo concreto, attesa la scomparsa delle soglie di rilevanza penale, in particolare quelle concernenti le valutazioni estimative, e con la riformulazione della condotta omissiva non possono essere considerati dati neutrali.

Nella formulazione precedente della norma vi era, infatti, una sorta di contraddizione semantica che annichiliva il significato letterale della disposizione.

L'espressione materiali, riferita ai fatti, entrava in rotta di collisione con la proposizione concessiva relativa alle valutazioni, così che il proprio valore semantico risultava depotenziato ed eliso.

L'assenza, nella riforma, di un qualsiasi riferimento testuale alle valutazioni permette il riespandersi del significato comune dell'espressione "fatti materiali".

L'aggettivo materiali, nel dettaglio, non può che richiamare l'attenzione dell'interprete ad una dimensione di oggettività dei fatti, escludendo appunto i fatti immateriali quali le valutazioni. Siffatta conclusione è avvalorata dal canone ermeneutico della costanza terminologica, secondo il quale un sintagma assume, nel medesimo settore ordinamentale, sempre lo stesso significato, salvo espressa deroga¹⁶.

La locuzione "fatti materiali" trova riconoscimento in ambito penalistico per la prima volta con la legge n. 154 del 1991 per circoscrivere l'oggetto del reato di frode fiscale *ex art. 4 lett. f) l. n. 516 del 1982*.

Il citato articolo incriminava l'utilizzazione di "documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero", nel chiaro intento di escludere dall'area di rilevanza penale qualsiasi valutazione compiuta nella dichiarazione dei redditi. Per superare tale scelta, il legislatore ha dovuto intervenire espressamente, sancendo, con la riforma tributaria attuata con il d. lgs. n. 34 del 2000, la rilevanza penale delle valutazioni estimative divergenti da quelle ritenute corrette, seppur entro la soglia di tolleranza del 10% (art. 7 comma 2).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, all'espressione "fatti materiali", adoperata dal legislatore del 2015, senza alcun riferimento testuale alle valutazioni, non può che essere attribuito il medesimo significato già sperimentato dal legislatore in altri ambiti del diritto penale, in particolare il diritto penale tributario.

D'altronde, tale risultato interpretativo è avvalorato dal canone della *intentio legis*, inteso come *voluntas legislatoris*¹⁷.

Più specificamente, la Corte valorizza l'*iter* dei lavori parlamentari, dai quali si evince che l'attuale formulazione della norma è frutto di uno specifico emendamento al disegno di legge originario, il quale adoperava, per descrivere l'oggetto del falso, l'espressione onnicomprensiva delle "informazioni", sicuramente in grado di ricomprendere le valutazioni.

La vicenda parlamentare costituisce un indice sicuro della volontà del legislatore storico, non

¹⁵ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 123 ss.

¹⁶ Cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 158.

¹⁷ Cfr. M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 marzo 2016.

esplicitata nel corso dei lavori preparatori, di non attribuire più rilevanza penale alle attività di mera valutazione o di stima. Tale emendamento costituisce, dunque, la modalità attraverso la quale la riforma ha inteso incidere sul dibattito del falso valutativo, che contrassegna la fattispecie di false comunicazioni sociali sin dal 1942 e che il legislatore “*non poteva ignorare*”.

Nella medesima direzione si muove il criterio sistematico, che le sentenze in commento adoperano come argomento *a contrario*.

La riforma attuata tramite la legge n. 69 del 2015 interviene nel contesto normativo del diritto penale societario, dove vige l’art. 2638 c.c., denominato «ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche», che incrimina i medesimi soggetti attivi previsti dagli artt. 2621 e 2622 c.c., che espongono, nelle comunicazioni dirette alle autorità pubbliche di vigilanza, «fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazione».

Alla luce del criterio interpretativo “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, non avendo il legislatore modificato tale fattispecie, l’eliminazione della proposizione concessiva nel delitto di false comunicazioni sociali non può che aver inciso sull’ambito applicativo della stessa, sottraendo a tale incriminazione i fatti valutativi.

Questi sono le considerazioni principali avanzate dalla tesi giurisprudenziale restrittiva, alle quali si aggiunge un’argomentazione manifesto in merito al principio di legalità.

Secondo la Corte, in assenza di soglie di rilevanza in grado di tipizzare le condotte penalmente rilevanti, l’interpretazione restrittiva è l’unica compatibile con il principio di tipicità.

Continuare a punire il falso valutativo, si legge nella prima delle sentenze citate, in assenza di un esplicito riferimento alle valutazioni estimative, «finisce, con una interpretazione estensiva della nozione di fatti materiali, per lasciare all’interprete la discrezionalità (e quindi l’arbitrio) di precisarne la rilevanza, in evidente violazione del principio di tipicità del precetto penale».

Pertanto, in tema di bancarotta fraudolenta impropria da reato societario, *ex art. 223, comma secondo, n. 1, R.D. 16 marzo 1942 n. 267*, la nuova formulazione degli artt. 2621 e 2622 c.c., introdotta dalla l. 27 maggio 2015 n. 69, ha determinato una successione di leggi penali con effetto abrogativo, peraltro, limitato alle condotte di errata valutazione di una realtà effettivamente sussistente.

Con tale inciso finale la Corte ha inteso assicurare quel filone dottrinale secondo il quale, essendo il bilancio composto principalmente da poste valutative, l’interpretazione restrittiva avrebbe condotto ad una sostanziale depenalizzazione del falso in bilancio.¹⁸

Secondo la Corte oltre ai casi in cui la condotta è incentrata sul mendacio ricadente su fatti materiali («ricavi gonfiati», «costi sostenuti ma sottaciuti», «mancata svalutazione di una partecipazione nonostante l’intervenuto fallimento della società controllata, omessa indicazione di un debito derivante da un contenzioso nel quale si è rimasti definitivamente soccombenti»), costituisce esposizione di un fatto materiale rilevante non rispondente al vero anche l’attribuzione di un valore da una realtà insussistente.

Proprio alla luce di tale precisazione, nella specifica vicenda processuale, la Corte giunge a confermare la condanna per le imputazioni relative all’iscrizione di crediti verso clienti nell’attivo dello stato patrimoniale, inesistenti perché originati da contratti appositamente predisposti ovvero

¹⁸ Tra tutti F. MUCCIARELLI, *Le nuove false comunicazioni sociali*, cit.

afferenti al successivo esercizio¹⁹.

3. A conclusioni diverse giunge la sentenza n. 890 del 2016²⁰.

Paradossalmente, la Corte impiega quasi i medesimi criteri ermeneutici della tesi in precedenza esposta per argomentare una conclusione opposta, ossia la continuità normativa tra la nuova e la precedente formulazione dell'art. 2621 c.c.

Significativo come, dopo aver illustrato la vicenda legislativa che ha interessato il delitto in esame, l'*iter* argomentativo si apra con una presa di posizione forte in merito alle regole interpretative che devono caratterizzare il diritto penale.

Si legge, infatti, nelle prime pagine della sentenza che «l'interpretazione deve, primariamente, confrontarsi con il dato attuale nella sua pregnante significazione, e con la *voluntas legis* quale obiettivizzata e storicizzata nel testo vigente, da ricostruire anche sul piano sistematico – nel contesto normativo di riferimento – senza che possano assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno».

La volontà del legislatore altro non è, quindi, che la «volontà consacrata nel dettato normativo»²¹.

Seguendo il medesimo ordine argomentativo esposto nella sentenza “Crespi”, viene adoperato come dato di partenza il criterio letterale.

Secondo la Corte, l'eliminazione dell'inciso “ancorché oggetto di valutazione” non può assumere alcun significato giuridico rilevante. Si tratta di una tipica proposizione concessiva dalla finalità ancillare, che assume una funzione esegetica e non additiva²².

Il legislatore non ha fatto altro che “*alleggerire*” il carico letterale della fattispecie, espungendo una precisazione superflua, una mera superfetazione linguistica²³.

Il baricentro della fattispecie è costituito linguisticamente dalla esposizione o omissione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ed è su questo dato che, anche attraverso il criterio logico-sistematico, deve vertere l'interpretazione.

Nell'esegesi del significato dell'espressione fatti materiali rilevanti il criterio letterale non può far riferimento alla comune accezione delle parole adoperate, bensì, trattandosi di termini tecnici, l'interprete deve attingere alle medesime scienze e discipline che sono a fondamento della materia.

Nello specifico, i termini materiali e rilevanti trovano la loro genealogia in una «trasposizione

¹⁹ Gli imputati sono stati invece assolti per l'iscrizione all'attivo dello stato patrimoniale di crediti verso controllate in parte inesistenti perché artificialmente costruiti e in parte irrealizzabili, nonché di immobilizzazioni finanziarie e immobiliari in violazione di precise norme di legge per importi superiori a quelli effettivi.

²⁰ Cass. pen., sez V, 12 novembre 2015 (dep. 12 gennaio 2016), Pres. Nappi, rel. Bruno, ric. Giovagnoli, in <http://www.giustizia.it>.

²¹ La Corte sostiene sia questa l'interpretazione corretta dell'art. 12 preleggi, in aperto contrasto con la precedente sentenza n. 33774 del 2015 esaminata, dove il riferimento all'intenzione del legislatore è inteso in senso soggettivo e storicistico. Per una rivisitazione critica dell'art. 12, nel senso della sua incapacità a orientare compiutamente il giudice, v. G. TARELLO, *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*, in AA. VV., *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. GUASTINI, Bologna, 1980, 282 ss.

²² La Corte riprende le valutazioni di F. MUCCIARELLI, *Le nuove comunicazioni sociali*, cit.

²³ In dottrina, si riporta tal esempio per dimostrare tale assunto. Qualora la fattispecie di omicidio utilizzasse la formula “Chiunque cagiona la morte di un uomo, ancorché anziano e malato”, l'ipotetica ed eventuale eliminazione della proposizione concessiva nessun effetto sortirebbe sull'ambito applicativo della fattispecie, continuandosi a punire chiunque uccida uomini anziani e malati. L'esempio è riportato da M. GAMBARELLA, *Il ritorno del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 1723 ss.

letterale di formule lessicali in uso nelle scienze economiche anglo-americane e, soprattutto, nella legislazione comunitaria».

Alla luce di tali coordinate, la Corte ricostruisce il significato dei singoli termini.

La qualificazione dei fatti come materiali rinviene la propria genesi nel concetto di “materiality”, individuato come criterio fondamentale nella redazione del bilancio dalle scienze economiste anglo americane. Tale criterio esige che nella redazione del bilancio trovino ingresso soltanto dati essenziali e significativi, assumendo quindi il termine materiali un significato di essenzialità.

L’essenzialità dell’informazione è principio sotteso al più generale canone della chiarezza di matrice comunitaria²⁴, accolto nell’art. 2423 c.c. laddove richiede una rappresentazione veritiera e corretta della situazione finanziaria, patrimoniale ed economica della società e del risultato economico di esercizio.

Medesimo ragionamento per individuare il significato dell’espressione rilevanti.

Il termine si riconnette al concetto di rilevanza espresso dall’art. 2, punto 16, della direttiva 2013/24/UE, che definisce rilevante lo stato dell’informazione quando «la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli altri utilizzatori sulla base del bilancio dell’impresa».

Dalla direttiva in esame e tramite gli atti normativi di recepimento²⁵, si è introdotto nel nostro ordinamento un nuovo criterio di redazione del bilancio, appunto quello della rilevanza, ai sensi del quale l’informazione non deve essere fuorviante, distorcendo le decisioni degli utilizzatori²⁶.

Pertanto, materialità e rilevanza costituiscono concetti finalisticamente connessi ad assicurare una adeguata informazione societaria la quale, soffermandosi soltanto su dati essenziali, è in grado di orientare correttamente le scelte dei destinatari.

Allo stesso modo, anche il termine “fatti” assume una pregnanza contenutistica diversa rispetto alla comune accezione.

Deve tenersi conto, infatti, che il delitto di false comunicazioni non riguarda soltanto il bilancio ma anche altri vettori comunicativi (le altre comunicazioni sociali). Ciò considerato, l’espressione fatti, da intendersi nel senso di dato informativo, garantisce quella flessibilità ermeneutica in grado di adattarsi a tutte le forme di comunicazione previste dalla norma²⁷.

Al termine di tale percorso argomentativo, dopo un notevole sforzo ricostruttivo, la Corte espone la sua visione del principio di legalità, in netto contrasto con quella valutazione di sistema sul principio di tipicità esposta nella sentenza Crespi.

Si riconosce, infatti, che i concetti di materialità e di rilevanza siano caratterizzati da una intrinseca indeterminatezza, che il legislatore volutamente ha deciso di non correggere.

²⁴ Ci si riferisce al principio del “*true and fair view*”, menzionato nell’art. 2, comma terzo, della IV direttiva CEE sul bilancio di esercizio e nell’art. 16, comma terzo, della VII Direttiva CEE sul bilancio consolidato. Per una disamina di tali principi v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Milano, 2010, 454 ss.

²⁵ In particolare il d.lgs. n. 136 del 14 agosto del 2015.

²⁶ In realtà non si tratta di un principio del tutto nuovo per il nostro ordinamento. Il criterio della rilevanza, infatti, era contenuto in alcune disposizioni di dettaglio, oltre che all’interno del principio contabile OIC 11. La novità, allora, consiste principalmente nella sua configurazione quale clausola generale, ai sensi dell’art. 2423 c.c. Cfr. A. BEGHETTO, *La nuova disciplina giuridica del bilancio di esercizio dopo l’approvazione del d.legisl. 18 agosto 2015, n. 139 (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2/2016, 161.

²⁷ Inutile, pertanto, sarebbe stata l’espressione informazione, prevista dal disegno di legge originario, perché l’esposizione di un fatto materiale rilevante non può che tradursi in un’informazione.

Spetta al giudice, pertanto, determinare il contenuto dei concetti in esame, in un'indagine «che non può ritenersi arbitraria, in quanto, pur se irrefutabilmente discrezionale, attiene pur sempre ad ambito di discrezionalità tecnica, parametrabile sulla base degli ordinari dettati delle scienze contabili ed aziendalistiche».

L'assenza di soglie di rilevanza penale, che tanto aveva inciso nell'economia della tesi restrittiva, è compensata, come si legge nella sentenza in esame, dal criterio della rilevanza, che conferisce al giudice un potere discrezionale di accertamento del coefficiente di significatività della falsa rappresentazione²⁸.

Sulla base di tali premesse, la Corte risolve la questione concernente la punibilità del falso valutativo.

L'individuazione del significato di un qualsiasi enunciato, secondo la Corte, dipende dall'utilizzo dello stesso e dalla sua destinazione comunicativa²⁹. Il contesto comunicativo del bilancio è composto principalmente da dati estimativi, caratterizzati dall'attribuzione di un valore numerico a determinate componenti. È pertanto logico riconoscere che nel concetto di fatti, intesi quali dati informativi, essenziali (materiali), in grado di influenzare le decisioni dei destinatari (rilevanti), rientrano anche le valutazioni estimative, che costituiscono l'essenza del bilancio.

Il coefficiente di soggettività, e quindi opinabilità, implicito nel qualificare come falsa una valutazione è contenuto attraverso il noto concetto di vero legale. È la violazione di criteri predeterminati, legislativamente ovvero da prassi universalmente accettate, a costituire falsità, riducendosi il tal modo anche l'inevitabile discrezionalità del giudice.

Tale conclusione è in linea con l'orientamento costante della giurisprudenza in materia di falso ideologico (argomentazione sistematica), che inquadra nel paradigma della falsità la violazione di parametri valutativi normativamente predeterminati o universalmente accettati.

Su tale scia, la Corte enuclea il seguente principio di diritto: «lo statuto dell'enunciato valutativo dipende dal contesto della comunicazione; e, nello specifico, l'ambito di riferimento postula l'accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o tecnicamente indiscussi; e, proprio alla stregua di quei parametri, una valutazione può reputarsi vera o falsa».

Vi sono, inoltre, due ulteriori argomentazioni che corroborano il principio di diritto espresso.

In una prospettiva teleologica, l'inserimento della riforma del falso in bilancio in una legge anticorruzione rappresenta un dato importante ai fini dell'interpretazione della fattispecie.

Estromettere dall'area di rilevanza penale le false valutazioni estimative conduce inevitabilmente a frustrare l'ispirazione politico criminale della riforma, perché sono soprattutto questo tipo di operazioni contabili a costituire il sostrato del fenomeno corruttivo.

In altri termini, una lettura restrittiva dei fatti materiali rilevanti condurrebbe ad una sostanziale *interpretatio abrogans* del delitto, in distonia non soltanto con la *ratio legis* ma anche rispetto alla nuova oggettività giuridica protetta.

Infine, la Corte sconfessa l'argomento concernente l'art. 2638 c.c.

²⁸ Tale lettura è stata esaltata da una parte della dottrina come una forma di restaurazione della legalità. V. F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 gennaio 2016.

²⁹ Sottesa alla valutazione della Corte vi è la teoria dei giochi linguistici di Wittgenstein, secondo la quale le parole sono strumenti il cui significato varia col variare delle regole che vigono in un linguaggio e della funzione che i termini debbano assumere. Per una compiuta ricostruzione della filosofia di Wittgenstein cfr. D. MASSARO, *La comunicazione filosofica. Dalla svolta linguistica alla logica virtuale*, Trento, 2002, 478 ss.

Non è possibile prospettare interpretazioni simmetriche tra le due norme in quanto le stesse, oltre ad avere una differente struttura, sono posta a protezioni di beni giuridici diversi. D'altra parte, accogliendo una lettura coordinata delle due norme, come quella proposta dall'avverso filone giurisprudenziale, si arriverebbe alla paradossale conclusione che nella redazione di un medesimo bilancio, un falso valutativo costituirebbe reato se diretto alle autorità pubbliche di vigilanze ed allo stesso un fatto irrilevante se diretto ai soci o al pubblico.

Tale conclusione è aporetica, oltre che incostituzionale, e quindi inutilizzabile nell'esame della questione oggetto di dibattito.

4. Preso atto dell'insanabile conflitto sulla vicenda, la quinta sezione della Corte di cassazione penale, con ordinanza del 4 marzo 2016, n. 9186, rimette la questione alle Sezioni Unite, affinché risolva il seguente quesito: «se la modifica dell'art. 2621 c.c. per effetto dell'art. 9 L. n. 69/2015 nella parte in cui, disciplinando "Le false comunicazioni sociali", non ha riportato l'inciso "ancorché oggetto di valutazione", abbia determinato o meno un effetto parzialmente abrogativo della fattispecie»³⁰.

È molto interessante osservare come la vicenda giurisprudenziale descritta coinvolga alcuni profili del diritto penale di estrema attualità, che travalicano il settore del diritto penale societario.

Ci si riferisce, in particolare, al delicato tema del rapporto tra giudice penale e legge, nella privilegiata chiave di lettura fornita dall'attività interpretativa³¹.

È significativo, infatti, come entrambe le tesi proposte adoperino sostanzialmente i medesimi criteri interpretativi, giungendo a conclusioni opposte, ma entrambe plausibili, sebbene confutabili.

A tale proposito, in merito all'interpretazione letterale, gli orientamenti esposti indicano sentieri ermeneutici differenti.

La tesi restrittiva propugna una visione del canone letterale aderente al significato comune delle parole, in particolare dell'espressione "fatti materiali", ritenendo decisiva l'espunzione dell'inciso inerente le valutazioni³².

È questa una visione del canone letterale sicuramente corretta ed aderente all'art. 12 Preleggi.

Altrettanto corretta, però, è la valutazione compiuta dalla tesi opposta in merito ai rapporti tra linguaggio comune e linguaggio specialistico.

Come si legge nella sentenza Giovagnoli, il significato delle espressioni contenute nell'art. 2621 c.c., in quanto termini tecnici, deve essere ricercato all'interno delle discipline di riferimento e non nel senso comune³³.

Ogni termine apre uno spazio ermeneutico nel quale convivono diversi significati; la scelta

³⁰ Per un commento all'ordinanza v. F. MUCCIARELLI, *Oltre un discusso "ancorché" le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 marzo 2016.

³¹ Su tale tematica, da ultimo R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1769 ss.

³² La dottrina ha anche fornito una risposta a quella provocazione avanzata dalla tesi estensiva tramite l'esempio dell'uomo anziano e malato. In particolare, secondo la dottrina in esame tale esempio non coglie nel merito in quanto presuppone proprio quello che si dovrebbe dimostrare. In altri termini, mentre tra il concetto di uomo ed il concetto di uomo anziano e malato corre un rapporto di specialità, diversamente, tra il concetto di fatti materiali e quello di fatti materiali oggetti di valutazione è dubbio, o quanto andrebbe dimostrato, che intercorra un tale rapporto logico. Per tale analisi V. M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti?*, cit., 8.

³³ Condivide tale visione del criterio semantico G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 130.

dipende, allora, dal contesto di riferimento e dal settore giuridico nel quale ci si trova³⁴.

La collocazione dei falsi valutativi all'interno dell'area semantica aperta dall'espressione fatti materiali rilevanti è operazione concettualmente plausibile in quanto il contesto di riferimento è quello della scienza contabile e della disciplina del bilancio.

Ciò chiarito, appare discutibile l'utilizzo nella sentenza Giovagnoli del lessico anglosassone.

Stride con il principio di legalità la tipizzazione di un fatto di reato attraverso linguaggi esoterici a completo appannaggio di soli esperti. Inoltre, sorgono evidenti tensioni in relazione al principio di riconoscibilità.

In ossequio ai parametri oggettivi avallati dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 364 del 1988, una fattispecie formulata attraverso il richiamo ad una terminologia diversa da quella italiana viola il principio di riconoscibilità dell'illecito³⁵, con evidenti riflessi in merito alla tematica dell'errore di diritto³⁶.

Lo scontro ermeneutico non si esaurisce, però, nella diversa prospettazione del criterio letterale.

La massima tensione si raggiunge in merito al canone della *voluntas legis*.

La sentenza Crespi adopera il canone nel significato di *voluntas legislatoris*, valorizzando l'approvazione di un emendamento parlamentare che ha modificato il disegno di legge originario.

La sentenza Giovagnoli, invece, oblitera una diversa accezione della *voluntas legis*, ritenendo l'interpretazione soggettiva incoerente rispetto ai principi del diritto penale.

Si avvalora, cioè, un concetto di volontà storica obiettivata nella legge, da ricostruire attraverso il contesto storico nel quale la legge si iscrive, i motivi che hanno dato luogo alla legge ed il modello di disciplina accolta, senza che possa assumere alcun rilievo l'intenzione contingente del legislatore storico.

Si tratta di una visione accolta anche dalla dottrina maggioritaria³⁷, che tende però a sfumarsi rispetto alla prospettiva soggettiva laddove le leggi siano di recente emanazione, come nel caso in esame.

Tuttavia, nel corso dei lavori parlamenti relativi alla legge n. 69 del 2015, il relatore della legge si è rifiutato di fornire chiarimenti proprio in merito al significato normativo da attribuire all'eliminazione della proposizione concessiva relativa alle valutazioni³⁸, rendendo superflua una indagine sul punto.

Pertanto, a secondo dell'accezione che si accoglie del criterio storico, entrambi i risultati interpretativi raggiunti sono plausibili³⁹.

Risolutivi non si sono dimostrati neppure i criteri sistematici e teleologici.

Indicativa è la differente argomentazione fondata sull'art. 2628 c.c.

³⁴ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni*, cit., 3.

³⁵ Per una illuminante ricostruzione del principio di riconoscibilità, alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 141 ss.

³⁶ Non a caso il diritto penale societario è uno di quei settori ordinamentali in cui si richiede ai destinatari, essendo dotati di competenze specialistiche, una comprensione maggiore alla media, con relativa soggettivizzazione dell'accertamento dell'errore colposo sull'inevitabilità dell'errore di diritto. È questa una delle conseguenze dell'interferenza tra reato e rischi sociale, sulla quale è d'obbligo il riferimento a F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale - ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

³⁷ Per tutti G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 131.

³⁸ Sottolinea l'accaduto F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, 2211 ss.

³⁹ Ciò dimostra l'intrinseca relatività del criterio della *voluntas legis*, sottolineato già da W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Ars interpretandi*, 2006, 265 ss.

Mentre la sentenza Crespi ritiene la norma una conferma della parziale *abolitio criminis*, in ossequio al criterio dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*⁴⁰, la tesi estensiva sottolinea l'esito contraddittorio a cui si giungerebbe avallando un parallelismo tra le due norme.

Il criterio teleologico, invece, sembra segnare un punto a favore della tesi estensiva decisivo.

L'ispirazione anticorruptiva e la tutela del bene giuridico dell'informazione societaria sono argomentazioni solide e fondate.

Ciononostante, ad una analisi più attenta, la dottrina⁴¹ ha dimostrato che anche la sentenza Crespi sottende una esigenza teleologica pregnante e significativa.

Alla luce della severità della risposta punitiva fornita dal legislatore, si può dedurre una distribuzione della tutela penale precisa e puntiforme, che si indirizzi solamente contro alterazioni della realtà suscettibili di essere declinate con certezza.

L'itinerario percorso dimostra come nessuno degli argomenti richiamati risulta determinante, essendo tutti ragionevolmente confutabili ed ambivalenti.

Tale risultato non deriva, però, da una carenza interpretativa o argomentativa. Entrambi gli orientamenti esposti sono caratterizzati da un notevole sforzo ricostruttivo, nel tentativo di fornire una risposta ad un quesito complesso.

Le difficoltà derivano allora da un dato legislativo incapace di compiere la propria funzione.

In ossequio al principio di determinatezza, il legislatore dovrebbe coniare leggi chiare e precise, in grado di orientare univocamente l'applicazione giurisprudenziale, senza la necessità che i giudici creino essi stessi una nuova legge⁴².

La semplice considerazione che la nuova formulazione dell'art. 2621 c.c. abbia dato la stura a due interpretazioni, entrambe plausibili, costituisce un indice tangibile della violazione del principio sopra descritto.

L'utilizzo di formule poco chiare ed onnicomprensive, incapaci di delineare un tipo normativo rappresenta una rinuncia implicita all'*ars legiferandi*.

La dottrina ha parlato sul punto di tradimento della legalità, autenticato dalla dichiarazioni prima citate del relatore della legge, il quale ha in fondo e testualmente delegato alla Corte di Cassazione la scelta in merito alla punibilità del falso valutativo⁴³.

Vicende del genere costituiscono terreno fertile per quelle teorie scettiche dell'interpretazione⁴⁴, molto diffuse, che sostanzialmente ritengono l'attività ermeneutica connotata da ingovernabili momenti creativi.

In tale contesto, l'unica preoccupazione che sembra oggi realmente colpire le coscienze giuridiche è quella rappresentata dalla prevedibilità del formante giurisprudenziale, ritenuto

⁴⁰Pungente la critica di S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1508, dove si legge: "in tempi caratterizzati da un livello di estrema sciattezza della tecnica legislativa, l'evocazione di questa regola appare quasi commovente, supponendo una idea di ordine e di armonia dell'ordinamento giuridico alla quale ci siamo ormai disabituati".

⁴¹ Cfr. V. MANES, *Commento agli artt. 2621- 2621 bis- 2621 ter- 2622 c.c.*, cit.

⁴² Fondamentale sul punto S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, Napoli, 2001.

⁴³ F. PALAZZO, *Legalità in the books e law in action*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016.

⁴⁴ Si veda sul punto il lavoro di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

concorrente a quello legislativo, in omaggio alle acquisizioni di matrice europea⁴⁵.

Si tratta di un mutamento del ruolo del giudice, favorito dagli ordinamenti sovranazionali, che pone in crisi il principio della riserva di legge ed entra naturalmente in conflitto con i nostri principi costituzionali.

Una risposta coerente al ruolo istituzionale del giudice, allora, sarebbe stata sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 2621 c.c. con gli artt. 25 e 27 Cost., per violazione del principio costituzionale di determinatezza, stante l'incapacità della norma di delineare un tipo criminoso preciso e tangibile, delegando indirettamente alla Corte di cassazione l'individuazione della fattispecie penalmente rilevante.

Avrebbe costituito tale risposta un tentativo coraggioso (anche se forse vano⁴⁶), che avrebbe consentito almeno una nuova riflessione da parte della Corte costituzionale sul principio di legalità nell'esperienza giuridica contemporanea, caratterizzata da tendenze interpretative creative ed un sistema normativo confuso e spesso colpevolmente carente.

5. Le Sezioni Unite⁴⁷ aderiscono al secondo orientamento, non soltanto per quanto riguarda la soluzione nel merito, la continuità della punibilità del falso valutativo, ma anche in relazione al sostrato assiologico afferente all'interpretazione.

Appare proficuo riportare la massima della sentenza, che chiarisce inequivocabilmente il contenuto della stessa: «il reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ., nel testo modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni».

Più precisamente, si sostiene come «eccessiva appare l'enfaticizzazione di tale strumento ermeneutico, atteso che l'interpretazione letterale altro non è che un (indispensabile) "passaggio" funzionale verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo». E invero, è certamente corretto l'assunto per il quale, in base all'art. 12 delle "preleggi", «nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»; tuttavia, non può certo negarsi che proprio l'intenzione del legislatore deve essere "estratta" dall'involucro verbale ("le parole"), attraverso il quale essa è resa nota ai destinatari e all'interprete. [...] Nessuna norma può essere presa in considerazione isolatamente, ma va valutata come componente di un "insieme", tendenzialmente unitario e le cui "parti" siano reciprocamente coerenti.

«Se dunque, per una corretta interpretazione delle norme, non è sufficiente *verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, allora appare necessario, concentrandosi sul caso in scrutinio, soffermarsi,

⁴⁵ Basti pensare alla recente vicenda sul caso Contrada ed alle valutazioni ivi compiute. Cfr. O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015.

⁴⁶ La Corte costituzionale è restia ad accogliere questioni di legittimità che abbiano come parametro il principio di determinatezza. Indicativa la vicenda sullo stalking, sulla quale v. A. VALSECCHI, *La Corte Costituzionale fornisce alcuni importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23 giugno 2014.

⁴⁷ Cass. pen., sez. un., 27 maggio 2016, n. 22474, Rv. 266803-01.

principalmente, a riflettere, da un lato, sul complessivo impianto dell'assetto societario come tracciato nel codice civile (e in parte ridisegnato dalla legge 69/2015), in una visione logico sistematica della materia, dall'altro, sulle conseguenze derivanti dall'una o dall'altra interpretazione, non essendo dubbio che la valutazione di tali conseguenze costituisce una sorta di controprova della (correttezza della) necessaria interpretazione teleologica»⁴⁸.

Le Sezioni Unite, pertanto, accolgono il secondo degli orientamenti formatosi. In tal modo, però, essi si pronunciano non soltanto sul falso valutativo, ma anche sul metodo dell'interpretazione.

Nei due orientamenti citati, infatti, si riflettono due visioni differenti della metodologia penalistica⁴⁹. La prima, coerente con il dato normativo, appare maggiormente legata ad assiomi deduttivi ed al canone del *favor rei*, il quale tuttavia può spingere l'interprete a soluzioni che annichiliscono la funzionalità della fattispecie.

La seconda, invece, arricchisce il percorso ermeneutico di nuovi criteri, espungendo l'intenzione storica del legislatore, ritenuta un residuo di una visione imperativa del diritto ormai superata.

Nel caso specifico, d'altronde, non può ignorarsi come, lo stesso relatore del disegno di legge da cui è sorta la riforma del 2015, in un intervento al Senato in merito proprio al falso valutativo, abbia delegato la giurisprudenza a risolvere la problematica, deresponsabilizzando la legge sull'individuazione della condotta punibile⁵⁰.

Le Sezioni Unite, di conseguenza, adottano un'ottica integrata, in cui il dato testuale è soltanto il punto iniziale del percorso ermeneutico, al cui interno sono chiamati ad interagire il criterio sistematico, il criterio teleologico, l'aspetto funzionale.

6. Come già chiarito la soluzione adottata dalle Sezioni Unite si pone alla ricerca di una delicata sintesi di equilibrio tra il vero legale ed il vero coerente, con una vera e propria scommessa sul richiamo alle fonti esterne, i cd. criteri tecnici, in una operazione complessiva che ricorda molto il tema della norma penale in bianco.

Come accaduto anche in altri settori dell'ordinamento, l'organo di nomofilachia ha valorizzato una nozione normativa di verità, in una sorta di procedimentalizzazione del procedimento contabile, in cui si dà prevalenza alla funzione informativa del bilancio, in ossequio alla rivitalizzazione operata dalla riforma del 2015.

Il senso della scommessa delle Sezioni Unite si può cogliere nelle due pronunce successive⁵¹ che hanno direttamente affrontato il problema del falso valutativo, richiamandosi in modo palese alle Sezioni Unite in commento.

In una vicenda molto complessa⁵², per quel che qui rileva, veniva in questione la rilevanza delle valutazioni attinenti le riserve tecniche, i riscontri attivi e le partecipazioni.

⁴⁸ Cass. pen., sez. un, 27 maggio 2016, n. 22474, § 8.

⁴⁹ Cfr. D. PULITANO, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2016, 204 ss.

⁵⁰ L'episodio è riportato da F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni mendaci al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.* 2015, 2211.

⁵¹ Le uniche "massimate" e note nel dibattito giuridico che affrontano direttamente il problema.

⁵² Trattasi del noto caso Coopcostruttori, su cui v. L. TROYER, *Il cd. falso valutativo, ri-tipizzato dalle Sezioni Unite, alla prova di un hard case: e se un OIC fosse oscuro?*, in *Riv. dott. comm.*, fasc. 2, 2017, 311 ss.

Ancor più nel dettaglio, ad essere oggetto di scrutinio da parte della Corte di cassazione⁵³, all'esito di una vicenda processuale con esiti contrastanti, è stata la rilevanza penale della iscrizione bilancistica dei cd. *claims*, uno dei capitoli più complessi della scienza contabile.

Il codice civile offre un'apparente normazione sul punto, all'art- 2426 n. 11 c.c., il quale si limita, tuttavia, ad indicare un generico richiamo al parametro della ragionevole certezza.

La disciplina convenzionale di settore, ed in particolare la OIC 23, redatta nel 1997, modificata nel 2005, ed ancora sostanzialmente mutata nel 2014.

All'esito di una precisa ricostruzione storica, la Corte giunge ad affermare che il criterio di riferimento temporalmente coevo ai fatti di cui al capo di imputazione – appunto l'OIC 23 del 2005 – era connotato da una profonda oscurità, ammessa dagli stessi redattori, che ne impedisce la qualificazione come “criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati”, secondo il sintagma delle Sezioni Unite, motivo per il quale, in assenza di una regola precisa, l'indagine del giudice deve concentrarsi sul criterio adottato e quello esplicitato nella nota integrativa.

In questo modo la Cassazione, pur ponendosi in linea di continuità con la pronuncia delle Sezioni Unite, sostanzialmente individua un criterio successivo e subordinato, in assenza di una regola predeterminata, nel concetto di vero coerente.

In una diversa vicenda, invece, la pronuncia delle Sezioni Unite ha trovato puntuale conferma⁵⁴.

Il dato contabile oggetto della questione giuridica affrontata dalla Corte riguarda la mancata svalutazione in bilancio di un credito divenuto inesigibile.

Secondo la pronuncia in esame, è corretta la condanna per falso bilancio nel caso di specie perché i criteri tecnici generalmente accettati – anche in quest'occasione i criteri contabili – impongono una svalutazione del 90% almeno.

La divergenza da una simile valutazione integra la consumazione del delitto di false comunicazioni sociali.

Dall'analisi delle uniche due pronunce note sul punto emerge un dato eloquente: il *dictum* delle Sezioni Unite possiede una sua funzionalità soltanto laddove esiste una regola tecnica precisa ed univoca nel suo significato, come nel secondo caso sintetizzato.

Laddove, invece, il dato tecnico si smaterializza in un'oscura nebulosa, il criterio del vero coerente riemerge, assumendo centralità la nota integrativa al bilancio e le spiegazioni adottate dai redattori.

A parere di chi scrive proprio questa duplicità di percorsi dimostra il limite della pronuncia delle Sezioni Unite che nel nobile intento di salvaguarda un dato normativo scadente ha scommesso sulle regole tecniche redatte dalla scienza contabilistica, prive, tuttavia, delle proprietà che la Corte sembra attribuirgli⁵⁵.

Il tema rimanda al rapporto tra scienze opinabili e processo penale ma, più a monte, la questione attiene al rapporto tra i formanti.

In assenza di un dato normativo almeno determinabile, qualsiasi operazione ermeneutica che

⁵³ Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2016, n. 46689, in www.giustizia.it

⁵⁴ Il riferimento è a Cass. pen., sez. V., sentenza n. 29885 del 4.9.2017, pubblica sul portale Ilpenalista.it, fasc., con nota di L. D'ATILDA, *La mancata svalutazione di un credito inesigibile integra il reato di falso in bilancio*.

⁵⁵ Nel medesimo senso F.A. SIENA, *Fatti e giudizi, tra inosservanza della regola contabile e falsità in bilancio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 aprile 2019.

rinvii a fonti esterne, peraltro anch'essa dalla difficile interpretazione, rischia la creazione di ulteriori spazi manipolativi sottoposto alla discrezionalità giudiziale, con inevitabili ripercussioni su ogni principio che regola il processo penale.

L'anticipazione della tutela penale nella normativa di contrasto al terrorismo internazionale

VALENTINA MASARONE

ABSTRACT

The essay examines critically the artt. 270 bis c.p. They provide for 'early protection' cases, intended to counter (rectius to prevent), even with the tools of substantive criminal law, the terrorist phenomenon: first, internal terrorism, then international (or transnational) terrorism, in the various forms that the latter he came hiring, especially from 2001 to today.

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo di riferimento: tra vecchie e nuove 'emergenze'. – 2. La fattispecie associativa di cui all'art. 270 bis c.p. – 3. Le fattispecie 'satellite': l'incriminazione di condotte preparatorie. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Tra i delitti contro la personalità dello Stato – segnatamente agli artt. 270 bis ss. c.p. – il nostro legislatore ha introdotto diverse fattispecie 'a tutela anticipata', destinate a contrastare (*rectius* a prevenire), anche con gli strumenti del diritto penale sostanziale, il fenomeno terroristico: dapprima, il terrorismo interno, poi quello internazionale (o transnazionale), nelle diverse forme che quest'ultimo è venuto assumendo, soprattutto dal 2001 ad oggi.

Com'è noto, infatti, salvo l'inserimento nel codice penale dell'art. 270 bis c.p., in origine riferito alle (sole) «Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico», risalente ai c.d. anni di piombo¹, gli interventi normativi che hanno condotto alla riforma di questa stessa fattispecie associativa, estesa alla dimensione internazionale, nonché all'introduzione dei nuovi reati con finalità di terrorismo (anche internazionale) – in particolare, quelli di cui agli artt. 270 ter, quater, quater.1, quinquies, quinquies.1, 280 bis, 280 ter c.p. – sono avvenuti, a più riprese, a partire dalla data, oramai emblematica, dell'11 settembre 2001.

Essi rappresentano la ricaduta, nell'ordinamento interno, di una politica di contrasto 'multilivello', operante tramite un meccanismo normativo 'a cascata', per effetto del quale gli indirizzi espressi a livello internazionale, soprattutto mediante risoluzioni adottate nell'ambito delle Nazioni Unite, hanno trovato attuazione nella dimensione regionale europea, per poi essere recepiti nell'ordinamento nazionale. Un meccanismo che ha ricevuto e riceve nuovi impulsi ogni qual volta l'emergenza terroristica, di matrice internazionale (e, in particolare, di natura islamico-fondamentalista), si manifesta in modo più o meno eclatante soprattutto nelle diverse aree del mondo

¹ Con l'art. 3 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, conv., con modif., nella l. 6 febbraio 1980, n. 15. All'art. 1 della stessa legge di conversione n. 15/1980 si deve l'originaria previsione della circostanza aggravante comune ad effetto speciale della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Su quest'ultima previsione ha poi inciso, modificandola, l'art. 3 della l. 14 febbraio 2003, n. 34. Attuando la riserva di codice, l'art. 5, co. 1, lett. c), d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 ha, quindi, trasfuso la previsione dell'aggravante nel testo del nuovo – e più esteso – art. 270 bis.1 c.p. Agli "anni di piombo" risale anche l'introduzione dell'art. 289 bis c.p. «sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione», avvenuta con d.l. 21 marzo 1978, n. 59, convertito nella l. 18 maggio 1978, n. 191.

occidentale: così dopo quelli del 2001, in territorio statunitense, sono stati i fatti di Madrid, nel 2004, e poi gli avvenimenti di Parigi, nel 2015, e di Bruxelles, Nizza e Berlino, nel 2016 –seguiti, ma senza altri rilevanti riscontri normativi, dalle stragi di Manchester, Londra e Barcellona, rispettivamente a maggio, giugno ed agosto del 2017, e da quella di Strasburgo nel 2018 – a motivare ulteriori interventi normativi, a livello internazionale e nella dimensione europea – articolata nel Consiglio d’Europa e nell’Unione europea –, con immancabili ripercussioni nel diritto interno.

Questa drammatica sequenza di eventi trova cronologicamente corrispondenza – per limitarci al livello regionale europeo, che più direttamente incide su quello nazionale – nell’adozione, da parte dell’Unione europea, della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo²; quindi della decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008, che modifica la precedente³; e, da ultima, della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio⁴. Con riguardo al Consiglio d’Europa, vengono in considerazione la convenzione del Consiglio d’Europa per la prevenzione del terrorismo del 16 maggio 2005⁵ ed il relativo protocollo addizionale del 19 maggio 2015.

Nell’ordinamento interno, correlativamente, rinveniamo il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, diretto ad introdurre «Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale», convertito con modificazioni in l. 15 dicembre 2001, n. 438, con il quale, sul piano del diritto penale sostanziale, è stata riformata la fattispecie associativa di cui all’art. 270-*bis* c.p. ed introdotto, con il nuovo l’art. 270-*ter* c.p., il reato di «assistenza agli associati»; il d.l. 27 luglio 2005, n. 144, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale», convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2005, n. 155, che, tra le altre cose, ha inserito nel codice penale la definizione della «condotte con finalità di terrorismo» (art. 270-*sexies* c.p.), nonché le fattispecie di «arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale» (art. 270-*quater* c.p.) e di «addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale» (art. 270-*quinquies* c.p.); il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale [...]», convertito con modificazioni dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, che – per ciò che qui interessa – ha aggiunto un secondo comma all’art. 270-*quater* c.p., prevedendo la punibilità della persona arruolata, ha introdotto un nuovo art. 270-*quater*.1 c.p., che incrimina l’«organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo», ha esteso la previsione dell’art. 270-*quinquies* c.p., rendendo penalmente rilevante la condotta «della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all’articolo 270-*sexies*», e ha introdotto due nuovi reati contravvenzionali, quali la «detenzione abusiva di precursori di esplosivi», art. 678-*bis* c.p. – e le «omissioni in materia di precursori di esplosivi», all’art. 679-*bis* c.p.; infine, la l. 28 luglio 2016, n. 153, che ha inserito nel codice penale l’art. 270-*quinquies*.1 c.p., relativo al «finanziamento di

² GUCE L 164, 22 giugno 2002.

³ GUUE L 330, 9 dicembre 2008.

⁴ GUUE L 88, 31 marzo 2017. In questa sede non ci occuperemo, se non in via incidentale, degli atti europei concernenti il finanziamento del terrorismo.

⁵ Il testo delle convenzioni del Consiglio d’Europa è disponibile all’indirizzo web: <https://www.coe.int/it/web/conventions/home>.

condotte con finalità di terrorismo» – oltre al nuovo art. 270-*quinqüies* c.p., riguardante la «sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro», e il nuovo art. 270-*septies* c.p., in materia di confisca – e l'art. 280-*ter* c.p., concernente gli «atti di terrorismo nucleare», collocato dopo l'art. 280-*bis* c.p., relativo all'«atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi», dovuto alla l. 14 febbraio 2003, n. 34.

Va subito sottolineato come il legislatore nazionale, nell'introdurre le norme citate, prevalentemente in attuazione dei richiamati atti europei, abbia supinamente accettato le scelte in essi contenute, omettendo di svolgere la propria funzione di 'filtro', volta ad assicurare il rispetto dei principi nazionali, e trasferendo pressoché indiscriminatamente nel codice penale le fattispecie, così come formulate negli atti europei, nonostante la scarsa vincolatività di questi ultimi, almeno fino all'adozione della direttiva (UE) 2017/541. È bene anticipare, al riguardo, che quanto si dirà a proposito del contrasto delle fattispecie in questione con alcuni principi fondamentali – e costituzionalmente presidiati – del nostro diritto penale non perde significato in ragione dei condizionamenti derivanti dagli atti (internazionali ed) europei sugli orientamenti politico-criminali perseguiti nel sistema penale interno, dal momento che l'esigenza di rispettare gli impegni internazionali non può valere a deresponsabilizzare il legislatore nazionale in ordine agli effetti che possono scaturire dal disorganico inserimento nel sistema interno di norme contrarie a quei principi. Questo stato di cose determina un poco auspicabile trasferimento della citata funzione di 'filtro' in capo alla giurisprudenza, soprattutto con riferimento alla giurisprudenza costituzionale. Quest'ultima, a tacer d'altro, è, infatti, chiamata a verificare la legittimità delle norme introdotte nell'ordinamento interno in adempimento di obblighi internazionali ed europei, che, in quanto norme 'interposte' tra legge ordinaria e Costituzione, restano pur sempre subordinate al controllo di costituzionalità. Non a caso, il ruolo della Corte costituzionale viene spesso invocato tra i 'rimedi' utilizzabili avverso i profili critici della normativa vigente.

Quest'ultima, oltre a seguire cronologicamente l'andamento dell'emergenza terroristica internazionale, ha, per così dire, inseguito, dal punto di vista dei contenuti, i mutamenti che, progressivamente, ne hanno interessato la fenomenologia⁶. Così le modifiche apportate alla fattispecie associativa di cui all'art. 270 *bis* c.p., nel 2001 – e il contestuale inserimento del delitto di assistenza agli associati (art. 270 *ter* c.p.) –, hanno risposto all'esigenza, avvertita all'indomani dell'11 settembre, di punire (anche) le condotte associative finalizzate a realizzare scopi terroristici (od eversivi) al di fuori del territorio nazionale o, comunque, dell'esclusiva sfera d'interessi dello Stato italiano, ferma restando, però, la struttura 'classica' dell'associazione, di tipo piramidale, già rinvenibile nel terrorismo interno, per cui la fattispecie era stata introdotta.

Nel 2005, l'originaria formulazione dei delitti di arruolamento ed addestramento con finalità di terrorismo anche internazionale (artt. 270 *quater* e *quinqüies* c.p.) – finalità, contestualmente, definita con l'art. 270 *sexies* c.p. –, applicabili in via sussidiaria, rispetto all'art. 270 *bis* c.p., ha, di fatto, corrisposto alla presa d'atto della natura flessibile delle associazioni finalizzate al terrorismo

⁶ Così R. BARTOLI, *I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Criminalia*, 2017, 166; ID., *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 3/2017, 234; V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 1/2017, 4 ss.; G. MARINO, *Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione*, *ivi*, 51-52; L. D'AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all'esecuzione del programma criminoso*, *ivi*, 85-86; A. PRESOTTO, *Le modifiche agli artt. 270-*quater* e *quinqüies* del codice penale per il contrasto al terrorismo*, *ivi*, 108-109.

internazionale, con particolare riferimento al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista, con conseguenti difficoltà probatorie, e, dunque, della necessità di colpire condotte collocate in prossimità del fenomeno associativo, ma non inquadrare al suo interno (o di cui non fosse necessario provare l'inquadramento). Le novità normative di più recente introduzione, quelle del 2015 e del 2016, con la previsione della punibilità dell'arruolato (art. 270 *quater*, co. 2, c.p.), l'incriminazione dell'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270 *quater*.1 c.p.), dell'auto-istruzione (art. 270 *quinquies* c.p.) e del finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270 *quinquies*.1 c.p.) – anche queste fattispecie sussidiarie rispetto all'art. 270 *bis* c.p. –, sono rivolte 'contro', per così dire, la figura di quello che è stato definito il "terrorista 'mobile', come può rappresentarsi il *foreign terrorist fighter*: un soggetto che parte dall'interno di uno Stato per recarsi all'estero, per addestrarsi e combattere, e che poi anche può ritornare sul territorio nazionale, tanto operando attivamente, quanto facendo ulteriore proselitismo"⁷, oltre che contro i c.d. lupi solitari, soggetti che agiscono individualmente e autonomamente rispetto ai gruppi terroristici, di cui sposano la 'causa'.

Se l'*occasio legis* delle norme citate è riconducibile ai gravi fatti di terrorismo succedutisi negli ultimi due decenni, non stupisce che essi siano accomunati da una medesima *ratio* di 'lotta' al terrorismo; una logica che si traduce in disposizioni dal carattere emergenziale, destinate ad esprimere la risposta 'forte' e tempestiva delle istituzioni al pur comprensibile e fondato allarme sociale, suscitato da un fenomeno criminale in grado di intaccare le stesse fondamenta della democrazia. Si tratta, evidentemente, della stessa logica che ha animato, in passato, le scelte normative, attuate durante la stagione del terrorismo interno, e che continua ad orientare la risposta penalistica ad altre 'emergenze' – divenute 'perenni' –, che pongono in discussione le basi della convivenza civile, come nel caso della criminalità organizzata, specie di stampo mafioso⁸.

Sul presupposto dell'inadeguatezza degli strumenti normativi, per così dire, tradizionali a contrastare efficacemente le offese, ma ancor prima i pericoli, derivanti da tali fenomeni criminali, nei confronti di beni individuali e collettivi, di particolare rilievo, il legislatore – più precisamente, il Governo di turno, con l'avallo del Parlamento, visto il ricorso pressoché costante, in materia, al decreto-legge – tende a discostarsi dal quadro delle garanzie tipiche del diritto penale liberale, ponendo in forte tensione i principi penalistici che tradizionalmente contrassegnano i sistemi di giustizia penale negli stati di diritto⁹.

Come già accaduto con la normativa di contrasto al terrorismo interno ed alla criminalità organizzata, gli interventi normativi susseguitisi a partire dal 2001 hanno finito per delineare un vero e proprio sottosistema speciale, non solo di diritto penale sostanziale, ma anche di diritto processuale e penitenziario – di fatto, alternativo a quello vigente per la criminalità comune – applicabile ai soggetti sospettati di terrorismo internazionale¹⁰ ed affiancato da misure di carattere amministrativo, non meno rilevanti dal punto di vista della compressione delle libertà individuali.

⁷ V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, cit., 7.

⁸ Per il parallelismo tra terrorismo e criminalità organizzata, sul piano della tipologia di risposte normative, v. V. MILITELLO, *op. ult. cit.*, 4.

⁹ Cfr. F. C. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 674-675.

¹⁰ V. A. A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, Milano, 2006, *passim*; R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 113 ss., 235 ss.; S. BELTRANI, *Via libera alle intercettazioni preventive. Quel pericolo di caos nell'ordinamento*, in *D&G*, 2005, n. 33, 86 ss.; L. FILIPPI,

La risposta penale s'inserisce, dunque, nel meccanismo del doppio binario, tipico dell'ormai 'tradizionale' diritto emergenziale¹¹. Qui, però, ai profili critici altrettanto tradizionalmente riconducibili ad una simile impostazione, dal punto di vista del rispetto di principi costituzionalmente presidiati, se ne sommano altri, collegati al mutamento 'qualitativo' che le caratteristiche del 'nuovo' terrorismo – come abbiamo accennato, in continua trasformazione – finiscono per indurre nello stesso diritto penale, che quella trasformazione insegue. Ne risulta una rimodulazione delle stesse categorie penalistiche, avente come obiettivo primario, se non esclusivo, la prevenzione, intesa come neutralizzazione del soggetto pericoloso¹², o supposto tale, con una pericolosa sovrapposizione rispetto alle funzioni proprie del diritto di polizia. Il diritto penale diviene – o vede esasperatamente accentuate le proprie potenzialità di – strumento di tutela *ex ante* dei beni giuridici, collettivi o individuali, minacciati dal terrorismo: l'incapacità di fronteggiare, con politiche multiagenziali ad ampio spettro, non il sintomo o la conseguenza, cioè il fenomeno criminale in sé considerato, ma la causa, vale a dire i conflitti etnici, le ingiustizie sociali, le diseguaglianze economiche, alla base di ogni forma di 'radicalizzazione', spinge il potere statale a potenziare le misure penalistiche di prevenzione *ex ante* della vittimizzazione, utilizzando le norme e gli istituti del diritto penale sostanziale in una prospettiva marcatamente preventivo-deterrente, soprattutto in termini di esasperate anticipazioni della tutela penale e crescente, talvolta sistematicamente sproporzionato, rigore sanzionatorio¹³. Com'è stato efficacemente osservato, «per prevenire i fatti, non potendo eliminare le cause del fenomeno, non resta che neutralizzare i soggetti, come se le cause fossero loro»¹⁴.

Del resto, l'anticipazione dell'intervento penale rappresenta – com'è noto¹⁵ – una classica forma di tutela propria del diritto penale politico¹⁶, in cui, con buona ragione, s'inscrive la normativa anti-terrorismo, progressivamente inserita tra i delitti contro la personalità dello Stato del codice Rocco. In proposito, ai nostri fini, risulta opportuno osservare come individuare nella personalità internazionale dello Stato l'oggettività giuridica della massima parte dei delitti che ho indicato in apertura – di cui solo quelli previsti dagli artt. 280 *bis* e *ter* c.p. sono collocati tra i delitti contro la

Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1212 ss.; ID., *Terrorismo internazionale: le nuove norme di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 163 ss.; B. PIATTOLI, *L'intelligence made in Italy cambia pelle. Ma senza cooperazione UE i rischi restano*, in *D&G*, 2005, n. 33, 82 ss.

¹¹ Distingue tra diritto penale emergenziale tradizionale e diritto penale emergenziale inedito R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., 238 ss.

¹² V. R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 236 ss. che distingue tra il perseguimento di finalità preventive in una prospettiva preventivo-repressiva, attraverso la punizione di fatti già commessi, volta a «prevenire l'ulteriore commissione di reati da parte della generalità dei consociati (prevenzione generale) e da parte del singolo reo (prevenzione speciale)» (*ivi*, 236-237), o in una prospettiva preventivo-preventiva, di neutralizzazione della pericolosità del soggetto, nel senso che «in assenza di comportamenti offensivi, vengono posti ostacoli (misure/sanzioni) volti a impedire che materialmente uno specifico soggetto realizzi reati» (*ivi*, 237). La prima tipica del diritto penale della normalità, che rispetta le garanzie, la seconda del diritto penale dell'emergenza, che ne attua una sensibile flessibilizzazione.

¹³ Sul punto sia consentito rinviare al nostro *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2018, 397 ss.

¹⁴ M. DONINI, *Terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Quest. giust.*, 2016, 128.

¹⁵ E com'è stato di recente ribadito da M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, 2016, 101.

¹⁶ È il caso di ricordare che, in questo ambito, la costruzione delle fattispecie penali, e dunque la selezione dei comportamenti incriminabili, segna il confine di liceità in riferimento all'esercizio di libertà primarie (quali la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione e di associazione) e dà *a contrario* la misura del rilievo attribuito alla tutela dell'interesse legato alla sicurezza dello Stato, intesa nella sua duplice dimensione, interna ed esterna.

personalità interna dello Stato –, oltre a dare continuità alla scelta operata all'epoca dell'introduzione della fattispecie associativa (art. 270 *bis* c.p.), ne rapporta la dimensione offensiva ad un bene che presenta svariati limiti, a tutti noti, derivanti dall'essere originariamente frutto della volontà di un regime autoritario di assicurare preminente tutela all'autorità statale, così, personificata: considerato nel contesto attuale, esso presenta una non casuale affinità con quella 'sicurezza pubblica mondiale' che sembra emergere come bene giuridico di riferimento dagli atti europei, di cui la normativa italiana costituisce attuazione: un concetto tendenzialmente onnicomprensivo, di conseguenza generico e, dunque, privo dell'afferrabilità necessaria ad individuare l'oggetto giuridico del reato, rappresentando, piuttosto, una mera *ratio* di tutela¹⁷. Un'alternativa praticabile, in proposito, potrebbe essere rappresentata dalla considerazione, quali beni giuridici tutelati dalle norme in materia di terrorismo, dei beni di natura essenzialmente individuale, a carattere personale, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà personale ed anche il patrimonio, (potenzialmente) lesi dagli atti connotati, sul piano oggettivo, dal metodo terroristico e, su quello soggettivo, dalla correlativa finalità. È chiaro che, ove si faccia riferimento ai beni individuali, risulta ancora più evidente, il drastico arretramento della tutela penale, che caratterizza le norme in questione.

In esse, la forte anticipazione della soglia della punibilità è perseguita, attraverso l'attribuzione di rilevanza penale a condotte gravemente carenti sotto i profili della materialità e dell'offensività, all'interno di fattispecie marcatamente 'soggettivizzate', attraverso l'attribuzione di un rilievo centrale alla finalità terroristica, perseguita dall'agente, che costituisce, il più delle volte, il fulcro dell'incriminazione di condotte altrimenti lecite – e punite più severamente di reati comuni –. Si configura, così, il rischio di pervenire, di fatto, alla incriminazione di mere intenzioni, per di più corrispondenti alla finalità di terrorismo di cui all'art. 270 *sexies* c.p., gravemente indeterminata – come e ancor più della relativa definizione europea – ed affetta da un evidente 'gigantismo'; vizi, inevitabilmente, destinati a riflettersi sulle figure di reato che intorno a quella finalità sono strutturate.

2. La valorizzazione della finalità terroristica od eversiva è stata all'origine dell'introduzione dell'art. 270 *bis* c.p., come connotato distintivo rispetto ad altre figure di reato associativo o cospirativo, quali quelle previste agli artt. 270 (riformulato dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85, «modifiche al codice penale in materia di reati di opinione») e 305 c.p.; ne sono sorti, tuttavia, non pochi problemi di coordinamento sistematico, connessi, in particolare, alla definizione dei rispettivi ambiti applicativi¹⁸. Ciò nonostante, la fattispecie associativa di cui all'art. 270 *bis* c.p., almeno in linea di principio, continua a rivestire un ruolo centrale nel quadro della normativa anti-terrorismo e continua, altresì, a sollevare i tradizionali problemi di legittimità – sotto il profilo della determinatezza-tassatività, della materialità, dell'offensività e della personalità della responsabilità

¹⁷ Si parla anche di "ordine pubblico mondiale". Sui limiti del concetto di ordine pubblico come legittimo oggetto di tutela penale, v. S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, 1 ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 7 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, 61 ss.; G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in S. Canestrari -A. Gamberini-G. Insolera -N. Mazzacava-F. Sgubbi-L. Stortoni-F. Tagliarini, *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ed., Bologna, 2006, 247.

¹⁸ Sul problema della delimitazione reciproca tra gli artt. 270 e 270 *bis* c.p., nelle loro formulazioni originarie, v., in particolare, G. DE FRANCESCO, *Commento agli articoli 1, 2, 3, del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modifiche in l. 6 febbraio 1980, n. 15 (Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica)*, in *Legisl. pen.*, 1980, 48 ss.

penale – connessi all’incriminazione di condotte associative. Se tali problemi – su cui a breve torneremo – potevano già ravvisarsi in riferimento all’originaria formulazione della norma, oggi vi si aggiungono quelli derivanti dalle modifiche di cui essa è stata oggetto, direttamente, nel 2001, e indirettamente, nel 2005.

Come ho già accennato, l’art. 270 *bis* c.p., nel 2001, è stato riformato, sin dalla rubrica, che attualmente recita: «Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico». Il nuovo co. 3 dell’art. 270-*bis* c.p. prevede che «ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un’istituzione o un organismo internazionale», dunque, con l’iniziale estensione della sola finalità terroristica – e non di quella eversiva – alla dimensione internazionale.

Su quest’ultimo aspetto ha inciso, in seguito, l’introduzione nel codice penale dell’art. 270-*sexies*, poc’anzi richiamato, che nel definire le «condotte con finalità di terrorismo», include la finalità eversiva in quella terroristica. Di riflesso, nella finalità terroristica estesa alla sfera internazionale, di cui al novellato art. 270-*bis* c.p., deve ritenersi attualmente ricompresa anche la finalità eversiva rivolta fuori dell’ambito nazionale e ciò «potrebbe esporre l’Italia al rischio di reprimere organizzazioni aventi come obiettivo l’abbattimento di regimi totalitari o, comunque, lontani dagli *standard* basilari della democrazia europea»¹⁹.

Il delitto associativo di cui all’art. 270 *bis* c.p. è strutturalmente descritto come una fattispecie associativa ‘pura’²⁰, vale a dire in grado di configurarsi con la sola costituzione dell’associazione, a prescindere da qualsiasi attività esecutiva esterna, diretta alla realizzazione dei reati-fine²¹. Ciò significa arretrare la soglia della punibilità sulla base di una presunzione di pericolosità della finalità perseguita, con il rischio di reprimere condotte che dovrebbero rimanere indifferenti per l’ordinamento, anche in considerazione della tutela apprestata, alla libertà di associazione dall’art. 18

¹⁹ M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l’odio rischia grosso*, in *D&G* 2005, n. 33, 93.

²⁰ Sulla distinzione tra reati meramente associativi, «perfetti già nel momento in cui si costituisce l’associazione con un determinato programma criminoso, indipendentemente dalla realizzazione, consumata o tentata, del delitto o dei delitti scopo», e reati a struttura mista, «per la cui sussistenza la legge richiede non solo l’esistenza di una struttura associativa nei suoi elementi tradizionali (soggetti, organizzazione, scopo), ma anche un’ulteriore attività degli affiliati, concreta e verificabile, che costituisca un inizio di realizzazione del programma criminoso dell’associazione», v., per tutti, G. SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987, 156 ss.; ID., *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, 2006, 2. Colloca, espressamente, la fattispecie prevista dall’art. 270 *bis* c.p. nella prima tipologia di reati associativi G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 112. Cfr., però, G. DE VERO, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 402, ove il reato associativo di cui all’art. 270 *bis* c.p. viene inserito tra «i reati di associazione non (formalmente) delittuosa», in ragione del programma strumentale di azione, consistente nel compimento di atti di violenza come proposito comune degli associati, ritenuto «idoneo ad attribuire alla fattispecie i connotati di una particolare associazione per delinquere politicamente qualificata ed a porla dunque definitivamente al riparo da dubbi di legittimità costituzionale».

²¹ Cfr., E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 43; E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 156. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen. 21 novembre 2001, Pelissero, in *Foro it.*, 2004, II, 28 ss.; Cass. pen., 11 maggio 2000, Paiano, in *Cass. pen.*, 2001, 1196 ss.; Cass. pen., 4 novembre 1987, Adinolfi, in *Cass. pen.*, 1989, 977 ss.

Cost.²², entro certi limiti²³, e inoltre alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà di religione. L'incriminazione delle condotte di mera associazione, come tecnica di anticipazione della tutela penale, rende perseguibili attività che non raggiungono, dal punto di vista dell'offensività, la soglia del tentativo punibile, essendo meramente strumentali alla sopravvivenza ed al funzionamento del sodalizio criminoso, ovvero consistendo in atti preparatori rispetto alla realizzazione dei singoli delitti-scopo. Essa esprime una logica d'autore²⁴, in contrasto con i postulati propri di un diritto penale del fatto e in conflitto, oltre che con il menzionato principio di offensività²⁵, con il principio di legalità, *sub specie* determinatezza-tassatività²⁶, quanto alla descrizione delle condotte incriminate; con il principio di materialità²⁷, nella misura in cui rende possibile la punizione della mera adesione psicologica al programma criminoso²⁸; ed ancora con il principio di proporzione, in ordine alle cornici edittali previste; nonché con quello di personalità della responsabilità penale²⁹, soprattutto ove si ravvisi una responsabilità dei capi dell'associazione per la commissione dei reati-fine commessi da altri associati³⁰.

Prescindendo in questa sede dalle soluzioni proponibili, in una prospettiva di riforma, per i problemi posti, in generale, dalle fattispecie associative, *de iure condito*, in dottrina, si registra la tendenza ad arginare il *deficit* di offensività connaturato a questo tipo di fattispecie, attraverso una

²² Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 212 ss. e *passim*; sulla legittimità costituzionale delle fattispecie associative e sui limiti della libertà di associazione, costituzionalmente riconosciuta, v. A. GAMBERINI, *Delitti contro la personalità dello Stato*, in S. Canestrari, A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 43 ss.

²³ Sul limite rappresentato dal perseguimento di «fini che sono vietati ai singoli dalla legge penale», v., in particolare, G. DE FRANCESCO, *Ratio di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 888 ss.

²⁴ V. S. MOCCIA, *Prospettive non «emergenziali» di controllo dei fatti di criminalità organizzata, Aspetti dommatici e di politica criminale*, in ID. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli, 1999, 152-153. Con specifico riferimento all'art. 270 bis c.p., la logica del tipo d'autore si collega alla centralità dello scopo perseguito nell'accertamento della sussistenza della fattispecie. V. G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1327; E. ROSI, *Terrorismo internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., II, Torino 2005, 1646.

²⁵ V. G. SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, cit., 159, ove la carenza di offensività è segnalata, soprattutto, con riguardo alla categoria delle fattispecie meramente associative, poste a presidio di beni immateriali di scarsa afferrabilità e che, di fatto, «assolvono nella prassi giudiziaria ad una duplice funzione: 1) contestate isolatamente, al di fuori della commissione dei delitti-scopo, svolgono una funzione (estremamente pericolosa) di anticipazione della tutela e di incriminazione di soggetti che non hanno commesso o tentato di commettere alcun delitto-scopo; 2) contestate in concorso con i delitti-scopo assolvono una funzione di inasprimento del trattamento penale e processuale».

²⁶ V. E. DOLCINI, *Appunti su «criminalità organizzata» e reati associativi*, in *Arch. pen.*, 1982, 279 ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. Illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 21; G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit., 109 ss.; G. INSOLERA, *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., 151; G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., 9.

²⁷ Sottolinea la violazione del principio di materialità riscontrabile nella fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p. S. MOCCIA, *Prospettive non «emergenziali» di controllo dei fatti di criminalità organizzata*, cit., 155.

²⁸ Riteneva che, a configurare il reato associativo, fosse sufficiente l'accordo tra più soggetti, diretto alla realizzazione di un progetto criminoso, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1947, 233.

²⁹ Cfr. F. C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 424 ss.; G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 16-17. Per un'analisi delle questioni di costituzionalità inerenti, in particolare, alle fattispecie di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p., v. A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 197 ss.

³⁰ Orientamento sostenuto in giurisprudenza, ma criticato in dottrina. V., tra gli altri, C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 924 ss.; G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti-scopo commessi da altri associati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 42 ss.

loro correzione in sede interpretativa, secondo un metodo che, pur condivisibile negli intenti, finisce, di fatto, per tradursi in forme di manipolazione del dato normativo, in aperto contrasto con il principio di stretta legalità³¹. Sviluppato a partire dalla figura-base dell'associazione per delinquere *ex art. 416 c.p.*³², questo indirizzo ermeneutico ha trovato espressione anche in relazione al reato associativo di cui all'*art. 270 bis c.p.*, inteso come associazione «costituita da una pluralità di persone che, nel proporsi il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, siano *stabilmente* organizzate e pongano in essere fatti che siano la «premessa idonea» per la commissione di futuri reati»³³.

Il riferimento, dunque, è ai requisiti del concetto di associazione penalmente rilevante, identificati nella tradizione interpretativa riguardante l'*art. 416 c.p.* e consistenti in un accordo stabile e in un programma criminoso indeterminato, nonché nella presenza di una struttura organizzativa adeguata³⁴. L'organizzazione rappresenta il requisito costitutivo dell'associazione penalmente rilevante a cui maggiormente si ricollegano gli sforzi interpretativi diretti a soddisfare le esigenze connesse al principio di offensività³⁵. Quest'ultimo sarebbe salvaguardato laddove la struttura organizzativa risulti adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi dell'associazione o, per meglio dire, a ledere il bene giuridico protetto dalla norma che incrimina il fatto associativo. Una simile valutazione dovrebbe, inoltre, essere svolta in concreto e sulla base di un giudizio di tipo dinamico, che tenga conto non degli strumenti a disposizione dell'associazione, ma anche del loro impiego e, particolarmente, della capacità d'impiego degli stessi³⁶.

Se, però, alla luce del coordinamento sistematico tra l'*art. 270 bis c.p.* e l'*art. 270 sexies c.p.* si riflette sul gigantismo³⁷ e, quindi, sulla grave indeterminatezza del bene giuridico³⁸, in riferimento al quale andrebbe valutata la potenzialità offensiva dell'associazione, si comprendono i limiti del citato percorso interpretativo, che appare difficilmente praticabile in concreto. Senza contare che la

³¹ Criticamente sul punto G. DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 98-99; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 199, 345.

³² Cfr. G. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, 289 ss.; G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 88 ss.; G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 93 ss.

³³ S. REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. pen.*, 2004, 1212.

³⁴ Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 111 ss.

³⁵ In giurisprudenza, v. l'orientamento manifestato a partire dalla sentenza Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072, cit., 1462 ss., secondo cui, per la realizzazione della fattispecie prevista dall'*art. 270 bis c.p.*, occorre l'esistenza di una struttura organizzativa, anche elementare, che presenti un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare la valutazione di pericolosità. V., inoltre, Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2012, n. 46308, in *Guida al dir.*, 2013, n. 7, 64, che, in riferimento al terrorismo di matrice islamica, ha precisato come tale requisito possa identificarsi anche in strutture organizzative 'cellulari' o 'a rete', in grado di operare contemporaneamente in più Paesi, con contatti fisici, telefonici ovvero informatici, sia pure discontinui o sporadici, tra i vari gruppi in rete, che realizzino anche una sola delle condotte di supporto funzionale all'attività di organizzazioni terroristiche.

³⁶ Sul punto cfr. A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 118 ss., specialmente 125, ove si precisa che una visione statica dell'associazione corrisponderebbe all'idea di "un 'gigante che dorme'. Tuttavia, finché 'dorme', finché non si attiva per minacciare concretamente beni giuridici, il 'gigante' è solo un tipo d'autore".

³⁷ Così, in riferimento alla normativa europea da cui è derivato l'*art. 270 sexies c.p.*, G. FIANDACA, A. TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 121.

³⁸ Sulla necessaria determinatezza del bene giuridico, v. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 193-194; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 22 ss.; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 112 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 198-199.

fenomenologia del ‘nuovo’ terrorismo, alla quale finisce per adattarsi la risposta punitiva, mostra strutture ‘cellulari’ o ‘a rete’, caratterizzate da estrema flessibilità, che operano in maniera deterritorializzata ed eventualmente differita, stabilendo tra loro contatti anche discontinui o sporadici³⁹.

E ciò spiega, in un certo senso, perché la giurisprudenza sia prevalentemente⁴⁰ orientata ad interpretare la fattispecie di cui all’art. 270 *bis* c.p., ‘ripiegando’ su ‘un modello debole’ di associazione⁴¹, così da preservarne l’efficacia applicativa. Data la struttura elementare – o, comunque, poco tangibile, dell’associazione – nell’identificazione della condotta di partecipazione prevale la componente psicologica, pure quando essa venga intesa come un proposito concreto ed attuale di adesione ad uno specifico programma di violenza con finalità terroristica, per distinguerla dalla mera adesione psicologica ed ideologica⁴².

La condotta di partecipazione risulta dilatata, nella prassi, non diversamente da quanto accadeva, in materia di associazione mafiosa (art. 416 *bis* c.p.), prima che gli approdi interpretativi pervenissero all’individuazione dei criteri come l’inserimento stabile ed organico nella struttura organizzativa, che consentono di distinguere il mero *status* di appartenenza da un vero ruolo dinamico-funzionale, oltre a segnare il discrimine con le controverse ipotesi di concorso eventuale nel reato associativo, non a caso prive di applicazione giurisprudenziale con riferimento all’associazione terroristica *ex art. 270 bis* c.p.

Non mancano orientamenti volti a ritenere configurata la partecipazione all’associazione con finalità di terrorismo internazionale nell’ipotesi di soggetti inseriti in una cellula territoriale destinata a svolgere attività di supporto logistico (per es. di falsificazione di documenti), senza avere consapevolezza degli scopi a cui quelle attività sono rivolte, che saranno solo successivamente indicati: una sorta di associazione ‘in via mediata’, che equivale a riconoscere il concorso in reati-mezzo, rispetto all’inserimento nell’associazione, come partecipazione interna alla stessa⁴³.

Per di più, in queste ipotesi, la giurisprudenza tende a dare per presupposti gli elementi dell’accordo stabile, del programma criminoso (indeterminato) e della struttura organizzativa dell’associazione, rispetto alla quale si ritiene configurata la condotta partecipativa, laddove sussista

³⁹ V. L. D’AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all’associazione terroristica*, cit., 86.

⁴⁰ Non mancano eccezioni, ad esempio Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2016-14 novembre 2016, Hosni, in *CED Cass.*, n. 48001/2016, secondo cui «se non richiede la predisposizione di un programma di azioni terroristiche [questo è il passaggio della sentenza maggiormente opinabile], necessita tuttavia della costituzione di una struttura organizzativa con un livello di effettività che renda possibile la realizzazione del progetto criminoso. È determinante in tale senso il fatto che, nella previsione normativa, la rilevanza penale dell’associazione sia legata non alla generica tensione della stessa verso la finalità terroristica o eversiva, ma al proporsi il sodalizio la realizzazione di atti violenti qualificati da detta finalità. Costituiscono pertanto elementi necessari, per l’esistenza del reato, in primo luogo l’individuazione di atti terroristici posti come obiettivo dell’associazione, quanto meno nella loro tipologia; e, in secondo luogo, la capacità della struttura associativa di dare agli stessi effettiva realizzazione». Cfr. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., 249.

⁴¹ Per questi concetti, in riferimento all’art. 270 *bis* c.p., v. F. VIGANÒ, *Terrorismo islamico e art. 270 bis c.p.*, in AA. VV., *Terrorismo e legislazione penale (Incontro di formazione CSM, 14 aprile 2005)*, in *www.csm.it.*, 26 ss.

⁴² V. L. D’AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all’associazione terroristica*, cit., 87, note 21 e 22: Sul punto, Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2006, n. 30824 in *Guid. dir.*, 2006, 44 ss. secondo cui «per l’esistenza del reato di cui all’art. 270 *bis* c.p., pur se costruita come reato di pericolo presunto, non è sufficiente l’adesione a una astratta ideologia – per quanto odiosa e brutalmente manifestata – ma è necessaria la predisposizione di un concreto progetto di azioni eversive, non differenziandosi sotto questo aspetto la sua struttura da quella degli altri reati associativi previsti dal codice. Pertanto la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato»; Cass. pen., sez. VI, 12 luglio 2012, n. 46308, cit.

⁴³ V. M. DONINI, *Terrorismo e ruolo della giurisprudenza*, cit., 138.

un collegamento della ‘cellula’, in cui tale condotta viene realizzata, ad un’associazione terroristica ‘riconosciuta’, a volte identificato nella mera messa a disposizione unilaterale della prima nei confronti della seconda, indipendentemente dal fatto che quest’ultima le assegni un ruolo⁴⁴. Anche quando manchi un simile collegamento, frequentemente si assiste all’attribuzione di rilevanza penale, nel contesto della fattispecie associativa, ad atti, che risultano essere preparatori rispetto alla stessa associazione⁴⁵.

3. Tenuto conto della sussidiarietà espressa che regola i rapporti tra la fattispecie associativa (art. 270 *bis* c.p.) e quelle di «arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale» (art. 270-*quater* c.p.), di «addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale» (art. 270-*quinquies* c.p.), di «organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo» (art. 270-*quater*.1 c.p.) – sussidiaria anche rispetto all’arruolamento – e di «finanziamento di condotte con finalità di terrorismo» (art. 270 *quinquies*.1 c.p.) – sussidiaria anche rispetto all’organizzazione di trasferimenti –, è chiaro che ad una dilatazione della condotta di partecipazione *ex art. 270 bis* c.p. corrisponda una ridotta applicazione di queste ultime. Uno scenario già manifestatosi negli anni successivi all’introduzione degli artt. 270 *quater* e *quinquies* c.p., avvenuta nel 2005, ma che non ha distolto il legislatore nazionale, a distanza di un decennio – anche in conseguenza degli stimoli derivanti dalla dimensione internazionale – dall’ampliare le previsioni dei due articoli appena citati (con il co. 2 dell’art. 270 *quater* c.p., le modifiche al primo comma e l’aggiunta del secondo comma dell’art. 270 *quinquies* c.p.) ed introdurre nel codice penale altre norme incriminatrici di analogo tenore, perché anch’esse dirette ad attribuire rilevanza penale ad attività di natura essenzialmente preparatoria, all’interno di fattispecie qualificabili come veri e propri reati ostativi (artt. 270 *quater*.1, 270 *quinquies*.1 c.p.).

Si tratta di fattispecie-satellite, rispetto a quella associativa, mediante le quali sono incriminate condotte, poste in essere da soggetti che non sono stabilmente inseriti nell’associazione, prodromiche rispetto all’attuazione di un programma criminoso indefinito e destinate ad accrescere la potenzialità offensiva dell’associazione⁴⁶.

Senza entrare nel dettaglio dei rilievi critici formulabili in proposito⁴⁷, vale la pena ribadire che in esse si riscontrano seri problemi sul piano della determinatezza delle norme, su quello dell’offensività delle condotte incriminate, nonché a proposito del rilievo assorbente attribuito alle intenzioni dell’agente, in sede di tipicità.

In via meramente esemplificativa delle carenze di determinatezza, si può richiamare il caso dell’«arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale», di cui all’art. 270 *quater* c.p., che ha posto, sin dalla sua introduzione, il problema dell’identificazione della stessa condotta incriminata e, cioè, di cosa sia l’arruolamento. Problemi di questo tipo conferiscono alla giurisprudenza ampi spazi di discrezionalità, che, nel caso di specie, hanno portato all’individuazione del momento consumativo del reato in quello del raggiungimento del ‘serio accordo’ tra arruolante ed arruolato⁴⁸,

⁴⁴ V. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., 247 ss.

⁴⁵ V. R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 249.

⁴⁶ Cfr. L. D’AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all’associazione terroristica*, cit., 92.

⁴⁷ Sui quali v., per tutti, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 230 ss.

⁴⁸ Cfr. G. MARINO, *Lo statuto del “terrorista”: tra simbolo ed anticipazione*, cit., 50.

requisito non univocamente riconoscibile, né oggettivamente dimostrabile. Quest'interpretazione, peraltro, ha consentito al giudice di legittimità di ammettere la configurabilità del tentativo rispetto all'art. 270 *quater* c.p.⁴⁹, consistente nella commissione di atti idonei e diretti in modo non equivoco al raggiungimento di un serio accordo con taluno per il compimento di atti con finalità di terrorismo. Si punisce, così, il tentativo (monosoggettivo) di un atto preparatorio, consistente, di fatto, in un accordo, per quanto 'serio'. Siamo decisamente al di fuori di un diritto penale del fatto.

Tanto basterebbe ad esemplificare anche i problemi di offensività ravvisabili in quelle che abbiamo definito fattispecie-satellite dell'art. 270 *bis* c.p. Ma, in tal senso, si può ulteriormente citare il caso dell'auto-addestramento o, più precisamente, dell'auto-istruzione, punita dal riformato art. 270 *quinquies* c.p., con la stessa pena prevista per la partecipazione in associazione terroristica (art. 270 *bis* c.p.) – la reclusione da cinque a dieci anni –, sia pure a condizione che il soggetto che si auto-istruisce ponga in essere «comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270 *sexies* c.p.», dove l'espressione 'comportamento' è senz'altro più generica del riferimento ad 'atti' e, soprattutto, la richiesta univocità, oltre ad essere riferita alla realizzazione delle condotte di cui all'art. 270 *sexies* c.p., a loro volta indeterminate, si presta ad essere intesa soggettivamente, oltre che oggettivamente, e, comunque, non implica una non richiesta idoneità⁵⁰.

Quanto, poi, alla funzione tipizzante attribuita alle intenzioni dell'agente, si pensi all'«organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo» (art. 270 *quater*.1 c.p.), ove una condotta del tutto neutra, sul piano del disvalore, come l'organizzazione, il finanziamento o la propaganda di viaggi in territorio estero, assume rilevanza penale e diventa punibile con la reclusione da cinque ad otto anni, in ragione della finalità terroristica del trasferimento, che ancora una volta risente dell'indeterminatezza dell'art. 270 *sexies* c.p. e che non è empiricamente dimostrabile, a meno di immaginarne un'improbabile pubblicità, con il rischio che, ad integrarne la prova, intervengano fattori di discriminazione, legati, ad esempio, all'appartenenza del viaggiatore ad un certa etnia o confessione religiosa. Tali aspetti risulterebbero amplificati in caso di introduzione nel nostro ordinamento di un'ulteriore fattispecie incriminatrice dei viaggi finalizzati al terrorismo, invero richiesta dalla direttiva (UE) 2017/541.

È bene tener conto che, con riferimento alle fattispecie in questione, ancor più che per il reato associativo di cui all'art. 270 *bis* c.p., risulta difficilmente attuabile quel correttivo ermeneutico, già richiamato, che fa leva sull'interpretazione in chiave 'oggettivante' del dolo specifico, per colmare le carenze di offensività in esse riscontrabili. È, infatti, innegabile che sussista una netta sproporzione tra le singole condotte preparatorie, monosoggettive, tipizzate agli artt. 270 *quater* ss. c.p. e le condotte con finalità di terrorismo definite dall'art. 270 *sexies* c.p.⁵¹, a cui esse sono specificamente rivolte e rispetto alle quali andrebbe valutata l'idoneità delle prime.

A questi spunti critici, si aggiungano evidenti livellamenti sanzionatori⁵² tra le fattispecie incriminate – a cui, in minima parte, si è accennato –, se non vere e proprie sproporzioni nelle risposte

⁴⁹ V. Così, Cass. pen., sez. I, 9 settembre 2015 (ud. 9 settembre 2015), Elezi, in *www.archiviopenale.it*.

⁵⁰ Cfr. A. PRESOTTO, *Le modifiche agli artt. 270-quater e quinquies del codice penale per il contrasto al terrorismo*, cit., 112.

⁵¹ V. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., 254.

⁵² Sul punto v. M. DONINI, *Terrorismo e ruolo della giurisdizione*, cit., 139.

punitiva apprestate, tali da far ritenere che il legislatore abbia riconosciuto maggior disvalore alle condotte più arretrate rispetto all'offesa di quel macro-bene giuridico, a cui esse sembrano rapportate.

Non si può che convenire, pertanto, con chi definisce quelle in esame come fattispecie ultra-preparatorie che oggettivano in forme normative lo scopo di neutralizzazione di soggetti pericolosi o presunti tali⁵³; scopo che anima l'intera normativa anti-terrorismo e che risulta amplificato, ove si consideri l'applicabilità delle misure di prevenzione anche a chi ponga in essere atti preparatori non solo dell'associazione, ma anche delle condotte preparatorie incriminate nelle fattispecie-satellite. Infatti, tra i destinatari delle misure di prevenzione rientrano «coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale» (art. 4, comma 1, lett. d), Codice antimafia).

Pur andando incontro ad una scarsa efficacia applicativa, in termini di sentenze definitive di condanna – sia per i limiti insiti nei fatti incriminati, difficilmente dimostrabili nella sede processuale, sia per la tendenziale dilatazione della condotta di partecipazione *ex art. 270 bis c.p.*, rispetto alla quale sono sussidiarie –, le fattispecie che incriminano condotte preparatorie della stessa associazione con finalità di terrorismo anche internazionale non rimangono puramente simboliche. Esse consentono un alleggerimento del quadro probatorio, (soprattutto) rispetto al corrispondente reato associativo e, dunque, svolgono la loro funzione nella fase delle indagini⁵⁴. Esse, cioè, offrono un fondamento normativo, che consente alla magistratura di operare, in tale fase, pur in assenza di un corredo probatorio che giustificerebbe l'incriminazione per delitti più gravi, quale la stessa associazione con finalità di terrorismo, con la conseguenza che, «una volta acquisiti maggiori elementi probatori, in fase di formulazione dell'imputazione, è probabile che le nuove fattispecie cederanno il passo ad altre, maggiormente definite»⁵⁵.

Il diritto penale sostanziale viene, in questo modo, asservito ad esigenze di tipo procedurale, secondo quel fenomeno di 'strumentalità inversa', che già venti anni fa Padovani segnalava⁵⁶, denunciando, al contempo, una «crasi vistosa tra 'legalità offerta' e 'legalità raggiunta', e cioè tra la legalità quale parametro e fondamento dell'indagine e legalità quale risultato finale di una vicenda giudiziaria, cristallizzata in una sentenza definitiva»⁵⁷.

4. Le scelte normative sin qui tratteggiate, (anche) nel loro significato politico-criminale e tenendo conto dei profili applicativi ad esse riconducibili, si pongono in palese violazione dei principi fondamentali di un diritto penale costituzionalmente orientato. Una tale deroga non può essere giustificata né dalla necessità di adempiere obblighi di tutela penale imposti da fonti normative

⁵³ V. ancora M. DONINI, *op. ult. cit.*, 128.

⁵⁴ Cfr. M. DONINI, *op. loc. ult. cit.*, che fa riferimento ad una tipicità 'per fasi'.

⁵⁵ A. PRESOTTO, *Le modifiche agli artt. 270-quater e quinquies del codice penale per il contrasto al terrorismo*, cit., 114.

⁵⁶ V. T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 529.

⁵⁷ T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 535.

sovrarazionali – come ho già accennato in apertura – né in nome della gravità – beninteso, indiscussa e indiscutibile – del fenomeno criminale da contrastare.

Sotto quest'ultimo profilo, anche a fronte di situazioni di straordinaria pericolosità sociale, il perseguimento di, pur comprensibili, scopi di difesa dello stato di diritto e della democrazia non può passare attraverso la negazione di quelle stesse garanzie e di quegli stessi diritti che ne rappresentano l'irrinunciabile fondamento. È, evidentemente, insanabile la contraddizione insita nell'imporre l'osservanza delle norme mediante la trasgressione di altre norme gerarchicamente superiori, quali sono quelle destinate a disciplinare, in uno Stato sociale di diritto, l'esercizio del potere punitivo. Ed è, verosimilmente, solo 'apparente' – come lo definisce Ferrajoli – il paradosso insito nella «forza deterrente costituita [...] dalla massima asimmetria che deve essere conservata ed esibita tra la civiltà del diritto e l'inciviltà delle organizzazioni criminali, tra Stato di diritto e violenza extra-legale»⁵⁸, perché «solo lo sviluppo di tutte le garanzie dello Stato costituzionale di diritto, e perciò la distanza esibita e difesa tra la giustizia basata sulla legalità e l'ingiustizia della violenza arbitraria, sono idonee a isolare socialmente e a depotenziare politicamente la violenza sregolata e selvaggia di qualunque tipo»⁵⁹. In proposito, di fronte ai momenti di crisi, corrispondenti a nuove, come a vecchie emergenze, resta valido il 'modello Barak': «nei periodi di guerra e di crisi, la democrazia si trova a combattere "con un braccio legato dietro la schiena", ma proprio da una situazione così precaria i valori della democrazia escono rafforzati»⁶⁰.

L'impiego del diritto penale in funzione di tendenziale neutralizzazione della pericolosità sociale, anche attraverso forme di anticipazione della tutela corrispondenti alla criminalizzazione di mere finalità interiori, determina la prevalenza di un diritto penale d'autore sul diritto penale del fatto, introducendo trattamenti differenziati per tipologie d'autore, quanto al riconoscimento di diritti e garanzie fondamentali, e finisce, così, per contribuire alla radicalizzazione dei conflitti culturali, ampiamente intesi, che alimentano il fenomeno terroristico, con conseguenti effetti criminogeni.

Gli stessi atti europei, di cui la normativa italiana costituisce, in gran parte, attuazione, segnalano la necessità di un «approccio a lungo termine, proattivo e globale», per «la prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento nelle file del terrorismo», da realizzarsi, anche in cooperazione tra gli Stati membri, combinando «misure nell'ambito della giustizia penale con politiche nei settori dell'istruzione, dell'inclusione sociale e dell'integrazione, nonché con l'offerta di programmi efficaci di deradicalizzazione o disimpegno e di uscita o riabilitazione»⁶¹, volti a ridurre lo sfruttamento ai fini terroristici delle situazioni di tensione originate dalle diversità religiose e culturali. Per essere seriamente attuate, tali indicazioni, provenienti dalla dimensione internazionale ed europea, richiederebbero, (anche) nelle realtà nazionali, un impegno diversificato e a lungo termine, il solo in grado di prevenire efficacemente la diffusione del fenomeno terroristico⁶². Invece, il legislatore nazionale, non diversamente dalle stesse istituzioni europee, sembra privilegiare ad un

⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in *Quest. giust.*, 2016, 8.

⁵⁹ L. FERRAJOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ F. STELLA, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 939. V. A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, 3385 ss.

⁶¹ V. i 'considerando' nn. 31, 32 e 33 della direttiva (UE) 2017/541 e l'art. 3 della convenzione del Consiglio d'Europa del 2005. In tal senso, si pronuncia anche la risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 2178/2014, 'a monte' degli atti europei.

⁶² Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2/2015, 227-228.

simile impegno il ricorso ad un uso preventivo del diritto penale, tale da richiamare pericolosamente il modello teorico del ‘diritto penale del nemico’.

In quest’ottica, al diritto penale deve essere restituita la ‘nobile’ funzione di *extrema ratio*, che ad esso compete in un ordinamento realmente democratico. Ciò non significa negare la necessità del suo impiego a fronte di fatti dannosi o, quanto meno, concretamente pericolosi di beni giuridici fondamentali, ma auspicare che, al di fuori di tali ipotesi – nelle quali il ricorso all’intervento penale appare doveroso –, operino altri strumenti, in grado d’incidere, profondamente, sulle cause strutturali del fenomeno terroristico: cause culturali, sociali, economiche, politiche in senso ampio.

Lo svilimento del diritto penale a strumento di ‘lotta’ non solo rischia di sottrarre ad esso credibilità ed efficienza, ma, di fatto, produce l’effetto di esautorare le istituzioni competenti da interventi più radicali, sia pure meno immediati e suggestivi, per l’opinione pubblica ed il consenso sociale, della ‘riesumazione’ di controverse fattispecie associative, dell’introduzione di delitti di attentato, di reati di sospetto e di opinione, e di emblematici inasprimenti sanzionatori; interventi, a ben vedere destinati all’inefficacia, posto che l’esasperata anticipazione della tutela penale, anche attraverso la soggettivizzazione delle incriminazioni, rende le fattispecie difficilmente verificabili sul piano empirico e, dunque, fa sì che le relative accuse risultino pressoché insostenibili all’interno di un ‘giusto’ processo.

La prevenzione orientata alla neutralizzazione del ‘nemico’ terrorista, infine, oltre a porsi formalmente in contrasto con il fondamentale principio sancito dall’art. 27, co. 3, Cost., snatura il significato stesso che la prevenzione deve rivestire in uno Stato sociale di diritto, finalizzandola all’ideale eliminazione della singola fonte di pericolo sociale, vale a dire all’ulteriore ‘esclusione’ del presunto delinquente, così, in un certo senso, incentivato a riconoscersi – e comportarsi – come ‘nemico’.

La Corte costituzionale ridisegna i confini dell'art. 580 c.p.: la sentenza n. 242/2019 viatico per l'equilibrata perimetrazione di uno 'spazio libero' dal biodiritto penale?

ANTONIO NAPPI

ABSTRACT

An important decision of the Constitutional court declared partially illegitimate art. 580 of the Italian criminal code. As a result of this decision, facilitation to suicide is not always punished by the Italian law and a new space 'free from the criminal law' is shaping up in the Italian legal system. This aspect is deepened in the essay, trying to track a new border between lawful and unlawful in this very delicate matter.

SOMMARIO 1. La 'doppia pronuncia' sulla questione di legittimità dell'art. 580: riflessioni sulla forma delle decisioni e sulla sostanza delle stesse. – 2. Vivere, diritto o dovere? Formanti penalistici in dialogo. – 3. Art. 579 e 580 c.p.: 'in trasformazione' il bene giuridico tutelato? – 4. Il biodiritto penale di fine vita tra autodeterminazione e solidarismo. – 5. Un nodo da sciogliere: quali limiti al diritto all'obiezione di coscienza?. – 6. Diritto penale e malattia irreversibile: le prospettive di riforma.

1. La dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. segna un'importante tappa del processo, in corso, di ridefinizione del biodiritto penale di fine vita: per effetto della sent. n. 242/2019, infatti, non è più punibile chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2, l. n. 219/2017, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, purché:

i) la determinazione si sia formata autonomamente e liberamente nonché – si rileva con ridondante duplicazione dei requisiti *de quibus* – il paziente sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; ii) l'interessato sia affetto da malattia irreversibile e, per l'effetto, tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale; iii) le sofferenze fisiche o psicologiche siano dal paziente reputate intollerabili; iv) le descritte condizioni e, con esse, le modalità di esecuzione della pratica suicidiaria, siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente¹.

Esprimiamo apprezzamento per il passo compiuto, che invocavamo già all'indomani della pubblicazione dell'ord. n. 207/2018²: l'entrata in vigore della l. n. 219/2017 aveva infatti acuito l'inconciliabilità tra la disciplina dell'art. 580 c.p. e il dettato costituzionale.

¹ Corte costituzionale, sent. n. 242/2019, in www.corte costituzionale.it. Le disposizioni violate, secondo l'interpretazione della Consulta, sono gli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost.

² Cfr., volendo, anche per una ricognizione delle posizioni sul tema, A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile: dal 'dovere di vivere' al diritto di autodeterminazione*, Napoli, 2019, 112 ss., spec. 120 ss.

La Consulta, pur mostratasi consapevole di questo contrasto³, non ne aveva tratto la conseguenza che – a nostro sommo avviso – la coerenza avrebbe suggerito, ossia la declaratoria di parziale illegittimità della disposizione denunciata, nella parte in cui incriminava l’agevolazione al suicidio anche laddove esso attuasse, entro i limiti di legge, il diritto di autodeterminazione del paziente⁴.

Il giudice costituzionale, come è noto, in quella occasione aveva preferito limitarsi ad invocare una sollecita e compiuta riforma legislativa che si conformasse alle esigenze di tutela segnalate nell’ordinanza e aveva rinviato il giudizio ad una successiva udienza di discussione, all’esito della quale valutare l’eventuale sopravvenienza della disciplina normativa invocata⁵.

La Corte aveva così inteso adottare il «collaudato meccanismo della “doppia pronuncia” (sentenza di inammissibilità “con monito” seguita, in caso di mancato recepimento di quest’ultimo, da declaratoria di incostituzionalità)»⁶, al dichiarato scopo di «lasciare al legislatore, in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale (...) le scelte in tema di bilanciamento tra valori di primario rilievo; evitando, al contempo, un duplice deprecabile effetto: da un lato, che la disposizione impugnata continu[asse] a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili»; dall’altro, che si determinassero «vuoti di tutela di valori, anch’essi, costituzionalmente rilevanti»⁷.

Questa modalità decisoria non ci sembra in linea con il dettato dell’art. 134 Cost., che attribuisce alla Corte costituzionale il compito di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi (e non quello di sospendere il giudizio, invitando il Parlamento a provvedere, indicando inoltre come – ed entro che data – farlo!)⁸.

³ In tal senso, infatti, esplicita era stata Corte cost., ord. n. 207/2018, Considerato in diritto, § 11, in www.cortecostituzionale.it/decisioni.

⁴ Soluzione altrettanto valida sarebbe stata quella di ricorrere a una sentenza interpretativa di rigetto, precisando che la condotta di agevolazione al suicidio andava intesa in termini restrittivi, escludendo dall’ambito di operatività dell’art. 580 c.p. l’ipotesi del soggetto che si limitasse ad accompagnare il paziente irreversibile nel luogo in cui altri hanno predisposto il trattamento diretto a determinare la morte: così R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 8 aprile 2019, 11. Cfr., inoltre, ID., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 10/2018, 97 ss. In dottrina, *ex multis*, rinviamo inoltre a M. D’AMICO, *Scegliere di morire “degnamente” e “aiuto” al suicidio: i confini della rilevanza penale dell’art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018, 737 ss.; ID., *Sulla illegittimità costituzionale della norma che incrimina l’istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in www.giurisprudenzapenale.com; P. FIMIANI, *Le responsabilità nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 maggio 2018; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, 13 maggio 2019, 1 ss.; A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, *ivi*, 14 giugno 2018; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2018, 7, 57 ss.; inoltre, volendo, A. NAPPI, *Principio personalistico e binomi indissolubili. Il primato dell’essere nell’incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, 149 ss., spec. 214 ss.

⁵ Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., *loc. ult. cit.*

⁶ Così precisa Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., Considerato in diritto, § 4.

⁷ Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., *loc. ult. cit.*

⁸ La prevalente dottrina si è mostrata invece favorevole a questo orientamento della Corte: in tal senso, *ex plurimis*, S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biola Journal*, 2018, 3, 167 s. Per approfondimenti, E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul “caso Cappato”*, in *Fam. dir.*, 3/2019, 247 ss.

Rileviamo, in questa sede, che la Consulta (Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., Considerato in diritto § 11), ha richiamato, a sostegno della propria modalità decisoria, le pronunce Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, Carter contro Canada, 2015, CSC 5 (dichiarata l’illegittimità costituzionale di una disposizione penale l’efficacia della decisione fu sospesa per dodici mesi, per consentire al Parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia) e Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38 (che evidenziò come fosse il Parlamento a dover valutare l’opportunità della legalizzazione, anche solo parziale, dell’assistenza al suicidio

Nella specie, inoltre, la decisione ha finito per produrre l'effetto che mirava ad evitare, ossia un'invasione del campo legislativo: eravamo stati facili profeti nel prevederlo, commentando quella pronuncia⁹.

Non ci sembra, del resto, che colgano nel segno gli strali contro il Parlamento, rimasto inerte nonostante il monito della Consulta.

Pur riconoscendo, infatti, la necessità che il legislatore intervenga, riteniamo, in adesione ai postulati del principio della separazione dei poteri, che il problema non risieda nel mancato rispetto del *diktat* della Corte, bensì nell'inadeguatezza dell'attuale disciplina, alla quale il Parlamento dovrebbe porre rimedio, in virtù del mandato popolare ricevuto e non di sollecitazioni giurisprudenziali, per quanto autorevoli esse siano.

Crediamo, però, che sarebbe illusorio pensare che una modifica del codice penale potrebbe – di per sé – scongiurare le paventate strumentalizzazioni dei pazienti irreversibili: superando la logica della mera repressione penale, facile e a costo zero, però viziata da una sterilità politico-criminale che la rende inefficace. Sarebbe piuttosto da adottare una strategia complessiva, volta a coniugare il riconoscimento del diritto di autodeterminazione con una logica di solidarietà, fondata sul sostegno agli ammalati e alle loro famiglie.

L'ord. n. 207/2018 suscita perplessità anche perché, a nostro sommo avviso, i timori che la Corte esprime in motivazione apparivano infondati: da un lato, una dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. non avrebbe consentito, con riferimento alla parte della fattispecie astratta dichiarata incostituzionale, una ulteriore applicazione della stessa¹⁰; dall'altro, i paventati vuoti di tutela e, quindi, i pericoli di abusi a danno di persone in situazioni di vulnerabilità, potevano essere limitati attraverso meccanismi che, volti a garantire «un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta»¹¹, sono stati poi effettivamente contemplati nella sent. n. 242/2019. Attraverso quest'ultimo provvedimento, infatti, nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., la Consulta ha precisato che la declaratoria di incostituzionalità attiene «in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge [n. 219/2017]»¹² ed ha statuito che – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio resta affidata «a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale», alle quali è

medicalmente assistito e che quindi ritengono istituzionalmente inappropriato per una Corte, in quel momento, dichiarare che la disposizione oggetto di scrutinio fosse incompatibile con l'art. 8 CEDU).

⁹ A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile*, cit., 120 ss.

¹⁰ E ciò, contrariamente a quanto paventato dalla Corte costituzionale, avrebbe impedito che la disposizione impugnata continuasse «a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili».

¹¹ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., Considerato in diritto, § 5.

¹² Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., *loc. ult. cit.*, che rileva inoltre che il *decisum* attiene alle situazioni contemplate dall'art. 1, 5° co., l. n. 219/2017 e, quindi, al diritto all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in corso alla persona «capace di agire», sempre che la richiesta sia stata espressa nelle forme previste per il consenso informato dall'art. 1, 4° co., l. n. 219/2017, ossia documentata «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare» e, inoltre, «[f]erma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà». Occorre inoltre, in virtù del rinvio operato al citato art. 1, 5° co., l. n. 219/2017, che il medico prospetti al paziente «le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative», promovendo «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica».

altresì affidato il compito di verificare le modalità di esecuzione, al fine di «evitare abusi in danno di persone vulnerabili»¹³.

La delicatezza del valore in gioco, ha aggiunto la Corte nella medesima prospettiva, «richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti»¹⁴.

Attraverso la sent. n. 242/2019, quindi, prendendo atto dell'inerzia del Parlamento, la Corte ha provveduto in conformità al condivisibile orientamento stando al quale «Nei casi in cui sarebbe doverosa (per il medico) l'interruzione del trattamento rifiutato, ancorché necessario *quod vitam*, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponde ad una reale funzione di tutela della vita. In questo specifico caso ha senso parlare di non offensività dell'aiuto al suicidio, rispetto alla vita di chi lo abbia richiesto invece di chiedere (come pure avrebbe potuto) l'interruzione delle cure che lo tengono in vita»¹⁵.

Riteniamo complessivamente apprezzabile la sent. n. 242/2019 che, pur confermando le conclusioni raggiunte con l'ord. n. 207/2018, ha tenuto conto delle critiche mosse da una parte dell'opinione pubblica nell'anno trascorso tra la prima e la seconda decisione della Consulta: si è così precisato - per tranquillizzare chi ritiene che ridurre il novero delle condotte punibili *ex art. 580 c.p.* potrebbe equivalere a prendere una pericolosa china - che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non è «di per sé, in contrasto con la Costituzione», essendo piuttosto «giustificata da esigenze di tutela del diritto alla vita, specie delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento intende proteggere evitando interferenze esterne in una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio»¹⁶.

Tuttavia, ha correttamente soggiunto la Corte, in virtù dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017, in determinate situazioni il paziente può «lasciarsi morire chiedendo l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e la sottoposizione a sedazione profonda continua, che lo pone in stato di incoscienza fino al momento della morte. Decisione che il medico è tenuto a rispettare»¹⁷.

In queste ipotesi, sarebbe irragionevole un divieto, imposto al medico, di «mettere a disposizione del paziente trattamenti atti a determinarne la morte»: un simile precetto, infatti, in dispregio del canone di ragionevolezza, limiterebbe il diritto – garantito *ex artt. 2, 13, 32 Cost.* – di autodeterminarsi nella scelta dei trattamenti sanitari e clinici, costringendo il paziente che intenda congedarsi dalla vita a subire «un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»¹⁸.

¹³ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., Considerato in diritto, § 5.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., *loc. ult. cit.*, ove si precisa inoltre che tali comitati sono «investiti di funzioni consultive intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona in confronto alle sperimentazioni cliniche di medicinali o, *amplius*, all'uso di questi ultimi e dei dispositivi medici (...) funzioni che coinvolgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche (artt. 1 e 4 d.m. 7 settembre 2017, recante «Disciplina dell'uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica»)».

¹⁵ D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 7-8, 71. Cfr., in senso analogo, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 98 ss.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., Considerato in diritto, § 5.

¹⁷ *Ibidem*. Per approfondimenti vedi *infra*, § 3.

¹⁸ *Ibidem*.

2. Le condotte di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio sono, *ex art. 579-580 c.p.*¹⁹, sempre punibili, anche allorché il soggetto attivo, con atto di solidarietà umana, si limiti ad accogliere la richiesta di aiuto a morire²⁰.

Molto calzante, in relazione a queste ultime fattispecie, ci sembra la metaforica invocazione di una sorta di *habeas corpus*, (letteralmente ‘che tu abbia il corpo’).

Esso, importante strumento per la salvaguardia della libertà individuale contro l’azione arbitraria dello Stato, si sostanziava nella verifica giudiziale della sussistenza, *prima facie*, di fondati elementi di accusa a carico delle persone private della libertà personale nonché dell’assenza di segni di abusi su queste ultime²¹.

Nella materia indagata, la prospettiva dell’*habeas corpus* risulta essere rovesciata: libertà non più *del* corpo, bensì *dal* corpo²². Si versa, infatti, in una situazione di prigionia del proprio corpo che genera la sindrome c.d. “*locked-in*” e ciò genera l’invocazione – da parte del paziente – di un diritto di essere liberato dal proprio corpo²³. Comprensibili, anche alla luce di queste considerazioni, sono le diffuse istanze di riduzione dell’ambito di operatività del diritto penale nella materia indagata: la Consulta, consapevole di ciò, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la punibilità dell’agevolazione del proposito di suicidio allorché essa sia maturata nei termini indicati nel dispositivo della sent. n. 242/2019 ed attuata alle condizioni e secondo le modalità ivi precisate²⁴.

I più recenti esiti speculativi cui è giunta la Consulta costituiscono, in larga misura, frutto del virtuoso circolo dialettico innescatosi tra i formanti penalistici e, in particolare, tra dottrina e giurisprudenza.

Punto di snodo di questo dialogo è stata la sentenza Englaro, che ha individuato, tra i corollari del principio del consenso informato, la facoltà di non intraprendere o di interrompere i trattamenti sanitari ed ha ascrivito a questi ultimi alimentazione e idratazione artificiali, disattendendo il contrario orientamento che – al fine di limitare, in relazione ad essi, il diritto di autodeterminazione del paziente – ne teorizzava la natura di meri presidi di cura o di sostentamenti ordinari di base²⁵.

¹⁹ Una brillante e completa analisi delle disposizioni *de quibus* si deve ad A. MANNA, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. Manna, Torino 2007, 40 ss.

²⁰ V. MANES, *È ancora suicidio?*, *Note di udienza* (Corte cost., ud. 23.10.2018), in www.associazionelucacoscioni.it, 6: si è così imposto, oltre al ‘dovere di vivere’, anche il ‘dovere di morire secondo un certo iter’, ove si voglia conseguire il proprio trapasso per porre fine ad una condizione insopportabile: ID., *op. cit.*, 11.

²¹ Per approfondimenti, B.R. FARRELL, *From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law*, in *Mich. St. U. Coll. LJ Int'l L.*, 2008, 551. La verifica nasceva da un ordine giudiziale, che intimava al pubblico ufficiale di portare al cospetto della Corte la persona privata della libertà personale.

L’*habeas corpus*, che origina nel XIII secolo nei sistemi di *common law*, si estende poi a tutti i sistemi giuridici occidentali, quale strumento per la salvaguardia della libertà individuale contro l’azione arbitraria dello Stato: cfr., *ex multis*, W.A. DUKER, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1980, 17. Esso, tuttavia, non nasce come diritto, bensì come privilegio fondato sulla prerogativa reale ed emanato a discrezione dei giudici del *King's Bench* dopo una valutazione sommaria dell’istanza di parte: si rinvia, per un *excursus* anche storico, alla interessante analisi di P.D. HULLIADY, *Habeas Corpus: from England to Empire*, Harvard University Press, Boston, 2012, spec. 17 ss.

²² Per approfondimenti, S.T. CASPER, *A history of the Locked-In-Syndrome: Ethics in the making of neurological Consciousness*, 1880-present, *Neuroethics* (2018), cit. da E. FALLETTI, *op. cit.*, 236, nota 12. Ciò genera l’invocazione – da parte del paziente – di un *habeas corpus* configurato quale diritto di essere liberato dal proprio corpo: così E. FALLETTI, *op. cit.*, 237.

²³ Così E. FALLETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., Considerato in diritto, § 5.

²⁵ Cfr. Cass. civ., sent. n. 21748/2007, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di G. CASABURI, Considerato in diritto, § 6. Sia consentito rinviare, sul punto, ad A. NAPPI, *Principio personalistico e binomi indissolubili*, cit., 197 ss. Cfr., inoltre, A.

La dottrina, dal canto suo, aveva provato a delineare un percorso che agevolasse la ridefinizione del diritto penale di fine vita in adesione ad una prospettiva assiologica che, rifiutando dogmi, valorizzasse il canone pluralistico.

Un diffuso orientamento, invero, temendo la spirale di effetti che avrebbe potuto innescare un'affermazione, riferita anche ai trattamenti salvavita, del canone di autodeterminazione²⁶, ha sostenuto la necessità di continuare ad ancorare il nostro ordinamento al principio della indisponibilità della propria vita, inteso in senso assoluto e non passibile di eccezioni. Si è fatto leva, in questa prospettiva, sui concetti di dignità e sacralità della vita; sulla inammissibile trasfigurazione, che altrimenti ne deriverebbe, del suicidio, da mera facoltà a diritto soggettivo inserito nell'ambito di un rapporto giuridico; sulla prevedibile estensione della futura norma permissiva a fattispecie analoghe; sui pericoli di abusi e strumentalizzazioni ai danni di persone vulnerabili a cagione della grave malattia che li affligge; sull'incertezza dei confini della nozione di irreversibilità della malattia e sulla difficoltà di presumere il consenso di pazienti privi della capacità naturale; sulla cogenza del principio dell'*in dubio pro vita*; sulla negazione della natura di trattamenti sanitari di alimentazione e idratazione artificiali e, quindi, sulla non rinunciabilità/rifiutabilità degli stessi; sulla teorizzazione dell'inconciliabilità della professione medica, finalizzata a salvare la vita, con la realizzazione di condotte che contribuiscano a porre fine all'esistenza di pazienti²⁷.

In numerosi approfondimenti scientifici, diversamente orientati, è stata invece evidenziata l'esigenza di superare l'impostazione paternalistica del codice penale vigente²⁸ e, in questa

FERRATO, *I nuovi confini dell'autodeterminazione terapeutica: il diritto di rinuncia ai trattamenti di idratazione ed alimentazione artificiale*, in *Arch. pen.*, 26 settembre 2019. Alla sentenza Englaro è seguita, dopo breve tempo, la pronuncia Welby, che si è rifatta proprio ai principi affermati dalla sentenza Englaro: cfr., in dottrina, *ex plurimis*, F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss., spec. 8 s.

²⁶ In tal senso, *ex plurimis*, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg. dir.*, 2018, 2, 415 ss.

²⁷ I nostri riferimenti bibliografici non potrebbero essere esaustivi, in considerazione della sterminata bibliografia in materia. Per riflessioni problematiche, orientate, sia pure con diversità di accenti, nel senso indicato nel testo, cfr. F. MANTOVANI, *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, 1, 7 ss.; ID., *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino 1990, 423 ss.; ID., *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Arch. giur.*, 1970, 1-2, 37 ss.; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 143 ss.; ID., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 506 ss.; ID., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, *ivi*, 1981, 477 ss. Si rinvia inoltre a L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, a cura di F. Basile, D. Brunelli, S. Canestrari, Torino 2011, 957 ss.; ID., *Introduzione al Focus (I). Menomazioni gravi della salute: "diritto di vivere" o "diritto di morire"? Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 2, 492 ss.; ID., *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 239 ss. Per un significativo contributo al dibattito cfr., inoltre, nell'ambito della Sua ampia e sempre acuta produzione scientifica, L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Foro it.*, V, 2009, 239 ss. Si esprime, autorevolmente, nel senso del necessario riconoscimento al soggetto di disporre della propria vita, ma «nel rispetto della dignità e del valore della persona umana», P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 126. Nella prospettiva indicata, interessanti spunti di riflessione, nell'ambito della dottrina civilistica, sono stati recentemente offerti da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 2, 580 ss.

²⁸ Per un'analisi di questo aspetto, non limitato alle questioni di 'fine vita', cfr., *ex plurimis*, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, V, 2009, 227 ss.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, I, 489 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, *ivi*, 525 ss.; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1210 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, *ivi*, 2008, 313 ss.

prospettiva, è stata sostenuta l'idea della «disponibilità personalissima della vita»²⁹, teorizzandosi, inoltre, provocatoriamente, l'esistenza di un «diritto a esser lasciati morire in pace»³⁰. Altri studiosi hanno sostenuto l'esistenza di un «diritto di morire»³¹ o di «scegliere come vivere»³² o di un «diritto ad un aiuto nel morire» (correlato al necessario riconoscimento di diritti infelici ma necessari)³³ ovvero di un «diritto ad essere aiutati a morire di mano propria», nel compiere ed eseguire la scelta di fine vita³⁴.

Preferibile, a nostro avviso, è il riferimento ad un diritto di autodeterminazione terapeutica (o clinica, allorché, in virtù della irreversibilità della malattia allo stato della scienza medica, non vi sia alcuna speranza di guarigione all'esito del trattamento sanitario) che consente di evitare – perché controversa e, quindi, di ostacolo al filo del dialogo, sottilissimo nella materia indagata – l'ascrizione della morte al novero dei “diritti”³⁵.

In questo contesto speculativo si è giunti a ridisegnare, in tema di fine vita, i confini del rapporto tra diritto di autodeterminazione e sistema penale³⁶ ed a tratteggiare i confini di un nuovo statuto pluralistico dell'intero biodiritto penale³⁷, sottolineando l'esigenza di superare i confini di una

²⁹ Così G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2306.

³⁰ In tal senso si esprimeva lo studioso che, con la sua presenza, avrebbe poi impreziosito la già autorevole composizione della Consulta: cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., 5 ss.

³¹ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, cit., 32. In senso difforme P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., 1045: l'Autore esclude l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto di ammalarsi e di lasciarsi morire, in considerazione del fatto che la Costituzione adotta il principio personalistico e, dunque, considera la persona «come un valore da preservare e da realizzare anche nel rispetto di sé stessi». Si riferisce non al riconoscimento di un vero e proprio diritto di morire, bensì del più limitato diritto di rifiutare la terapia (anche se già iniziata), G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 234. In questo senso si esprimeva la sentenza Englaro: «il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell'esistenza, non di un diritto generale e astratto ad accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati»: cfr. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., *loc. ult. cit.* Per interessanti considerazioni riferite al caso Englaro e volte a porre in relazione l'operatività del canone di ragionevolezza con il ruolo della giurisprudenza in presenza di una *lacuna legis* si rinvia, nell'ambito della dottrina civilistica, a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 95 ss.

³² G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 3, 488 ss. Si riferiscono ad un diritto «relativo a come vivere», correlato al «dovere dei terzi di rispettare scelte esistenziali che riguardano innanzitutto il come vivere, e il come morire quale aspetto del come vivere», D. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino di lachesis ed i diritti inviolabili delle persone*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 334.

³³ Su questo profilo cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2017, in ptc. § 6.

³⁴ V. MANES, *È ancora suicidio?*, cit., 9, che si riferisce alle ipotesi di chi, come Fabo, «era lucido e consapevole, ma impossibilitato a provvedere perché rinchiuso nella “prigionia di un corpo” ridotto a mero sostrato organico, che non risponde più se non per trasmettere assurde sofferenze».

³⁵ Vedi *infra*, § 6.

³⁶ Per approfondimenti, *ex plurimis*, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 565 ss.; G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova 1982, 11 ss.; G. IADECOLA, *“Diritto di morire” e potestà medica di curare*, in *Cass. pen.*, 1997, 3661 ss.; M.B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2019; M. POLTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino 1990, 1 ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, Milano 1991, 213 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 241 ss.

³⁷ Si rinvia, nell'ambito della Sua imponente produzione bibliografica, a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, 3 ss., nonché, con specifico riferimento alla materia indagata, ID., *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 marzo 2019.

prospettiva meramente confessionale³⁸ ed evitare riferimenti ad oggettività giuridiche agevolmente manipolabili, quali, emblematicamente, la “dignità umana”³⁹ – carente di riferimenti oggettivamente riscontrabili e plasmabile dalle forze sociali, religiose e politiche preminenti in un determinato momento storico, al fine di imporre alcune visioni del mondo rispetto ad altre⁴⁰ – e la “sacralità della vita”, cui è sottesa l’esigenza di una inderogabile tutela della stessa, anche contro i *desiderata* del titolare del diritto, in nome di una morale di Stato sovraordinata a quella degli individui⁴¹.

In effetti, il circolo vizioso tra i concetti di dignità umana e sacralità della vita ha comportato la «convergenza verso un unico modello esistenziale autoritativamente imposto»⁴², al fine di affermare la validità di ‘dogmi’ *erga omnes* e, quindi, anche rispetto a chi non li abbia fatti propri⁴³: per evitare questo *vulnus* del principio pluralistico, è stata evidenziata, opportunamente, la necessità di individuare oggettività giuridiche che, dotate di maggior consistenza, siano meno agevolmente plasmabili in funzione delle convinzioni personali di ogni interprete⁴⁴.

³⁸ Per autorevoli approfondimenti, E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano 2008, 3 ss.; ID., *Laicità, ‘sana laicità’ e diritto penale, La Chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss.; S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Crit. dir.*, 1998, 248 ss.

³⁹ L’impiego del concetto di ‘dignità umana’, pur apprezzabile sotto il profilo degli scopi di valorizzazione della persona che esso persegue, si presta a legittimare, a posteriori, soluzioni precostituite, che prescindono dalla dinamica e concreta opzione valoriale di ogni singola persona, ponendo la ‘carica emozionale’ che promana dal valore della dignità umana al servizio di una repressione, anche penale, «potenzialmente incontrollabile»: così, brillantemente, GIOV. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, Napoli 2013, 288. Cfr. inoltre, sulla “smaterializzazione” delle fattispecie, conseguente all’impiego nel biodiritto del concetto di dignità umana, F. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Genova 2001, 410. In senso analogo, *ex plurimis*, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 ss., spec. 559 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 8 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, spec. 191 ss., 276 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino 2012, 22 ss.

Si esprime con accenti diversi, valutando con favore la configurazione della dignità umana come limite all’assoluta incoercibilità del vivere, F. MANTOVANI, *Eutanasia*, cit., 423 ss., spec. 437. In quest’ultima prospettiva, per approfondimenti, cfr. L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova, 2013, 239 ss. Si rinvia inoltre, per approfondimenti, a L. CORNACCHIA, *L’oggetto di tutela penale: appunti per un’ipotesi ricostruttiva in chiave tomista*, in *Studi in onore di Mario Ronco*, a cura di E.M. Ambrosetti, Padova 2017, 99 ss.; ID., *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2002, 3, 374 ss. ID., *Placing care*, cit., 239 ss. Sul concetto di dignità umana cfr. inoltre, nell’ambito della giurisprudenza della Consulta, Corte cost., sent. n. 471/1990, Considerato in diritto, § 3; sent. n. 218/1994, Considerato in diritto, § 3; sent. n. 194/1996, Considerato in diritto, § 4.1.4; nonché, in più punti, sent. n. 151/2009: pronunce tutte consultabili in www.giurcost.it/decisioni.

⁴⁰ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 39. Sulla tendenza a interpretare non solo i beni giuridici tutelati, ma anche gli stessi principi costituzionali in funzione di pregiudiziali opzioni politico-ideologiche, cfr. G. FIANDACA, *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l’Europa?*, a cura di S. Canestrari, L. Foffani, Milano 2005, 188 ss.

⁴¹ Per un’analisi del concetto di ‘sacralità della vita’ e dell’impiego che di esso è stato fatto nel nostro ordinamento, acuto e fonte di molti spunti di riflessione lo scritto di G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 487.

⁴² A. VALLINI, *op. ult. cit.*, 24.

⁴³ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano 1991, I, 167 ss.

⁴⁴ Brillanti e autorevoli ricognizioni, nel contesto di indagini di più ampio respiro, si devono a E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, cit., Milano 2008, 3 ss.; S. MOCCIA, *Un infelice compromesso*, cit., 248 ss.; S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 533 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., *loc. ult. cit.*

3. La delicatezza del bene giuridico oggetto di tutela non è sfuggita al giudice milanese che, nel rimettere alla Consulta la questione di legittimità poi decisa con la sent. n. 242/2019, ha individuato il bene giuridico tutelato dagli artt. 579 e 580 c.p. non più nella vita, protetta in maniera assoluta e pur *nolente domino*, bensì nel diritto di autodeterminazione del singolo, anche allorché questi rifiuti trattamenti necessari *quod vitam*⁴⁵.

In effetti l'art. 580 c.p., così come l'art. 579 c.p., nella prospettiva del legislatore storico consacrava il 'dovere di vivere'⁴⁶: preferibile, rispetto all'impostazione codicistica, appare la ridefinizione del bene oggetto di tutela che, come rilevato in dottrina, potrebbe persino sottendere che «rispetto ai divieti contenuti nel codice Rocco, l'autodeterminazione del singolo pone un problema di eventuali controlimiti: limiti di legittimità di una tutela paternalistica della vita»⁴⁷.

In base ad una simile, diversa concezione, l'esercizio in senso negativo del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica potrebbe essere considerato espressione di quello alla salute⁴⁸, il cui esercizio presuppone scelte conformi ad un 'diritto penale del rispetto', equidistante, cioè, «dalle ideologie e dai convincimenti etici soggettivi, intimi, personali: del rispetto per chi abbia deciso “per la vita ad ogni costo”, sopportando con coraggio e abnegazione, o magari anche solo per rassegnazione, la prigionia del corpo ridotto a puro sostrato organico, assieme a condizioni fisiche e patologiche gravosissime (...) ma anche per chi in queste drammatiche condizioni si limita ad invocare una alternativa pietosa, un “aiuto nel morire”, ed una solidarietà che l'ordinamento giuridico non può censurare con la scure della sanzione penale»⁴⁹.

Già la Costituzione, del resto, in aderenza alla prospettiva assiologica del primato dell'essere, implicitamente suggeriva l'accoglimento di un 'diritto penale del rispetto', configurando la salute, ex art. 32, 1° co., come diritto individuale, non strumentalizzabile in funzione di interessi eteronomi e, quindi, non trasfigurabile in dovere⁵⁰. La salute, quindi, non viene concepita dal Costituente come possibile oggetto di imposizione: di fronte al rifiuto di cure c'è spazio «per una strategia della

⁴⁵ In questo senso, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 78, nonché R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 98; l'Autore, *ivi*, 99 – a sostegno della tesi della diversa configurazione, da parte del giudice *a quo*, del bene giuridico tutelato – richiama l'assunto del provvedimento di rimessione stando al quale «il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente».

⁴⁶ Cfr., volendo, A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile*, cit., 23 ss.

⁴⁷ D. PULITANÒ, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ Per approfondimenti, O. DI GIOVINE, *Brevi note a proposito della recente legislazione in materia di consenso informato e DAT, della legittimità del suicidio assistito e biodiritto in generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 917 ss.

⁴⁹ Così V. MANES, *È ancora suicidio?*, cit., 14 s.

⁵⁰ Richiamiamo, sul punto, l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 104 ss., che evidenzia la stretta interrelazione tra gli artt. 32 e 2 Cost., costituendo quest'ultimo derivazione e specificazione del primo. Per approfondimenti, *ex plurimis*, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 59 ss.; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47; D. VINCENZI AMATI, *Commento all'art. 32, 2° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1976, 167 ss. Veniva così sancita la «precedenza sostanziale della persona rispetto allo Stato»: cfr. G. DOSSETTI, in *Atti Assemblea costituente*, I Sc., 19 settembre 1946, citato da G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 486, nota 3. Degno di apprezzamento è quindi l'orientamento giurisprudenziale che da tempo riconosce il canone di autodeterminazione, attraverso una sapiente valorizzazione dell'art. 32, 2° co., Cost. e fornisce, con l'avallo della prevalente dottrina, un'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 579 e 580 c.p.: cfr., *ex plurimis*, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 187 ss. Per riferimenti al tema trattato, in rapporto al principio personalistico, F. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 294 ss.

persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»⁵¹.

Ci son voluti dodici lustri affinché iniziassero a muoversi passi nella direzione indicata dalle previsioni costituzionali: le resistenze all'adozione di una prospettiva pluralistica, come evidenziato in dottrina, hanno probabilmente costituito il frutto di un'impostazione confessionale, figlia della peculiare evoluzione storica del nostro Paese, che ci ha reso vulnerabili ai rischi sottesi alle società nascenti dal «crollo dell'assetto ideologico-istituzionale successivo al secondo conflitto mondiale»⁵². In esse, infatti, è tutt'altro che agevole conseguire esiti congrui ad un contesto ordinamentale secolarizzato⁵³.

Non peregrino, quindi, è stato il richiamo alla persistente – se non ‘ingravescente’ – crisi della laicità⁵⁴, che ha ostacolato il riconoscimento del diritto di ogni persona di vedersi garantito «un ambito giuridicamente protetto da interferenze altrui»⁵⁵. L'impegno per l'adozione di una prospettiva meno dissonante con il canone di laicità ha però condotto, al fine, ad una diversa concezione della salute che, intesa come stato di completo benessere fisico e psichico, abbraccia anche l'accezione negativa della stessa e, quindi, il diritto di non sottoporsi a trattamenti sanitari, anche se salvavita⁵⁶.

4. L'ord. n. 207/2018 non aveva trascurato, da un lato, il diritto di autodeterminazione del paziente e, dall'altro, l'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili⁵⁷.

La Corte, in altri termini, aveva richiamato la necessità di adottare, nella materia indagata, un corretto filtro personalistico⁵⁸, al fine di tutelare il paziente da strumentalizzazioni ed abusi⁵⁹.

⁵¹ Cass. civ., sent. n. 21748/2007, cit., Considerato in diritto, § 6.1. Queste deduzioni sono frutto di una corretta lettura dell'art. 32, 2° co. Cost.: «i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258/1994 e n. 118/1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di non curarsi [...] finanche di lasciarsi morire»: Cass. civ., sent. n. 21748/2007, cit., Considerato in diritto, § 6.1. Cfr., al riguardo, *supra*, § 1.

⁵² L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., 3 s.: l'Autrice, evidenzia che la ragione di questo ostracismo all'attuazione del dettato costituzionale difficoltà è stata individuata in dottrina nell'irragionevole dominio della comunità religiosa su quella laica.

⁵³ L. RISICATO, *op. ult. cit.*, 2. Per approfondimenti, J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari 2006, trad. it. a cura di M. Carpitella, 164 ss.

⁵⁴ L. RISICATO, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 487.

⁵⁶ In tal senso rinviamo, *ex plurimis*, agli autorevoli contributi di S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.laegislazionepenale.eu, 20 dicembre 2018, 2, nonché ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, 55 ss., spec. 78 ss.

⁵⁷ Ancor più in quanto «i malati irreversibili, esposti a gravi sofferenze, sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti»: così Corte Cost., ord. n. 207/2018, cit., Considerato in diritto, § 10. In tal senso, volendo, già A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'*, cit., 214 ss.

⁵⁸ Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss.

⁵⁹ Per approfondimenti, relativi a paventabili strumentalizzazioni e abusi, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 232. Rileva, inoltre, D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, G. Forti, L. Eusebi, Napoli, 2011, I, 507, che «il divieto di uccidere il consenziente pone eventuali soggetti più spregiudicati moralmente al riparo dalla tentazione di sfruttare l'eventuale richiesta o

Ma anche da discriminazioni⁶⁰.

A tal ultimo riguardo, le previsioni della l. n. 219/2017 non sono esenti da profili critici: riconoscendo il diritto di non intraprendere o di interrompere i trattamenti sanitari, senza però incidere sugli artt. 579 e 580 c.p., essa non ha infatti introdotto eccezioni alla punibilità di ogni forma di suicidio medicalmente assistito, nonché di eutanasia attiva consensuale che non si sostanzia nella mera interruzione di un trattamento sanitario attraverso un *facere*⁶¹.

Ne deriva una potenziale discriminazione tra pazienti irreversibili in relazione al tipo di malattia irreversibile che li affligge⁶², in quanto l'interruzione dei trattamenti sanitari può condurre ad una morte immediata, ma anche ad un'agonia non quantificabile nella durata.

Si pensi, rispettivamente, alle note vicende di Welby e Antoniani.

Il riconoscimento di un diritto di lasciarsi morire, idoneo ad una rapida morte nel primo caso, nel secondo sarebbe stato insufficiente: per la tipologia della malattia dalla quale era affetto Antoniani, infatti, la mera interruzione dei trattamenti salvavita non avrebbe condotto ad una morte immediata, ma avrebbe dato origine ad un'agonia che, seppur accompagnata da terapia del dolore e sedazione profonda, l'interessato non intendeva patire⁶³. Evidenti, ancor più fino alla sent. n. 242/2019, le conseguenze.

Trattando allo stesso modo situazioni profondamente differenti si viola, in primo luogo, l'art. 3, 2° co., Cost.: la mancanza, nell'ordinamento italiano, di una disciplina specifica dell'eutanasia, rende applicabili, nelle ipotesi considerate, le figure generali dei delitti contro la vita, con esiti sanzionatori di rigore così intenso da apparire censurabili sotto il profilo della ragionevolezza/proporzione. Finisce così per avallarsi un «diritto penale diseguale»⁶⁴: si discrimina, infatti, tra chi, «essendo in grado di uccidersi, ponga fine alle sue sofferenze e chi invece, non potendo farlo autonomamente, abbia bisogno della 'collaborazione' di terze persone»⁶⁵.

Lo *status quo* era ben presente alla Consulta, che nell'ord. n. 207/2018 aveva rilevato che «Se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata

l'eventuale disponibilità di un terzo per negoziazioni del tipo di quelle di cui all'inquietante elenco dei problemi fatto da *Feinberg* (accetto di ucciderti se mi dai x; oppure, peggio ancora: se accetti di essere ucciso darò o farò x a vantaggio di a)». Il timore è che venga a determinarsi una preoccupante deriva nel senso dell'esponentiale incremento di morti di persone affette da male incurabile: sul tema, conosciuto come "*slippery slope argument*", per tutti, I. LEONCINI, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale. Il bene tutelato, il soggetto passivo e l'evento tipico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2016, 57.

⁶⁰ Sulla necessità di evitare discriminazioni tra pazienti in base alla patologia dalla quale sono affetti, cfr., *ex plurimis*, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2017.

⁶¹ Sia consentito, sul punto, rinviare ad A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 23 settembre 2019, 34 ss.

⁶² Riflette sulle insidie del principio di indisponibilità della vita da parte del singolo, che avrebbe come corollario la disparità di trattamento tra malati in grado di esser utili a qualcosa e altri che sono un peso per la società, A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1, 73 s.

⁶³ Sul punto, *amplius*, volendo A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile*, cit., 58 ss.

⁶⁴ L'efficace espressione e le scansioni argomentative qui riprese sono di V. MANES, *È ancora suicidio?*, cit., 11

⁶⁵ L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 79.

maggiormente dignitosa alla predetta interruzione. Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»⁶⁶.

Più nello specifico, la Consulta sottolineava l'esigenza di regolamentare le «condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»⁶⁷.

Quest'ultimo, delicatissimo passaggio della motivazione rafforzava quanto avevamo evidenziato in tema di ingresso 'a fari spenti', ma con prevedibile crescita di intensità, dell'eutanasia consensuale attiva nel nostro ordinamento⁶⁸: dalla possibilità, prevista dall'art. 1, 1° co., l. n. 219/2017, di cagionare la morte attraverso l'interruzione di un trattamento sanitario (che può richiedere una condotta attiva del medico), già si era passati alla necessità di regolare le condizioni volte ad attuare la determinazione dei pazienti irreversibili che, per non soffrire oltre, chiedano che gli si somministri un farmaco atto a provocare repentinamente il decesso⁶⁹.

A questa considerazione della Corte costituzionale potrebbe obiettarsi che, per ridurre la sofferenza del paziente, sarebbe sufficiente ricorrere alla sedazione profonda continua, correlata al rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale. L'osservazione merita attenzione: essa, tuttavia, condurrebbe ad una paternalistica costrizione del paziente irreversibile a rimanere in vita in condizioni da lui reputate (non certo immotivatamente) insopportabili, solo perché altri ritengano che egli non possa disporre della sua vita.

Crediamo, quindi, che – superando il forte disagio emotivo prodotto dalla drammatica necessità, determinata dalla natura della patologia, di una collaborazione «attiva» di terzi nel determinare la morte (ad esempio, attraverso un'iniezione letale) – andrebbero riconosciuti, nei termini che stiamo provando a tratteggiare, ben delimitati spazi di liceità del suicidio medicalmente assistito e dell'eutanasia consensuale attiva⁷⁰.

Diversamente, a cagione della natura della irreversibile patologia che lo affligge, una persona potrebbe trovarsi di fronte al paradosso di poter scegliere di «morire di una morte protratta e lenta, rifiutando il cibo o il trattamento che lo tiene in vita oppure lasciandosi staccare il respiratore e

⁶⁶ Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., Considerato in diritto, § 10.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Nel senso di una espressa introduzione, sia pur 'a fari spenti', ex art. 1, 1° co., l. n. 219/2017, di una prima forma di eutanasia attiva nel nostro ordinamento, volendo, A. NAPPI, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'*, cit., 188 ss.

⁶⁹ Condividiamo questi auspici; evidente è la potenziale crudeltà di un ordinamento che preveda un divieto assoluto di aiuto al suicidio penalmente presidiato, negando la richiesta di morire, proveniente da persone adulte, consapevoli e capaci, affette da malattie non guaribili e fortemente sofferenti: così, C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *il Mulino*, 2017, 4, 600.

⁷⁰ Per approfondimenti, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 232; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 253.

morendo per soffocamento», ma non di addivenire ad una «morte veloce e indolore che i medici potrebbero facilmente procurargli»⁷¹.

Orbene, a noi sembra che – a dispetto di tabù profondamente radicati nella nostra cultura⁷² – la differenza apparentemente invalicabile tra «lasciar morire» (lecito) e «aiutare a morire» (illecito) perda buona parte del suo significato a fronte di un'esigenza di eguaglianza nel poter morire⁷³: una preziosa indicazione, in tal senso, è offerta dall'art. 3 Cost., nella parte in cui «vieta ogni discriminazione fondata sulla 'condizione personale'»⁷⁴.

Il tema, quindi, abbraccia anche il principio di uguaglianza, che non dovrebbe divenire meno cogente, per il legislatore e per l'interprete, sul 'letto di morte'.

Affermato il principio di autodeterminazione, andrebbe però valorizzato il canone solidaristico che, nella condivisibile prospettiva della Consulta, dovrebbe tradursi, fra l'altro, nell'adozione di «opportune cautele affinché (...) l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza»⁷⁵.

Un impegno volto a non trascurare l'aspetto della solidarietà dovrebbe, più in generale, tradursi nell'adozione di misure volte ad evitare due opposti rischi che, ove si concretizzassero, darebbero luogo ad un'ulteriore lesione del principio di uguaglianza.

Ci riferiamo, da un lato, al pericolo di rendere l'autodeterminazione terapeutico/clinica un sostanziale privilegio per ricchi; dall'altro, a quello di trasformarla in spada di Damocle che penda sul capo di ogni infermo che versi in condizioni di povertà.

Esiti del primo tipo conseguirebbero ad opzioni che sancissero l'assoluta indisponibilità del bene vita, trasformando il curarsi in 'dovere' e rendendo l'autodeterminazione un diritto attribuito 'per censo', riservato a chi possieda mezzi economici e sostegno per recarsi in Stati che, come nel caso di Antoniani, consentano forme di morte pietosa. Coloro che non ne hanno la possibilità, dovrebbero, nolenti, continuare a vivere.

Andrebbe però evitato anche il secondo ordine di pericoli che evidenziavamo: aprire ad una prassi di 'morte dei poveri', inevitabile frutto di pratiche sanitarie fondate non su di un'autentica ed empatica alleanza terapeutica, bensì su una fredda e burocratica concezione del rapporto tra medico e paziente, che lasciasse quest'ultimo solo, nella drammaticità della sua condizione di vulnerabilità, resa ancora più penalizzante dalla carenza di mezzi economici.

Apprezzabile, a tal ultimo riguardo, è il dispositivo della sent. n. 242/2019 nella parte in cui coinvolge una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale nella verifica della consapevolezza della decisione e nel contrasto ai possibili abusi a danno delle persone più vulnerabili⁷⁶.

⁷¹ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia, e libertà individuale*, trad. it. a cura di S. Maffettone, Milano 1994, 254.

⁷² G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 233.

⁷³ ID., *op. ult. cit.*, 234.

⁷⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 254.

⁷⁵ *Ibidem*, ove si evidenzia che «il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

⁷⁶ La struttura del S.S.N. può pronunciarsi solo dopo aver acquisito il parere del comitato etico territorialmente competente: vedi *supra*, § 1.

5. La Consulta, nell'aprire a spazi di non punibilità dell'aiuto al suicidio, manifesta una cautela che, apprezzabile nella sua ispirazione solidaristica⁷⁷, sfocia, per certi aspetti, nell'assunzione di posizioni contraddittorie rispetto ai principi proclamati nella motivazione della sent. n. 242/2019.

Scorgiamo questa contraddittorietà nel sintetico inciso che il giudice costituzionale dedica al tema dell'obiezione di coscienza, 'liquidandolo' con il rilievo che la pronuncia non crea in capo ai medici alcun obbligo di prestare al paziente irreversibile l'aiuto da questi invocato, restando pertanto affidato «alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁷⁸.

La Corte persegue in tal modo l'evidente obiettivo di rassicurare la parte della classe medica che, all'esito della pubblicazione del comunicato stampa del 25 settembre 2019, paventava che venisse intaccato il diritto di ogni professionista sanitario all'obiezione di coscienza.

La soluzione proposta dalla Corte costituzionale non ci sembra però condivisibile.

Essa rischia, infatti, di dar luogo a fraintendimenti: potrebbe dedursene, a nostro avviso erroneamente, che l'effettività del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica sia subordinato alla mancata opposizione dell'obiezione di coscienza da parte del 'medico competente'.

La rilevanza costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza ci induce ad esprimere apprezzamento per l'art. 9, l. n. 194/1978, che ha sancito il diritto del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie di non prendere parte «agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione»⁷⁹. La medesima soluzione non è stata adottata, come è noto, dalla l. n. 219/2017, che tace sul punto⁸⁰: autorevole dottrina condivide questo silenzio del legislatore, ritenendolo coerente con una disciplina tesa a valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico⁸¹.

A nostro avviso, invece, sarebbe stato preferibile riconoscere espressamente, anche in tema di 'fine vita', il diritto del medico all'obiezione di coscienza: in uno stato pluralista, infatti, «la protezione della coscienza individuale» costituisce «valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili»⁸².

⁷⁷ Vedi *supra*, § 5.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., Considerato in diritto, § 6. Sul tema dell'obiezione di coscienza in ambito sanitario si rinvia, *ex plurimis*, a E. LA ROSA, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 2, 1124 ss.

⁷⁹ Il secondo comma della medesima disposizione prevede la revocabilità dell'obiezione e la sua proponibilità «anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma». Opportunamente, poi, il terzo comma precisa che l'obiezione di coscienza esonera «dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento».

⁸⁰ Ipotizza che questa diversità di scelte legislative si fondi sull'idea di perseguire, attraverso la l. n. 219/2017, l'obiettivo di valorizzare l'alleanza terapeutica, non riscontrandosi un conflitto tra beni meritevoli di tutela, tra i quali operare un contemperamento, come invece in tema di interruzione volontaria della gravidanza, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 50 ss.

⁸¹ Cfr., P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge su consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247.

⁸² Corte cost., sent. n. 467/1991, in www.giurcost.it/decisioni. La Costituzione non menziona la libertà di coscienza, espressamente prevista, invece, dagli artt. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In dottrina, in senso favorevole al riconoscimento del diritto del medico all'obiezione di coscienza nella materia indagata, *ex plurimis*, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 84; L. EUSEBI, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, in *Orizzonte medico*, 2010, LXV, 5, 22; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 696.

L'obiezione di coscienza, quindi, nel sistema delle libertà costituzionali, assurge al rango di autonomo diritto⁸³ e, riteniamo, andrebbe riconosciuto anche nella materia indagata, nonostante il silenzio della l. n. 219/2017⁸⁴.

Il diritto all'obiezione di coscienza, tuttavia, non può essere sancito *sic et simpliciter*: le modalità del suo esercizio, infatti, andrebbero disciplinate in modo da garantire che esso non conduca all'ineffettività del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica.

Non andrebbe quindi adottata una soluzione che dia assoluta ed incondizionata prevalenza al diritto all'obiezione di coscienza: si renderebbe altrimenti possibile la vanificazione del diritto di autodeterminazione, la cui realizzazione, irragionevolmente, sarebbe fatta dipendere dal caso e, nella specie, dalla ventura di imbattersi in un medico che non opponga l'obiezione in parola.

Al riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza, quindi, dovrebbe far da contraltare la possibilità del paziente «di ottenere altrimenti la realizzazione delle proprie richieste»⁸⁵: andrebbero, a tal fine, disciplinate le modalità del trasferimento della posizione di garanzia dal medico obiettore ad un collega disposto ad attuare l'autodeterminazione della persona che eserciti in senso negativo il proprio diritto alla salute⁸⁶.

Anche quest'ultimo aspetto è stato opportunamente contemplato dalla l. n. 194/1978, il cui art. 9, 4° co., obbliga enti ospedalieri e case di cura autorizzate ad assicurare «l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti». La stessa disposizione assegna alla Regione il compito di controllare e garantire l'attuazione della legge «anche attraverso la mobilità del personale», assicurando così la costante presenza di professionisti non obiettori. Condivisibile è anche la previsione del 5° co.: l'obiezione di coscienza non può essere invocata «quando, data la particolarità delle circostanze», il personale intervento di chi, invece, la voglia opporre, sia «indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo»⁸⁷.

Il silenzio della l. n. 219/2017 in tema di obiezione di coscienza, si spiega, probabilmente, con la paventata paralisi attuativa della legge che – diversamente – ne sarebbe potuta derivare, vanificando la formale proclamazione del diritto di autodeterminazione del paziente.

Questo comprensibile timore, però, non avrebbe ragion d'essere ove si subordinasse la possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza all'indicazione, da parte del medico

⁸³ Cfr., *ex plurimis*, F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011, 146 ss.; F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, 539 ss.; A. SPENA, *Diritti e responsabilità*, Milano 2008, 195 ss.

⁸⁴ Si esprimevano già da tempo in tal senso, *ex multis*, S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, 765; S. SEMINARA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁵ Così S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, 85. Su questi aspetti, del resto, si incentra il più recente dibattito in tema di obiezione di coscienza: la dottrina si interroga su esistenza, presupposti e limiti di un diritto costituzionale all'obiezione di coscienza in mancanza di un'espressa previsione legale, nonché (in virtù del possibile eccesso di medici obiettori di coscienza), sulla responsabilità, anche penale, dei dirigenti delle strutture per mancata erogazione del servizio di interruzione volontaria di gravidanza ma, in prospettiva, anche di interruzione dei trattamenti sanitari: per approfondimenti, già decenni addietro, B. MONTANARI, *Obiezione di coscienza: un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Milano 1976, *passim*, nonché, più di recente, F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011, 2, 146 ss. Inoltre, sugli specifici aspetti ai quali abbiamo fatto riferimento, *ex multis*, M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quad. cost.*, 2017, 2, 350 ss.

⁸⁶ Cfr. S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017*, cit., 11 s.; ID., *Principi di biodiritto penale*, cit., 85; E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali e conflitto di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, 141.

⁸⁷ L'obiezione di coscienza – aggiunge il sesto comma – «si intende revocata, con effetto immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente».

obiettore, di altro professionista che, attraverso nomina ed accettazione preventiva, si dichiarasse disponibile a compiere quanto necessario per attuare l'autodeterminazione del paziente⁸⁸.

Quid iuris, accogliendo questa soluzione, se il medico non trovasse alcun collega disposto a sostituirlo?

Cosa accadrebbe, potremmo inoltre provocatoriamente chiederci, se tutti i medici fossero obiettori?

Una convincente composizione degli interessi coinvolti implicherebbe, a nostro avviso, l'opportunità di garantire il rispetto del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica, senza però forzare la coscienza degli operatori sanitari⁸⁹ sino al punto di subordinare, come pure è stato ipotizzato, l'accesso a determinati ruoli ospedalieri all'inopponibilità dell'obiezione di coscienza⁹⁰.

Potrebbero, nel senso da noi auspicato, prevedersi meccanismi di trasferimento della posizione di garanzia dal medico obiettore ad altro disposto ad attuare l'autodeterminazione del paziente: in mancanza di questo trasferimento, dovrebbe continuare ad incombere sul suo titolare originario l'obbligo medico di attuare il diritto di autodeterminazione.

Riconosciuto, quindi, in linea di principio, il diritto all'obiezione di coscienza, esso – in caso di impossibilità di trasferimento della posizione di garanzia – dovrebbe cedere il passo all'autodeterminazione: nella scelta di esercitare la professione medica, in altri termini, dovrebbe considerarsi, ancor più alla luce della normativa vigente, che i pazienti irreversibili hanno il diritto di non intraprendere o di interrompere trattamenti sanitari (anche se salvavita) e che tra i doveri del medico rientra quello di attuare la loro opzione terapeutico/clinica.

6. L'indagine svolta suggerisce alcuni cenni conclusivi.

Preliminarmente, evidenziamo come la necessità di coltivare il dialogo suggerisce di ricorrere ad una terminologia che non contribuisca ad acuire le divisioni. In questa prospettiva, andrebbe evitato il ricorso ad espressioni che richiama un 'diritto di morire' nonché alle numerose, analoghe proposte definitorie⁹¹: associare, in varia guisa, l'idea della morte a quella di un 'diritto', rischia di ingenerare la reazione di chi, alla luce di proprie convinzioni etiche, ideologiche o religiose, ritenga l'espressione 'diritto di morire' un ossimoro. Potrebbe essere quindi consigliabile – per favorire una serena dialettica – ricorrere ad un'espressione epistemologicamente 'neutra', attraverso il riferimento a un diritto di autodeterminazione terapeutica, o clinica⁹²: quest'ultima espressione ci sembra indicare con maggior precisione ed appropriatezza le ipotesi in cui la scelta del paziente abbia ad oggetto

⁸⁸ Così A. GARGANI, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 513.

⁸⁹ L. EUSEBI, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, cit., 23.

⁹⁰ Cfr., sul punto, F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: fra presente e futuro*, cit., 141 ss.

⁹¹ Vedi *supra*, § 2. Sotto il profilo terminologico va inoltre sottolineata la fondatezza delle riflessioni dell'autorevole dottrina che si domanda se il concetto di suicidio a cui si riferisce all'art. 580 c.p. sia tale da ricomprendere vicende come quella di Fabiano Antoniani e, con essa, tutte quelle in cui il congedo dalla vita sia «scelto, dolorosamente, drammaticamente, da chi vive una situazione in cui il corpo si è ormai congedato dalla persona»: così V. MANES, *E' ancora suicidio?*, cit., 5. La domanda è, in realtà, retorica: la risposta, infatti, non può che essere negativa. Ancor più, del resto, queste riflessioni hanno pregnanza, come evidenzia ancora Manes – *ivi*, 12 - allorché, non sia «la pulsione di morte» ad avere «il sopravvento sulla pulsione di vita» bensì, come nel caso da cui origina il dubbio di legittimità, si sia in presenza «di una incontenibile voglia di vivere»: Antoniani, infatti, si è persino recato in India per non lasciare nessuna ipotesi terapeutica - anche la più fragile - insondata, ma, «assodata l'irreversibilità della malattia, lo status in cui versava gli è parso insostenibile, rifiutando il paziente una vita resa possibile solo dalle macchine che - al prezzo di sofferenze da lui reputate insopportabili - sostenevano il suo organismo».

⁹² Cfr. *supra*, § 2.

trattamenti che, considerata l'irreversibilità e incurabilità della malattia, non hanno alcuna speranza di condurre alla guarigione e non possono, quindi, considerarsi terapeutici, costituendo rimedi meramente clinici, diretti a prolungare la vita, senza alcuna ragionevole pretesa di cura⁹³.

Rileviamo, poi, che le nostre riflessioni non prescindono dalla considerazione degli esiti della ricerca medica e biotecnologica, che, in misura crescente, consentono di strappare alla morte pazienti in condizioni compromesse e persino incapaci, talvolta, di svolgere autonomamente le proprie funzioni vitali⁹⁴: a fronte di ciò, l'opinione pubblica, scossa da tragiche vicende ampiamente diffuse dai *media*, è sempre più incline a riconoscere il diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica ai pazienti che rivendicano il diritto di decidere di non voler vivere oltre nella disperazione della malattia che li affligge.

Si è fatta strada, quindi, l'idea che il diretto interessato dovrebbe poter decidere della propria salute⁹⁵, secondo una prospettiva 'empatica'⁹⁶ che, incompatibile con imposizioni che sortiscano l'effetto di strumentalizzare il singolo, si oppone alla soccombenza del diritto di decidere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario rispetto ad «istanze di tutela della vita come valore impersonale e oggettivo»⁹⁷.

Corollario di questa prospettiva è la necessità di una diversa perimetrazione, per ciò che qui interessa, dei confini del legittimo impiego dei concetti di dignità umana e sacralità della vita. Essi, nonostante la valenza epistemologica che li connota, andrebbero declinati in adesione al canone di autodeterminazione di ognuno e non, invece, assunti quali fonti di manipolabili verità assolute che si pretenda di imporre *erga omnes*.

Dignitosa, nella prospettiva da noi suggerita, è la vita che l'interessato considera tale. Ed è il titolare del diritto, parimenti, ad essere legittimato a definire i confini della sacertà della propria vita.

Diversa è l'impostazione del codice Rocco che, utilitaristicamente, criminalizza qualunque condotta di omicidio del consenziente *pietatis causa* e di agevolazione al suicidio, dando luogo ad una «irragionevole "eccedenza punitiva"» connessa alla «assoluta prevalenza riconosciuta al "benevita"» e, conseguentemente, alla mortificazione delle legittime aspettative dei diretti interessati, che rivendicano, in peculiari casi, il diritto di autodeterminazione⁹⁸.

⁹³ Nel senso della preferibilità della nozione di autodeterminazione terapeutico/clinica, sia consentito rinviare a A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile*, cit., 124.

⁹⁴ Cfr. L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, 12 ss.

⁹⁵ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to self*, III, N.Y., O.U. 1989, 14. Nello stesso senso, R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 265 s. nonché, nell'ambito della nostra dottrina, *ex plurimis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a, Bologna 2019, 269; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 50. Con diversità di accenti si esprime M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., 1003, sottolinea come Feinberg, nell'opera *Harm to Self*, pur dopo aver «ribadito l'autonomia dell'individuo e la libertà di scelta della propria morte, mostra quasi di temere i possibili abusi, affidando alle parole finali del volume una riserva che pare illuminante», affermando che «se l'unica difesa adeguata contro morti involontarie o manipolate di pazienti non consenzienti è la proibizione assoluta dell'eutanasia attiva, allora e solo allora un coerente fautore del liberalismo approva che si continui a vietarla».

⁹⁶ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino 2009, *passim*.

⁹⁷ F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 8. La ragion d'essere dello stato liberale, del resto, risiede anche nelle libertà negative, non meno importanti di quelle positive: così G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 493. Cfr. inoltre, *ex plurimis*, A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca Bologna-Roma 1975, 50 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano 2018; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 423 ss.

⁹⁸ V. MANES, *È ancora suicidio*, cit., 8.

Il divieto penalmente presidiato, opportuno e condivisibile in linea di principio, diviene irragionevole nella misura in cui lo si intenda come assoluto e inderogabile.

Andrebbero invece delineati, in presenza di malattie irreversibili, spazi di non punibilità delle condotte previste dagli artt. 579 e 580 c.p.⁹⁹.

Questi spazi di non punibilità potrebbero connettersi, in chiave di riforma, ad una esclusione della tipicità delle condotte indagate: il consenso del titolare del diritto (che così decida nel bilanciare i propri diritti alla vita ed all'autodeterminazione) esclude infatti, a nostro avviso, l'offensività del fatto e, quindi, la sua tipicità.

Questa soluzione dommatica, da noi già proposta in passato, richiede un approfondimento che non potrà essere oggetto di questi cenni conclusivi¹⁰⁰: ci limitiamo, qui, a sollecitare la riflessione in merito alla possibilità che, per delineare i confini degli spazi di non punibilità auspicati, potrebbe enuclearsi un'autonoma fattispecie astratta, volta ad escludere - in ben delimitate ipotesi e nel rispetto di rigorosi presupposti - la tipicità dell'omicidio del consenziente *pietatis causa*, oppure, ove si ritenga preferibile muovere passi in questa diversa direzione, del suicidio medicalmente assistito.

La disposizione, al fine di limitare i rischi di abusi, potrebbe essere configurata quale reato proprio: la mancanza di tipicità, in presenza di patologie irreversibili allo stato della scienza medica, dovrebbe conseguire alle sole condotte del personale sanitario che, nel rispetto della legge, attui l'eutanasia consensuale o, secondo la diversa soluzione prospettabile, il suicidio medicalmente assistito.

Questa previsione andrebbe inquadrata nel contesto di una disciplina organica, connessa all'adozione di una strategia di politica criminale ispirata al canone solidaristico e volta a proteggere i pazienti irreversibili dai pericoli di strumentalizzazioni cui la loro particolare vulnerabilità li espone.

La prospettiva suggerita, evidenziamo in sintonia con autorevoli rilievi, non è quella di «accogliere un liberalismo sfrenato, dove tutto è (rimesso al) consenso (*volenti non fit iniuria*) e tutto è consentito; né di eliminare una fattispecie che - agganciata ai referenti criminologici originari, ed in casi “ordinari” - è plausibile ritenere che conservi tutta la sua funzione, se e dove colpisce comportamenti effettivamente meritevoli e bisognosi di tutela penale, rappresentando ancora, per molti aspetti, un doveroso freno generalpreventivo, anche contro “derive di rottamazione consensuale di soggetti deboli”»¹⁰¹.

Dovrebbe mirarsi, piuttosto, a delineare uno “spazio libero dal diritto penale”, rinunciando ad cieco ed irragionevole paternalismo¹⁰².

⁹⁹ Così D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, cit., 516 s. Andrebbe riconosciuta, in tal senso, rileva V. MANES, *E' ancora suicidio*, cit., 8 ss., l'opportunità «di garantire uno “spazio libero dal diritto penale», liberando dal peso opprimente della sanzione penale le aspettative di malati irreversibili, e, così, evitando che essi siano costretti a fronteggiare «non solo una scelta personale tragica, ma addirittura una “scelta crudele”»: tale sarebbe, infatti, quella che li spingesse a dover scegliere se accettare o meno che il prezzo di chi li aiuti ad attuare la propria autodeterminazione sia quello della privazione della libertà.

¹⁰⁰ Per approfondimenti, volendo, A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile*, cit., 129 ss.

¹⁰¹ V. MANES, *E' ancora suicidio*, cit., 14.

¹⁰² *Ibidem*.

Penalistica positivista italiana e America Latina: linee di tendenza e interpretazioni storiografiche*

FRANCESCO ROTONDO

ABSTRACT

The aim of this essay is to explore the most significant reflections of South American legal historiography methodological trend. In this present case, the focus is on the Italian penal-positivist thought, which spread throughout Latin America between the nineteenth and twentieth centuries. The survey does not claim to provide a complete bibliography, but it rather favours a path that identifies themes and cues that can allow multiple and new interpretations.

Sommario: 1. La diffusione dell'antropologia criminale in America Latina: tentativi di sintesi e questioni di metodo. – 2. Il “caso” dell'Argentina. – 3. Il Perù, la Bolivia e il Messico. – 4. Il Cile e Cuba. – 5. Il Brasile. – 6. L' Uruguay. – 7. L'apertura di nuove tendenze della ricerca.

1. Nel 2009 lo storico contemporaneista Silvano Montaldo e il professore di medicina legale Paolo Tappero pubblicarono un interessante volume a più voci con l'obbiettivo di fare il punto della situazione a cento anni dalla morte di Cesare Lombroso¹. La parte IV del libro, intitolata “La ricezione dell'antropologia criminale nel mondo”, presentava studi di storici del diritto di diversa provenienza ed era orientata a chiarire, attraverso brevi saggi, il ruolo svolto dalla scienza lombrosiana nei maggiori Paesi europei, in Russia, negli Stati Uniti e in Sudamerica².

Per quanto riguarda la diffusione in Europa, la maggiore difficoltà consisteva, a mio avviso, nella complicata ricostruzione di un transito di idee che era stato certamente biunivoco; gli studiosi erano messi di fronte alla dimensione transnazionale dell'antropologia criminale che, almeno per il Vecchio Continente, non consente di condurre un'analisi entro le coordinate di un “centro” diffusore di idee, e di una “periferia” che le riceva e le metta in pratica.

Come infatti testimonia la grande maggioranza degli studi (italiani e non) sul pensiero penalistico positivista italiano, Lombroso, Ferri, Garofalo e i loro allievi non possono essere ben interpretati se non alla luce delle reti di rapporti che costruirono con i colleghi europei; lo stesso “triumvirato positivista italiano” rivendicò infatti in tante occasioni che la “nuova scienza” pretendeva di offrire soluzioni ai problemi della criminalità non solo italiana. Si potrebbero fare molti esempi per dimostrare la vocazione plurinazionale del nuovo indirizzo penalistico, ma a mio avviso

*Il presente contributo, in versione più estesa, è stato discusso nell'ambito del seminario su: “Textos em movimento: Traduções e outros compromissos no século XIX jurídico europeu, XV Encontros de História do Direito: História do Direito e Traduções Culturais” presso l'Universidade Federal de Minas Gerais, Brasile, nell'aprile 2019.

¹ Cfr. S. MONTALDO, P. TAPPERO (a cura di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, 2009. Paolo Tappero stato è direttore del Museo di antropologia criminale Cesare Lombroso e Silvano Montaldo gli è succeduto nell'incarico.

² Gli autori chiamati a occuparsi della diffusione internazionale dell'antropologia criminale sono stati: Lila Caimari, Nicole Rafter, Marc Renneville, Mariacarla Gadebusch Bondio, Neil Davie, Antonella Salomoni, Per Ystehede, Rafal Huertas e Ricardo Campos.

in questa sede basta ricordare lo svolgimento di ben sette Congressi internazionali di Antropologia criminale tra il 1885 e il 1911, tenuti in tutta Europa (Roma Parigi Bruxelles Ginevra Amsterdam Torino Colonia)³. Se si guarda poi al maggior organo di diffusione della scuola positiva, l'”Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente”, ci si trova innanzi a una rivista che, oltre ad annoverare come condirettore l'olandese van Hamel dal 1894, si arricchì di un numero enorme, per l'epoca, di contributi provenienti dall'estero e che curò sempre con grande attenzione la sezione delle recensioni di opere straniere. Infine basta ricordare che la stessa riflessione storiografica internazionale si è abbondantemente spesa intorno alla ricerca dei “precursori” del positivismo penalistico italiano e quasi sempre tale indagine ha condotto gli studiosi a seguirne le tracce fuori dall'Italia⁴.

Il tema, quindi, della diffusione dell'antropologia criminale italiana in Europa è, a mio avviso, un falso problema, intendo cioè che le premesse, lo sviluppo e lo stesso indebolimento dell'antropologia criminale italiana possono essere comprese solo con una ricerca che includa, per esempio, la sociologia e l'alienistica francese di inizio '800, la statistica belga, la penalistica tedesca e inglese, la letteratura russa e francese⁵.

Per altro verso anche la ricognizione storica intorno alla diffusione in America Latina si è rivelato un compito complesso e gravoso, per una serie di motivi diversi. In questo caso, infatti, il centro di propagazione e il centro di “recezione” delle dottrine lombrosiane possono essere identificati con tutta evidenza, ma con un duplice rischio: da un lato quello di rimanere intrappolati proprio in questa prospettiva dicotomica, fin troppo schematica e semplificatoria, che poco si presta a leggere la complessità del fenomeno della circolazione di concetti giuridici. Dall'altro lato tale prospettiva induce a considerare l'America Latina come spazio unitario, laddove invece ovviamente si tratta di un territorio molto vasto che presenta solo alcuni caratteri comuni e molte peculiarità, che non esprimeva né esprime una comunità coesa e che dunque apparentemente si presta poco a ricostruzioni rese in termini complessivi e generali.

³ Per approfondire il tema dei congressi internazionali di Antropologia criminale occorre riferirsi soprattutto alla storiografia francese, interessata particolarmente al tema per via dei rapporti controversi che in quelle sedi si manifestarono tra la scuola italiana e quella d'oltralpe: M. KALUSZYNSKI, *Les Congrès internationaux d'anthropologie criminelle (1885-1914)*, in “Cahiers Georges Sorel”, n. 7, 1989, 59-70; C. GUEHO, *Les Archives de l'anthropologie criminelle de 1886 à 1900*, Lille, 2003; L. GARNIER, *Les Congrès d'anthropologie criminelle et la naissance d'un patrimoine pénal*, in “Criminocorpus”, n. 10, 2010, on line a <http://criminocorpus.hypotheses.org/4393>.

⁴ La ricerca dei “precursori” della criminologia lombrosiana cominciò assai presto e fu stimolata dagli stessi seguaci della nuova scuola, cfr. ad esempio G. ANTONINI, *I Precursori di C. Lombroso*, Torino, 1900. Successivamente la storiografia non si è quasi mai sottratta a indagare le teorie che maggiormente influenzarono il medico torinese nella elaborazione dell'antropologia criminale. Se da un lato vi è stata la tendenza a costruire letture genealogiche del pensiero criminologico rappresentato come “insieme di idee” (a mero titolo esemplificativo: H. MANNHEIM (Ed.), *Pioneers in Criminology*, London, 1960; PIERS BEIRNE, *Inventing criminology*, New York, 1993; ID. (Ed.), *The Origins and Growth of Criminology: Essays on Intellectual History, 1760-1945*, Aldershot, Hants, England; Brookfield, Vt., Dartmouth, c1994; N. RAFTER, *The Origins of Criminology*, New York, 2005), dall'altro vi sono stati studi che hanno integrato l'approccio genealogico con uno storico-sociale e che, individuando la criminologia come pratica discorsiva, hanno tentato di approfondire la varietà di relazioni che si stabilirono tra versioni sociologiche e antropologiche del positivismo penalistico tra Otto e Novecento, tra numerosi esempi il più significativo sembra essere: P. BECKER-R. WETZELL (Eds.), *Criminals and their scientist*, New York, 2006.

⁵ “Mi sono più volte domandato perché l'antropologia criminale sia più avanzata nella letteratura che non nella scienza. I grandi maestri russi, svedesi e francesi del romanzo e del dramma moderno vi hanno tutti attinto le loro più grandi ispirazioni, cominciando da Balzac, nella sua Dernière incarnation de Vautrin, Les paysans, Les parents pauvres, a Daudet, Zola, Dostojewski e Ibsen”, C. LOMBROSO, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Torino, 1893, 339.

Tuttavia è un dato di fatto che nella storiografia giuridica prevale, ormai da tempo, la considerazione di alcuni tratti identificativi del sub-continente latinoamericano che ne legittimano lo studio come oggetto autonomo: «vorrei considerare come gli sviluppi latino-americani [negli studi storico-giuridici] possano interrogare uno storico del diritto europeo, cercando di precisare in che senso l'ordine di grandezza continentale può fungere da chiave di lettura unitaria di tale fenomeno storiografico e soffermandomi su alcuni aspetti e sensibilità in esso rinvenibili»⁶. Se poi è vero che ogni ricostruzione storica realizza il suo oggetto in relazione alle questioni che si formulano intorno alle sue specifiche caratteristiche, proprio rispetto al tema della diffusione di idee del positivismo italiano (ed europeo) può rivelarsi utile, e talvolta anche necessario, considerare il Sudamerica come territorio specifico di indagini.

Tornando invece sul primo aspetto problematico, un'analisi generale intorno al tema della traduzione/circolazione di idee, concetti e pratiche giuridiche rischierebbe di diventare una lunga digressione⁷, possiamo quindi limitarci a constatare che la riflessione teorica degli storici del diritto sudamericani intorno agli strumenti più adatti ad indagare il fenomeno della circolazione della cultura giuridica penal-positivistica ha trovato spazio occasionalmente come premessa a singole indagini o a margine di contributi monografici⁸.

In particolare sono da sottolineare alcune ampie e interessanti osservazioni metodologiche che Máximo Sozzo fornì, quasi vent'anni or sono, sul problema della “importazione culturale” della

⁶ Cfr. M. MECCARELLI, *La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico*, (24. August 2009), in “forum historiae iuris”, online a: <https://forhistiur.de/2009-08-meccarelli/>. Si potrebbe discutere a lungo anche intorno all'uso della nozione di “storia del diritto europea” in senso unitario, sul punto l'intreccio di problemi e la bibliografia sono così ampi da scoraggiare ogni tentativo di ricognizione organica, si veda per tutti il recente: T. DUVE, *European Legal History-Global Perspectives. Working paper for the Colloquium 'European Normativity-Global Historical Perspectives'* (Max-Planck-Institute for European Legal History, September, 2nd-4th, 2013) (August 5, 2013). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2013-06. online a: <https://ssrn.com/abstract=2292666>. Vi è infine da rilevare che, in generale, tra gli storici del diritto europei la considerazione del sub-continente latinoamericano come oggetto di studio specifico è stata favorita dalla lettura della “conquista delle Indie” come evento periodizzante, dotato della capacità di produrre una vera e propria “frattura” e di proiettare la storia europea verso la modernità (e di ricomporre una identità europea in crisi, nello stesso secolo XVI, per via dello sfaldamento dell'idea imperiale e di quella della *Respublica Christiana*).

⁷ Per limitarsi ai contributi di provenienza latino-americana, un punto di svolta in quest'ambito si è prodotto grazie a D. E. LOPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, 2004.

⁸ Ezequiel Abásolo, professore di storia di diritto e di diritto costituzionale in Argentina, a seguito di un seminario organizzato presso l'*Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* nel 2013 sulla cultura giuridica latinoamericana, ha curato la pubblicazione di un testo in cui si riflette sugli aspetti metodologici più utili da impiegare per lo studio della circolazione delle idee in Sudamerica, identificando tre aspetti da tenere in considerazione: 1) la posizione assunta dalle culture giuridiche di fronte agli elementi esogeni, 2) l'esistenza di legami non solo verticali (dal centro alla periferia) ma anche orizzontali che stabiliscono influenze reciproche, 3) la diversità dei modi di recezione di una idea o norma giuridica in relazione alla posizione assunta dal contesto ricevente, che può atteggiarsi in modo più o meno passivo, cosciente o resistente, e in relazione al campo disciplinare in cui si realizza la diffusione, cfr. E. ABÁSULO, *Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX*, in ID. (Dir.), *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, Buenos Aires, 2014, 21.

Airton Seelander ha indagato la diffusione di idee e concetti giuridici in Brasile senza usare la classica rappresentazione che opponeva un *tipo* di giurista conservatore (resistente a ogni innovazione) a un *tipo* progressista (più portato ad accogliere le novità europee), giungendo a osservare che la maggioranza dei giuristi brasiliani avessero scelto di accettare, di rifiutare o semplicemente di avvicinarsi alle novità del Vecchio Continente caso per caso, in maniera opportunistica. Tale attitudine comune del ceto giuridico brasiliano sarebbe scaturita da un sistema universitario che, reclutando i professori tra i migliori “giuristi pratici” (soprattutto avvocati), privò a lungo le facoltà giuridiche di rigore scientifico e di interesse verso la teoria, cfr. A. CERQUEIRA LEITE SEELAENDER, *Usos, recreações e estratégias. Notas sobre a relação dos jureconsultos brasileiros com o pensamento jurídico europeu*, in E. ABÁSULO, *La cultura jurídica latinoamericana...cit.*, 23-44.

criminologia in America Latina⁹. L'autore, assumendo esplicitamente una prospettiva teorica più che storica¹⁰, dichiarava di voler avvicinare criminologia e traduzioni in un esercizio di "storia del presente" (o di "genealogia" nei termini definiti da Michel Foucault), cercando di sviluppare l'analisi storica a partire dai problemi attuali¹¹.

Sozzo censiva rapidamente i primi autori che avevano avuto approcci al tema delle traduzioni della criminologia europea in Sudamerica individuando in Roberto Bergalli, penalista e criminologo argentino e in Rosa del Olmo, criminologa venezuelana, i rappresentanti di una "prima lettura", definita superficiale perché gli autori, secondo la loro ispirazione marxista, tendevano a considerare la questione della "cultura" e della sua trasmissione come elemento sovrastrutturale da trattare solo in maniera incidentale. In effetti i due studiosi citati avevano in comune una lettura del fenomeno dell'importazione criminologica in Sudamerica che privilegiava gli aspetti "materiali", ovvero che considerava come questioni fondamentali il sottosviluppo economico del sub-continente latinoamericano e la sua dipendenza dal capitalismo europeo per spiegare il bisogno, per gli Stati del Sudamerica, di dotarsi di nuovi strumenti per disciplinare le società avviate verso una modernizzazione assai poco democratica. I termini (*trasplantes, transvases, transposiciones*) usati per denominare i rapporti culturali tra centro e periferia evidenziavano dunque un percorso interpretativo che considerava le traduzioni in un "senso unico", da una cultura forte, emittente, a una debole, ricevente, obliterando le reciprocità e le circolazioni, salve le verifiche sul nuovo senso assunto dal "testo" tradotto nel "contesto" recettore.

Se si può certamente concordare con Sozzo sulla lettura di Bergalli, il tentativo ricostruttivo di Del Olmo fu, a mio giudizio, più complesso; la criminologa spiegava la necessità di ricostruire la storia della criminologia in Argentina a partire dal precoce sviluppo di quella nuova scienza nel paese rioplatense¹². Esso era chiarito attraverso l'analisi del pensiero di un gruppo di intellettuali e politici argentini aperti alla modernità espressa dalle nuove scienze europee, ma soprattutto attraverso la considerazione del ruolo fondamentale che il Paese ricoprì, tra il 1890 e il 1910, per le potenze europee (soprattutto per la Gran Bretagna), come territorio esportatore di materie prime destinate allo sviluppo del capitalismo del Vecchio Continente. Per tali motivi economici l'Argentina dovette attrarre proprio dall'Europa un enorme numero di lavoratori. La criminologia cominciò pertanto a funzionare come giustificazione per le prime esplosioni virulente del conflitto di classe dovute all'introduzione nel suo territorio di forza lavoro sindacalizzata, e riuscì a spostare il dibattito pubblico dal problema politico e sociale a quello della supposta "alterità congenita" del nuovo

⁹ Cfr. M. SOZZO, "Traduttore traditore". *Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América latina*, in "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", vol. 7, n. 13, 2002, 353-431. Máximo Sozzo è professore di Sociologia e Criminologia presso l'*Universidad Nacional del Litoral di Santa Fe*.

¹⁰ Sozzo annovera tra i suoi "maestri", che hanno contribuito a guardare alla scienza criminologica come vincolata ad offrire risposte, anche operative, ai problemi sociali relativi al crimine, Massimo Pavarini, penalista bolognese tra i massimi studiosi a livello internazionale della criminologia, delle istituzioni carcerarie e delle rappresentazioni sociali della devianza e autore (insieme a Dario Melossi) dell'ormai "classico" *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, pubblicato nel 1977.

¹¹ Nella ricostruzione di Sozzo si possono isolare due segmenti: nel primo si svolgeva una riflessione sul ruolo delle traduzioni negli anni dello sviluppo criminologico sudamericano, nel secondo invece si analizzavano le traduzioni che tornavano a essere dibattute nel "presente criminologico" dell'America Latina, caratterizzato dalla dissoluzione di vecchi paradigmi e dalla ricerca di nuovi orientamenti (ecco i problemi del presente).

¹² In Argentina furono stampati il primo testo criminologico al mondo (Cfr. J. INGENIEROS, *Criminologia*, Buenos Aires, 1913) e la prima rivista specializzata in spagnolo (*Revista criminal* fondata nel 1873 da Pedro Bourel, che durò solo un anno).

proletariato urbano (composto nella grande maggioranza da immigrati sudeuropei), tumultuoso e violento, perché viziato e corrotto da tare atavistiche. Ciò avrebbe motivato la nascita tanto rapida di istituzioni criminologiche appoggiate dal governo, come il celebre *Instituto de criminologia* annesso alla *Penitenciaría Nacional* di Buenos Aires.

Tale analisi, per Sozzo, pareva mantenersi nel solco della metafora della traduzione/traslazione e avrebbe prodotto, come risultato discutibile, una lettura del positivismo penalistico come caratterizzato da un'attitudine di subordinazione e di mimetismo rispetto ai concetti importati dai paesi europei¹³. Tuttavia è bene ricordare che la Del Olmo avrebbe poi approfondito i suoi studi su uno dei massimi e più celebri esponenti della criminologia argentina, José Ingenieros, sottolineando le profonde e radicali divergenze da Lombroso – tra l'altro espresse *vis à vis* al fondatore dell'antropologia criminale nel corso del V Congresso internazionale di psicologia (Roma 1905) – che potevano riassumersi nella critica alla programma della criminologia italiana, nella subordinazione della morfologia alla psicologia nella eziologia criminale e nella proposta di una nuova classificazione dei criminali in chiave psicopatologica¹⁴.

Inoltre tale indirizzo analitico, anche se presentava alcuni dei limiti richiamati da Sozzo, mostrava la capacità di superare una storia delle idee o dei concetti giuridici per approfondire in che modo e in quale contesto lo strumentario teorico importato venne utilizzato, ovvero come *funzionò* la criminologia in Sudamerica per il controllo e per la repressione dei soggetti da marginalizzare. Pur attribuendo troppo valore ai meccanismi del ciclo produttivo del capitalismo internazionale e troppo poco alla formazione culturale delle *élites*, ai loro modelli, alle loro aspirazioni e soprattutto alla loro capacità di plasmare l'opinione pubblica e le istituzioni (si pensi agli istituti di osservazione nelle carceri argentine o brasiliane, che davano la “sensazione” di una spiccata modernità dello stato) mi sembra che questa interpretazione sia stata capace di stimolare le riflessioni più recenti, aperte alla considerazione del rapporto tra meccanismi sociali e pensiero giuridico, come si vedrà meglio in seguito. Inoltre la studiosa fu tra le prime a non trascurare il ruolo dell'immigrazione europea come uno dei più importanti fattori sociali e politici che consolidarono la criminologia clinica¹⁵.

Gli studi di Rosa Del Olmo, dunque, rappresentano a mio avviso già una “seconda fase” interpretativa, soprattutto se si confrontano con uno dei primi scritti sull'argomento, apparso nella “Revista del Instituto de Historia del Derecho” del 1969¹⁶, a cura del prof. Federico Torres Lacroze, titolare della cattedra di Filosofia del diritto nella *Universidad de Belgrano*¹⁷. Il contributo dello studioso nasceva dalla preoccupazione di «reflexionar sobre este período de la historia argentina tan

¹³ Invero Sozzo si accorgeva dell'apertura di «una brecha que complejiza la lectura, aun cuando no compromete – en la argumentación de Del Olmo – la premisa de fondo en torno a la relación entre procesos económicos y procesos culturales en América Latina» quando la Del Olmo segnalava che l'adozione di teorie straniere fosse stata artificiale e deformata a seconda delle necessità locali, cfr. Sozzo, “Traduttore traditore”...cit., 361-365 (364).

¹⁴ R. DEL OLMO, *Criminología argentina. Apuntes para su reconstrucción Histórica*, Buenos Aires, 1992, 17.

¹⁵ *Ivi*, 24-28. La studiosa indicava il nesso tra il grande flusso migratorio proveniente dall'Europa e la nascita di una coscienza di classe tra gli operai. La nascita di partiti socialisti e di forti sindacati di ispirazione socialista e soprattutto anarchica rappresentò una grave preoccupazione per le *élites* di governo che risposero attraverso una pesante repressione poliziesca, alcune leggi restrittive per l'ingresso degli immigrati più politicizzati e una forte criminalizzazione di alcuni “tipi” di immigrati, individuati anche con il sostegno della criminologia argentina. Sul punto si è formata una imponente bibliografia, mi permetto di rinviare a F. ROTONDO, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la “Criminalologia moderna” in Argentina*, Napoli, 2014.

¹⁶ F. A. TORRES LACROZE, *Influencia del positivismo en la historia del derecho*, in “Revista del Instituto de Historia del Derecho”, Buenos Aires, n. 11, 1969, 175-185.

¹⁷ Il giurista fu poi direttore dell'*Instituto de Filosofía del Derecho* della Universidad de Buenos Aires, dove insegnò anche *Introducción al Derecho*.

poco estudiado, que pese a sus fallas nos proporcionaron robustas personalidades organizadoras de nuestras instituciones»¹⁸. La lacuna nella indagine storica argentina appariva ampia considerando la grande influenza del positivismo nello sviluppo istituzionale e nel diritto penale argentini e in poche pagine emergeva la volontà dell'autore di cominciarla realizzando uno studio sulla formazione dei nuovi concetti giuridici e politico-istituzionali, con la convinzione che solo uno sguardo al "pensiero filosofico" dei giuristi avrebbe potuto far comprendere la "esencia de lo jurídico" allo storico. Attraverso questa linea analitica, dopo un sintetico sguardo d'insieme su esponenti della classe politica e giuridica attratti dalla criminologia, l'autore giudicava il positivismo penalistico argentino come mimetico e acritico, ne spiegava il provvisorio successo con l'ansia di progresso, con il rifiuto di tutto ciò che ricordasse la cultura spagnola e con il suo carattere funzionale al superamento di un passato coloniale da cancellare dalla memoria dei nuovi stati indipendenti.

2. Questi pochi esempi appena richiamati provengono, non per caso, tutti da studiosi argentini. Il territorio rioplatense fu infatti, nel contesto sudamericano, quello dove la circolazione della criminologia europea si fece più intensa, celere e capillare; anche per questo motivo la storiografia argentina sul tema risulta la più ricca e complessa. Si può, perciò, cominciare proprio dall'Argentina una ricognizione delle più rilevanti tendenze storiografiche sudamericane sul tema che qui rileva ricordando, in via preliminare, che tale tentativo non ha la pretesa di fornire una bibliografia ragionata e completa, che ordini i contributi offerti sui medesimi problemi secondo una rigida scansione geografica e cronologica. Se si vuole mettere a frutto il dibattito aperto intorno al metodo della ricerca, si deve infatti privilegiare un percorso che si muova secondo coordinate transnazionali e transtemporali, rifiutando le "genealogie testuali" e cercando di individuare svolte tematiche e aperture di nuovi orizzonti della ricerca storico giuridica.

Per queste ragioni un buon punto di partenza è fornito dal saggio, particolarmente significativo, che Lila Caimari scrisse per il volume collettaneo "Cesare Lombroso cento anni dopo"¹⁹. Prodotto, come spesso avviene, in occasione di un momento commemorativo, l'articolo presenta almeno due profili di interesse: da un lato appare in una certa continuità con un'importante tradizione di studi che la studiosa raccoglieva a partire dalle indicazioni che la storiografia argentina stava fornendo dai primi anni Ottanta, per una svolta analitica che, come si è visto, individuò nell'immigrazione e nello sviluppo del movimento operaio le principali condizioni socio-politiche che favorirono il precoce sviluppo del pensiero di Lombroso in Argentina, in particolare nel suo versante clinico-medico. Dall'altro il saggio della Caimari rivolge un pur sintetico sguardo all'America Latina in generale e dunque può favorire l'operazione che qui ci si propone, ovvero tentare di rendere tale osservazione più analitica cercando di approfondire, dal punto di vista storiografico, alcuni contributi che l'autrice non aveva citato per il tenore riepilogativo del compito richiesto in quell'ambito.

Caimari partiva dalle considerazioni positive circa la "fruttuosa ricezione della sua opera nell'America del Sud"²⁰ che lo stesso Lombroso scrisse nel prologo alla traduzione italiana de "Los hombres de Presa" (1888) dell'avvocato argentino Luis María Drago, per ricordare una opinione che appariva molto solida tra i positivisti italiani sul finire del XIX secolo, e che lusingava quelli

¹⁸ TORRES LACROZE, *Influencia del positivismo...*cit., 185.

¹⁹ Si veda *supra* 1.

²⁰ L. CAIMARI, *L'America Latina*, in MONTALDO, TAPPERO (a cura di), *Cesare Lombroso...*cit., 193-201 (p. 193).

sudamericani, ovvero quella di una «contrapposizione tra un'America generosa e un'Europa ingrata» nei confronti del professore torinese²¹.

Dopo aver ricordato i “primati criminologici” argentini, la studiosa proponeva di leggere la diffusione del positivismo penalistico di marca italiana in Sudamerica fuori dal rigido schematismo del centro diffusore/periferia recettrice, bensì come un insieme di processi di appropriazione e di adattamento «dei linguaggi della modernità alle diverse realtà locali», cioè di privilegiare decisamente una storia sociale, che avrebbe favorito, nell'ambito specifico della storia del diritto, l'attenzione verso le “culture giuridiche” piuttosto che una storia dogmatica o dei concetti. L'autrice inoltre insisteva sul fatto che, sebbene il concetto di “traduzione” apparisse idoneo alla descrizione del trasferimento oltreoceano delle idee europee, bisognasse intendere tale termine in un senso più ampio, che rimandava all'appropriazione, all'adattamento e anche alla critica da parte degli autori sudamericani dello strumentario teorico messo a disposizione dagli italiani. Se in Argentina, pertanto, gli studiosi applicarono una *loro versione* della criminologia soprattutto in funzione razzista nei confronti dei gruppi di immigrati più pericolosi politicamente, «in altri paesi l'ottica lombrosiana dava forma a nozioni di razza che erano molto più serrate: quelle che riguardavano le popolazioni indigene, meticce, negre e mulatte»²².

Già si è fatto riferimento all'ampiezza della riflessione storiografica argentina nel cui solco s'innestava il breve saggio della Caimari, forse occorre richiamarne alcuni ulteriori momenti significativi: tra i primi contributi, apparso poco dopo quello di Torres Lacroze, figura l'intervento di Abelardo Levaggi il quale, già nel 1978, nella sua “Historia del derecho penal argentino”, dedicava il capitolo conclusivo all'ingresso del positivismo, osservando, senza approfondimenti, che esso influenzò la legislazione penale del paese dal 1891 fino al codice penale del 1922 e segnalando, per la prima volta, una certa originalità dei positivisti penali argentini²³. Il celebre storico del diritto tornò in seguito sugli stessi argomenti, sempre limitandosi a osservare il pensiero di singoli penalisti positivisti, in maniera selettiva²⁴ o più organica, per offrire una sorta di raccolta di “medaglioni biografici” dei giuristi più legati alla corrente positivista, il cui antidogmatismo, sempre in una prospettiva di “storia delle idee”, li avrebbe avvicinati piuttosto alla Scuola Critica italiana che alla corrente lombrosiana²⁵.

Un testo che può essere considerato di “svolta” rispetto alle prime ipotesi ricostruttive appena segnalate fu curato dal filosofo e storico argentino Hugo Biagini che, pur sempre da un punto di vista di storia dei concetti, affrontava per la prima volta in modo interdisciplinare il tema della diffusione

²¹ Sul punto e in generale sulle “testimonianze italiane” circa il positivismo penalistico in Sudamerica, si veda ancora Rotondo, *Itinerari alla periferia...* cit., 21-28 e il più recente ID, *Reading a Travel Journal. The Melancholia of Gina Lombroso in Latin America*, in V. AMOROSI, V. M. MINALE (Eds.), *History of Law and other Humanities*, Madrid, 419-430.

²² CAIMARI, *L'America...* cit., p. 197.

²³ “Pero el positivismo argentino, surgido contemporáneamente al italiano, en vez de ser una mera copia, tuvo rasgos de verdadera originalidad”, A. LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1978, 209.

²⁴ Levaggi fu tra i primi a indagare sul viaggio di Enrico Ferri in Argentina nel 1909 per un ciclo di conferenze: cfr. A. LEVAGGI, *Impacto que produjo en la ciencia penal argentina la presencia de Enrico Ferri*, in AA. VV., *El derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, 2006, 757-765.

²⁵ “Los llamados positivistas en el terreno de la ciencia penal argentina sólo lo fueron, en realidad, parcialmente, y es más cabal relacionarlos con la Escuela Crítica, que compartió las objeciones acumuladas contra la Escuela Positiva. Sólo una minoría, de la que fue figura representativa Ingenieros, estuvo plenamente identificada con ésta y escapó del eclecticismo dominante”, cfr. A. LEVAGGI, *Esbozo de las ideas penales argentinas en la década del 1890*, in “Revista de Historia del Derecho R. Levene”, n. 30, Buenos Aires, 1995, 233-242 (242).

del positivismo non solo come filosofia o metodologia ma soprattutto come *modus operandi*, dotato di originalità e peculiarità, che caratterizzò buona parte della cultura rioplatense. La filosofia positivista cominciava a essere valutata come fondamentale in Argentina non soltanto nella edificazione di nuovi perimetri disciplinari (che riguardarono il diritto, la medicina, la psicologia e la psichiatria) ma per la stessa definizione di una identità nazionale in costruzione, orientando i cardini di un discorso che riguardava il futuro della nazione intorno alle questioni della razza e della immigrazione²⁶. Nel testo spiccava il contributo di Hugo Vezzetti, professore di psicologia, che introduceva alcuni temi-chiave che sarebbero stati ripresi da numerosissimi studiosi, tra cui l'acquisizione di un potere pubblico da parte degli psicologi che, sul finire del XIX secolo, trovarono le capacità teoriche e le disponibilità (es. costruzione dei primi manicomi) per individuare i problemi della società e per dettare un'agenda per una sua riforma morale²⁷. Lo stesso Vezzetti fu poi autore una monografia dove affrontò più approfonditamente il tema della "medicalizzazione sociale" a partire dal tema foucaultiano della costruzione della follia come oggetto di pratiche discorsive, sociali e istituzionali orientate alla rigenerazione morale, al progetto disciplinare e iscritte in un paradigma organicista e igienista²⁸. Sul medesimo argomento, ma mettendo a fuoco in particolare il rapporto tra sapere medico e potere sociale apparve nel 1995 l'importante lavoro di Jorge Salessi che rifletteva sul ruolo che «los higienistas, criminólogos y sociólogos, en Argentina, al mismo tiempo que se enfrentaron al problema de la extracción de datos de los cuerpos [...] modernizaron el Estado y el electorado argentino contabilizando, identificando, observando y separando los cuerpos de los vivos y muertos [...] Los documentos sugieren que en pocos países del mundo, por la combinación de circunstancias socio-históricas, la disciplina y el discurso de la higiene, la medicina legal y la criminología de fines del siglo veinte fueron tan centrales en la organización y consolidación del Estado como en Argentina»²⁹.

Proprio gli anni intorno al 1990 si produsse una intensificazione degli studi sul positivismo penalistico, sulle sue origini e sulla sua capacità di indirizzare il dibattito pubblico argentino a cavaliere tra Otto e Novecento.

Eugenia Scarzanella, storica dei paesi latinoamericani e tra i fondatori del Centro Studi sull'America latina dell'Università di Bologna, fu tra le prime, dall'Italia, a osservare come in Argentina si produsse un'*applicazione* addirittura paradossale delle teorie lombrosiane. Se infatti le teorie biologiche legate all'atavismo servirono in prima battuta per giustificare le campagne militari contro *indios* e *gauchos*, offrendo spiegazioni scientifiche idonee all'esclusione sociale di ogni gruppo antimoderno, tale versione razzista della criminologia arrivò poi a mettere in questione uno dei cardini del progetto di modernizzazione sociale e istituzionale promossa dai padri fondatori del paese, l'introduzione di forza-lavoro europea, frutto di una politica ultra-favorevole all'immigrazione, che non ebbe uguali nel mondo. Attraverso la "scoperta" di un nesso tra aumento dell'immigrazione e incremento della criminalità, il positivismo criminologico argentino si servì degli strumenti importati dalla scienza nata in Italia per fondare una distinzione tra la buona immigrazione e quella cattiva, quest'ultima rappresentata proprio dall'ingresso nel paese di spagnoli,

²⁶ H. BIAGINI (Comp.), *El movimiento positivista argentino*, Buenos Aires, 1985.

²⁷ H. VEZZETTI, *El discurso psiquiátrico*, *ivi*, 362-373.

²⁸ Cfr. H. VEZZETTI, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, 1985.

²⁹ J. SALESSI, *Médicos maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina. (Buenos Aires: 1871-1914)*, Biblioteca Estudios Culturales, Rosario, 1995, 163.

ma soprattutto di italiani³⁰. La criminalizzazione della immigrazione sud-europea, in realtà dovuta più al suo pericoloso apporto ideologico di stampo socialista e anarchico nella questione sociale che alle responsabilità relative all'aumento della criminalità comune, procedette non soltanto attraverso indagini scientifiche e statistiche e non si risolse esclusivamente attraverso l'avvio di misure selettive, ma generò la nascita di un sentimento popolare *anti-gringo*. Un abbondante filone di ricerca si è concentrato infatti anche sulla pervasività del discorso razziale anti-immigratorio nel mondo della letteratura argentina, intrisa di nozioni antropologiche e biologiche e capace di divulgarle al grande pubblico³¹.

Ancora sul tema dell'uso della criminologia positivista nella criminalizzazione di un certo tipo di immigrati, che spesso tendeva a separarsi dalla sfera giuridica per entrare nel nebuloso campo dell'anormalità, la giurista Giuditta Creazzo, ora impegnata nel campo del contrasto alla violenza di genere, pubblicò un testo in cui cercava i canali di diffusione del positivismo in Argentina e ne valutava il suo scarso impatto sulla codificazione penale³². L'analisi della studiosa proseguiva attraverso una riflessione intorno alla riforma carceraria e manicomiale come segno tangibile dell'egemonia della criminologia nel controllo sulle istituzioni disciplinari e si concludeva con una categorizzazione delle diverse tendenze criminologiche argentine. Tali orientamenti, spiegano, per l'autrice, il rapporto sbilanciato tra egemonia scientifica e accademica guadagnata dal pensiero positivista e la sua scarsa influenza normativa³³. La medesima questione è stata dibattuta e affrontata da molti autori che hanno offerto interpretazioni diverse, come ad esempio le difficoltà dovute alla

³⁰ Cfr. E. SCARZANELLA, *Italiani malagente. Immigrazione, criminalità e razzismo in Argentina, 1890-1940*, Milano, 1999. La bibliografia che si è formata intorno all'enorme flusso migratorio che si riversò dall'Europa sull'altro versante dell'Atlantico è vastissima, per qualche ulteriore riflessione mi permetto di far riferimento a F. ROTONDO, *Italiani d'Argentina. Dall'accoglienza alla "difesa sociale" (1853-1910)*, in "Historia et ius", n. 12, 2018, paper 13, online a: http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/rotondo_12.pdf, e a R. D. SALVATORE, *Immigration, Society, and Culture in Modern Argentina (Review essays)*, in "Latin American Research Review", v. 37, n.1, 2002, 199-214. Per una rassegna della storiografia sulla migrazione italiana e alcune proposte si veda anche F. DEVOTO, *Italian Emigrants and Argentine Society. Problems of Models and Sources*, in "Journal of European Economic History (JEEH)", n. 20 (3), 1991, 629-643.

³¹ R. RODRÍGUEZ MOLA, *Gaucha, Immigrante y Aristocracia argentina de la Segunda Edad del Siglo XIX (Análisis Documental de Testimonios Contemporáneos)*, in "Revista de Historia de América", n. 57/58, Jan-Dec, 1864, 121-136; G. S. ONEGA, *La inmigración en la literatura argentina, 1880-1910*, Buenos Aires, 1969; E. GARGUREVICH, *La Reacción anti-inmigrante en la literatura argentina de los ochenta*, in "Revista de Crítica Literaria Latinoamericana", a. 20, n. 39, 1994, 91-107; L. G. RUSICH, *El inmigrante italiano en la novela argentina del 80*, in "Chasqui: revista de literatura latinoamericana", v. 12, n. 2/3, Feb.- May, 1983, 42-49; V. BLENGINO, *Oltre l'Oceano*, Roma, 1990; ID., *La Babele nella pampa*, Reggio Emilia, 2005; C. S. MCGILL, *El Juan Moreira De Eduardo Gutierrez: Entre El Discurso Hegemonico Y Lo Performativo, Y la Construcción del Imaginario Popular Argentino*, in "MACLAS Latin American Essays", v. 16, Mar. 2002, 166-186; S. REGAZZONI, *Riflessioni sulla presenza italiana nella letteratura argentina*, in "Oltreoceano", v. 1, *Percorsi letterari e linguistici* a cura di Silvana Serafin, 2007, 103-116; M. T. SANHUEZA, *Immigrants in Argentina: Some Representations on Stage*, in "Italian Americana", v. 21, n. 1, 2003, 5-21; ID., "(No) Hacerse la América: la realidad de los inmigrantes en algunas obras de ... los inmigrantes italianos en el teatro de Armando Discépolo", in "Revista de Humanidades", n. 22, Diciembre, 2010, 117-139.

³² G. CREAZZO, *El positivismo criminologico italiano en la Argentina*, Buenos Aires, 2007.

³³ 1. I "positivisti in senso stretto" aderirono al materialismo biologico, evolucionista e determinista, perdendo riferimenti diretti con la realtà sociale e, attraverso la spiegazione di ogni trasgressione con un'anormalità psicopatologica, guadagnarono potere nell'ambito clinico influenzando l'operato della polizia e l'articolazione di alcune strutture detentive, 2. i "positivisti sui generis" escludevano l'anormalità del delinquente e si rivolgevano ad un'eziologia criminale di tipo sociale o economico 3. i "falsi positivisti" soprattutto i giuristi, furono orientati più al pragmatismo che alla costruzione di sistemi generali e non vollero, in definitiva, adeguare la legislazione penale ai postulati lombrosiani, cfr. CREAZZO, *El positivismo criminologico...cit.*, 247-254.

particolare architettura federale delle istituzioni penali³⁴, oppure la presenza di un ordine politico conservatore che filtrò solo le riforme penali in senso più repressivo³⁵.

3. Tornando ancora alle poche pagine di Lila Caimari, il caso del Perù e della Bolivia, dove la componente indigena e meticcia era numericamente maggioritaria, era presentato segnalando la diffusione dell'antropologia criminale soprattutto nel campo delle indagini cranio metriche, che rivelavano, secondo alcuni medici dei penitenziari locali, la presenza di tratti atavistici, tipici delle razze inferiori, proprio in quei soggetti, nativi e creoli, che si volevano escludere dai processi di riforma sociale e politica. Non è secondario ricordare che l'autrice faceva riferimento a uno studio, del 2005, dello storico peruviano Carlos Aguirre³⁶ il quale, però, aveva altrove indicato un cambio di rotta nella criminologia peruviana che, a dieci anni dal suo avvento nel 1880, abbandonò la versione più "dura" e razzista del determinismo biologico per approdare a una eziologia criminale che privilegiava l'aspetto morale e sociale³⁷. Tale ribaltamento di posizione è stato interpretato da Aguirre come l'espressione della consapevolezza, da parte delle élites e degli scienziati locali, che non sarebbe stato possibile un futuro per la nazione peruviana se si fossero radicalmente escluse dalla società le sue componenti maggioritarie non bianche. Una visione più ottimistica sulle caratteristiche razziali di meticci e indigeni (meno dei gruppi di neri e di cinesi) avrebbe prodotto nuove speranze per introdurli nella vita civile e politica del paese, trasformato la lotta al crimine in un progetto autoritario di riforma morale tendente all'assimilazione di valori europei, ma non sopito del tutto il discorso razziale che periodicamente sarebbe tornato negli scritti di autorevoli scienziati, come Víctor M.

³⁴ Thomas Duve (*¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de P.J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921*, in "Revista de Historia del Derecho", n. 27, 1999, 125-152) ha fornito una spiegazione che considerava la fragile struttura istituzionale federale del paese come ostacolo per l'applicazione pratica delle idee positiviste, che invece ispiravano settori meno esposti rispetto al potere giudiziario, come la polizia o i manicomi. Le corti di giustizia provinciali, infatti, seppur disposte in qualche caso a orientare le loro decisioni in senso positivista, le vedevano spesso revocate dalla *Cámara de Apelación*. L'intuizione, legata all'analisi di una selezione di sentenze della corte superiore, è ora confermata dallo studio di Dalla Corte condotto sulle pronunce dei tribunali di Rosario nella Provincia di Santa Fé. L'autrice segnala che, pur in presenza «de la incorporación del vocabulario y de la teoría positivista, la mayoría de los fallos se mantienen al margen de los paradigmas peligrosistas que tentaron al mundo jurídico argentino hacia principios del siglo XX. La actividad judicial siguió otras corrientes, no las positivas. Aún cuando Lombroso es mencionado, lo es en términos científicos como forma de avalar las argumentaciones, pero no a la hora de definir las sanciones», G. DALLA CORTE, *Discusión sobre la influencia de la corriente criminológica positivista en el discurso penal argentino*, in "Gimbernat: revista catalana d'història de la medicina i de la ciència", vol. 26, 1996, 157-169 (166-7).

³⁵ J. A. NÚÑEZ, *Algunos comentarios acerca del desarrollo y límites del positivismo criminológico en la Argentina 1903-1927*, in "Horizontes y convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho, Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho. Publicación de investigaciones científicas de actualización continua", 2009, online a: http://horizontesyc.com.ar/archivos/1255877371/ALGUNOS_COMENTARIOS_ACERCA_DEL_DESARROLLO_Y_LIMITES_DEL_POSITIVISMO_CRIMINOLOGICO_EN_LA_ARGENTINA_POR_JORGE_A_NUÑEZ.pdf.

Carla Amans, ha insistito sulla foggia positivista di tre articoli del Codice penale del 1921, cfr. C. AMANS, *I giuristi italiani, il positivismo e la sua recezione nel diritto penale argentino*, in C. M. Doria, C. Cascione (a cura di), *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, Napoli, 2013, 137-174.

³⁶ C. AGUIRRE, *The criminals of Lima and Their Worlds. The prison experience, 1850-1935*, Durham, 2005.

³⁷ "Attempts to develop a Peruvian version of Lombrosian criminology did not prosper. From the very beginnings of the spread of the new science there were voices of skepticism coming from those that rejected the notions of inborn criminals and argued for a truly «social» approach to criminality. While most authors simply repeated or summarized what eclectic European – mainly French – criminologists had written against Lombroso and his disciples, a few of them actually ventured into (not always exemplar) research and produced valuable treatises on crime in various regions of Peru", C. AGUIRRE, *Crime, race, and morals: the development of criminology in Peru 1890-1930*, in "Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies" [Online], vol. 2, n. 2, 1998, 73-90 (79).

Villavicencio e Ladislao Graña. Infine Aguirre segnalava le ambiguità del codice penale peruviano del 1924 che, intriso di positivismo nelle sue previsioni di indeterminatezza di alcune pene, nella considerazione della “pericolosità” individuale e nell’adozione di speciali trattamenti per i non imputabili³⁸, permetteva ai tribunali di prendere in considerazione ogni circostanza attenuante nei processi per reati compiuti dagli abitanti delle regioni amazzonica o andina, con l’intento paternalistico (e in effetti mai realizzato fino in fondo per mancanza di mezzi e di organizzazione burocratica) di curarli, anche quando non avessero commesso nessun crimine.

Nell’analisi del caso messicano, riprendendo le tesi di Robert Buffington, autore che aveva spesso discusso insieme con Aguirre, e che ne condivideva la scelta di privilegiare una storia dell’effettivo funzionamento della criminologia nel contesto politico e sociale, la Caimari si concentrava ancora sulla originalità del contributo dei criminologi in Messico dovuta alla scarsa utilità delle osservazioni sui criminali europei, così diversi da quelli locali. Seguendo altri contributi di Buffington³⁹, si possono ulteriormente approfondire le oscillazioni della criminologia messicana nel turbolento avvicinarsi di forme politiche più o meno democratiche, fino alla sua “esplosione” durante il regime semi-dittatoriale di Porfirio Díaz (1876-1911), senza che però la nuova scienza avesse effetti immediati sulla riforma del codice penale del 1912, il quale conservò sostanzialmente inalterata la vecchia codificazione del 1871. Il nuovo codice penale del 1931, invece, subì influenze positiviste soprattutto nella previsione di ampie libertà lasciate ai giudici nella determinazione della pena; a tal fine fu istituito un Consiglio supremo di difesa sociale e prevenzione per sorvegliare l'intero sistema penitenziario federale, controllare “l’individualizzazione della punizione” e garantire che il personale della giustizia penale sostenesse i principi fondamentali della difesa sociale. Ciononostante, le difficoltà amministrative e i timori di una eccessiva ingerenza nell’attività dei giudici svuotarono di potere del nuovo organo trasformando in una “vittoria di Pirro” gli sforzi dei positivisti, che dovettero cedere anche di fronte al dovere di osservare la costituzione liberale del 1824, che precludeva qualsiasi giustificazione giuridica per un programma globale di difesa sociale.

Buffington interpretava il maggiore impatto della criminologia nella formazione di stereotipi sociali rispetto alle modeste riforme del sistema giudiziario penale messicano con la presenza di un conservatorismo intrinseco alla giustizia penale e con la resistenza specifica della classe dei magistrati, i quali potevano, combinando ecletticamente ideologie penali differenti, esercitare al meglio «a presumably flexible and benevolent judicial paternalism - a ideological harbinger of, perhaps even a rehearsal for, an estado papá whose supremacy is only now under serious challenge»⁴⁰.

La tesi più interessante dell’autore, presentata con cautela, e messa in evidenza anche in una monografia pubblicata nel 2000⁴¹, consisteva nell’uso della categoria della continuità che legava la tarda epoca precoloniale all’ età postcoloniale per guardare allo sviluppo del sistema politico,

³⁸ «Criminologists applauded the incorporation of many of the principles of positivist criminology into the new penal code: the indeterminate sentence, the idea of penal irresponsibility for 'dangerous non-imputable criminals', the tailoring of the penalty to the degree of «dangerousness» of each individual, conditional freedom, and many others. The 'defense of society' - a concept developed in Europe and the United States, according to which society had the right to defend itself from dangerous individuals, and that became the ultimate rationale for severe punishment became the overall doctrinal framework of the new Penal Code», *ivi*, 84.

³⁹ R. BUFFINGTON, *Looking forward, looking back: judicial discretion and state legitimation in modern Mexico*, in “Crime, Histoire & Sociétés /Crime, History & Societies” [Online], vol. 2, n. 2, 1998, 15-34; ID., *Criminal and Citizen in Modern Mexico*, Lincoln, 2000.

⁴⁰ BUFFINGTON, *Looking forward, looking back...cit.*, 32.

⁴¹ BUFFINGTON, *Criminal and Citizen ...cit.*

istituzionale e penitenziario dello stato messicano, caratterizzati da una salda aristocrazia che governava lo Stato in modo paternalistico⁴². L'impatto della criminologia come tecnologia della conoscenza scientifica dei devianti sarebbe stato dunque minore di quanto si potesse immaginare: la moderna scienza europea, inserita alla fine dell'Ottocento in un contesto che somigliava molto a quello del secolo precedente, avrebbe solo avuto il ruolo di combinare il risalente pregiudizio verso le *lower-classes* con il nuovo metodo sperimentale di osservazione. Il risultato sarebbe stato quello di convalidare il pregiudizio classista e razziale dell'aristocrazia attraverso il prestigio della scienza criminologica e di usarlo, in questo caso in forme nuove, per superare il problema della sostanziale assimilazione dei principi liberali introdotti costituzionalmente e per discriminare, di fatto, i soggetti che, in tarda età coloniale come nel Messico moderno, erano condannati all'emarginazione e allo stigma della pericolosità sociale e dell'immoralità⁴³. L'interpretazione di questa proposta non è semplice: appare infatti convincente il tentativo di leggere lo sviluppo della criminologia messicana all'interno del paradigma braudeliano di *Longue durée*, per individuare alcuni nuclei resistenti nella concezione e nei modi di conservazione del potere da parte dell'aristocrazia messicana, tuttavia occorre evidenziare i rischi di questa spiegazione. Ritengo che la tesi di Buffington sia da leggere come un invito a considerare i modi e le forme in cui le istanze di modernizzazione sociale abbiano trovato coesistenza con le antiche forme del dominio di classe attraverso la scienza. Diversamente si corre il pericolo di ritornare a offrire uno sguardo sbilanciato tra elementi strutturali e sovrastrutturali, sottostimando il ruolo del sapere nella modificazione dei rapporti stabiliti dalle secolari disuguaglianze economiche tra dominanti e dominati. In altri termini è difficile sostenere che la nuova articolazione delle tradizionali preoccupazioni relative a classe, razza e genere, offerte scientificamente dalla criminologia messicana tra fine Ottocento e inizio Novecento, al fine di rilegittimare il controllo politico nell'era della raggiunta modernità, abbia lasciato completamente inalterato il nucleo dei rapporti di potere nello Stato messicano. Gli stessi criteri di esclusione delle classi inferiori dalla partecipazione sociale dovettero essere rivisti anche alla luce dei nuovi parametri scientifici quando, all'indomani dell'avvento della costituzione liberale, il problema avrebbe dovuto svolgersi all'interno del nuovo concetto liberale di cittadinanza.

4. Una simile ipotesi continuistica si ritrova negli studi di Marco Antonio León León, storico cileno e osservatore del controllo sociale e degli studi sulla criminalità del suo paese. Partendo dall'assunto che nel passaggio dal periodo coloniale a quello dell'indipendenza le enormi differenze sociali fossero rimaste immutate, l'autore ha analizzato il processo di modernizzazione cilena attraverso l'intreccio della storia giuridico-istituzionale con la storia sociale del paese, annoverando

⁴² «Just as modernizing discourses like criminology re-articulated traditional concerns about class, race, and gender; penology also exhibited strong ties to Mexico's past. In the tumultuous post-Independence decades, most liberal penologists -and penologists were by and large liberal- stuck resolutely to revolutionary principles of universal human rights and absolute equality under the law. But with the consolidation of liberal power in the late nineteenth-century, mainstream policy makers began to construct an elitist 'scientific politics' that represented -under the guise of Mexicanizing the 'meta-physical' Jacobin agenda of mid-century liberals- a return to colonial-style paternalism, albeit with a technocratic slant. And, despite significant changes in public policy after Mexico's great social revolution (1910-1920), paternalism -this time under the auspices of the post-revolutionary estado papá- remained the preferred mode for social and legal reform efforts», *ivi*, 16.

⁴³ Si vedano due recensioni che hanno sottolineato l'aspetto della continuità nella lettura di Buffington: S. ARROM, *Bibliographic Essay on Criminal and Citizen in Modern Mexico. By Robert M. Buffington. Lincoln, University of Nebraska Press, 2000. Pp. vii, 239*, in "The Americas", v. 58, n.1, 2001, 162-163 e L. CAIMARI, *Criminal and Citizen in Modern Mexico (review)*, in "Hispanic American Historical Review", v. 81, n. 2, 2001, 393-394.

tra le fonti utili alla sua indagine una serie di documenti di provenienza diversa: da testi di dottrina penalistica alla stampa quotidiana. Prima dell'avvento, intorno all'ultima decade del XIX secolo, della criminologia, anche l'aristocrazia cilena riuscì a fondare uno stato repubblicano in cui la divisione dei poteri e la sovranità popolare non comportarono inclusione politica universale e democratizzazione sociale. La realizzazione del progetto di uno stato oligarchico passò anche attraverso la produzione discorsiva (in particolare fornita dalla stampa) orientata alla criminalizzazione dei settori popolari, condannati dall'analfabetismo e rappresentati soltanto come un problema di ordine pubblico. Tale rappresentazione, originata in epoca coloniale, subì delle cesure: "según el grupo específico que se intente controlar se van definiendo de mejor forma medidas represivas y moralizadoras, con el fin de disciplinar la mano de obra y aumentar su eficiencia"⁴⁴. Con l'avvento del pensiero criminologico, infatti, la percezione dei criminali cambiò irrimediabilmente soprattutto a partire dall'introduzione nel 1897, in alcuni stabilimenti carcerari, del sistema identificativo del *bertillonage*. Attraverso la divulgazione di molte "Galerías de delinquentes chilenos" si diffuse tra medici, giuristi e molti profani l'impressione di poter osservare l'essenza stessa dell'anormalità attraverso i particolari tratti somatici che stigmatizzavano la criminalità sui volti ritratti. L'importanza di tale metodo classificatorio fu tale che, allorché l'identificazione fotografica fu prima integrata e poi superata dal sistema dattiloscopico dell'argentino Juan Vucetich (introdotta in Cile intorno al 1903 dall'ex segretario della prefettura della polizia di Santiago Luis Manuel Rodríguez), l'idea di una criminalità riconoscibile già prima della commissione di atti criminali divenne sempre più sfumata, salvo riemergere a intermittenza in seguito⁴⁵. Il giudizio sulla poca originalità del pensiero criminologico non sembra rappresentare un tema fondamentale per l'autore, poiché egli sottolineava che tra i medici e tra i giuristi il lombrosismo fu maggiormente diffuso nella sua *cara profana*, ovvero in versioni divulgative attraverso quotidiani, riviste di varietà o scritti di pubblicisti che esageravano l'importanza della versione antropologica legata all'espressività criminale dei ritratti di delinquenti, offerti abbondantemente al grande pubblico. Ciononostante la criminologia cilena ebbe anche una sua "versione ufficiale", che stimolò l'attività dalla *Oficina Central de Estadística* per la produzione di statistiche criminali (realizzate non sempre in modo preciso), generò la creazione di istituti per l'osservazione dei delinquenti (come l'*Instituto Nacional de Criminología* annesso, dal 1919, alla *Penitenciaría* di Santiago), e implementò campagne pubbliche di tipo morale, come una feroce lotta all'alcoolismo, che si credeva trasmissibile in linea ereditaria⁴⁶.

Per concludere sul "caso cileno" è interessante la lettura di un saggio di Jean Pierre Matus Acuña, professore di diritto penale, più orientato a un'analisi dogmatica della criminologia cilena (e quindi attento all'aspetto che León considerava "dotto" o "ufficiale") e intenzionato a dimostrare, contro l'opinione della maggioranza dei suoi colleghi, la rapida assimilazione di concetti positivisti e la persistenza di forme e istituti derivanti dall'antropologia criminale nella parte sostanziale e

⁴⁴ M. A. LEÓN LEÓN, *Las ideas sobre la ley y el pueblo en la construcción y consolidación de la República chilena (1810-1860)*, in "Historia Crítica", n. 36, julio-diciembre 2008, 82-101 (96).

⁴⁵ Cfr. M. A. LEÓN LEÓN, *Definiendo una antropología para el criminal en el Chile finseccular (siglos XIX-XX)*, in "Alpha: revista de artes, letras y filosofía", n. 40, 2015, 53-70.

⁴⁶ M. A. LEÓN LEÓN, *Por una "necesidad de preservación social": Cesare Lombroso y la construcción de un "homo criminalis" en Chile (1880-1920)*, in "Cuadernos de Historia" [online], n. 40, 2014, 31-59.

processuale dell'attuale diritto penale cileno⁴⁷. Alla metà del XX secolo il positivismo cileno declinava ufficialmente in mancanza di ulteriori indagini autonome dei suoi seguaci, tuttavia l'autore, prendendo in considerazione alcune disposizioni del codice di procedura penale attualmente vigente (artt. da 455 a 464)⁴⁸, la *Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*⁴⁹, e il progetto di codice penale del 2005⁵⁰ propende per la presenza nel Cile odierno, di un «positivismo contenido», primero, por el límite que representa la determinación procesal de si un hecho que demuestra la peligrosidad del sujeto es o no constitutivo de delito; y en segundo lugar, por la cuantía de la pena determinada judicialmente»⁵¹.

Volgendo un rapido sguardo all'isola di Cuba la Caimari faceva luce sulla figura dell'antropologo Fernando Ortiz (1881-1969), studente in Italia di Lombroso, fondatore della rivista "Azul y Rojo", che adattò alla società cubana la nozione di atavismo osservando la propensione dei neri verso il crimine. Nonostante le esortazioni dello stesso Lombroso a completare i suoi studi sulla stregoneria di origine africana in Cuba, si può dire che il suo lascito maggiore furono studi antropologici e etnografici sul folklore afro-cubano che pian piano si allontanarono dalla ricerca dei nessi tra razza e criminalità.

5. Per quanto riguarda il Brasile l'autrice argentina riteneva che il lombrosismo avesse dominato soprattutto il dibattito medico e sociale nei primi tre decenni del Novecento. Per questo ricordava l'illustre figura del medico e criminologo Raimundo Nina Rodrigues (1862-190) che si occupò a lungo della questione razziale, esplosa soprattutto dopo l'abolizione della schiavitù del 1888. Il "singolare rapporto" del medico brasiliano con le scienze craniometriche lo portò ad affermare, su base determinista, che i neri e mulatti fossero più predisposti al crimine e per questo formulò anche proposte di riforma legislativa in ambito penale che adeguassero le pene alla razza dei trasgressori.

La storiografia brasiliana ha mostrato la capacità di compiere analisi approfondite anche intorno agli aspetti giuridici coinvolti nella diffusione della criminologia nel più grande paese del Sudamerica, e ha mostrato interessi comparativi, forse dovuti alla frequentazione diretta di molti suoi esponenti con la scienza e l'accademia italiana.

Uno dei primi testi sul tema è apparso, infatti, nel 2005 proprio in Italia, pubblicato dalla sociologa del diritto Marcela Varejão⁵². La lunga e articolata monografia si divide in una prima parte dove vengono esposte considerazioni generali intorno alla diffusione del positivismo in Sudamerica.

⁴⁷ L'autore individuava le prime aperture al pensiero criminologico nei corsi di diritto amministrativo (!) di fine Ottocento del prof. Valentín Letelier, prendeva in esame la produzione monografica della scienza giuridica cilena per osservare come più del 60% di questa fosse collegata alla scuola positiva di diritto penale tra il 1875 e il 1920. Cfr. J. P. MATUS ACUÑA, *El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, in "Revista de derecho", v. XX, n. 1, julio 2007, 175-203.

⁴⁸ Si tratta di provvedimenti che consentono l'adozione di misure di sicurezza nei confronti di alienati mentali considerati pericolosi.

⁴⁹ La legge impone sanzioni ai soggetti che abbiano raggiunto i 14 anni di età «por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social (art. 20 ley n. 20.084)», cfr. *ivi*, 191.

⁵⁰ Nel progetto viene lasciata ai giudici ampia discrezionalità per la determinazione della pericolosità individuale senza collegarla al fatto oggetto del delitto.

⁵¹ *Ivi*, 198.

⁵² M. VAREJÃO, *Il positivismo dall'Italia al Brasile. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)*, Milano, 2005. La studiosa ha conseguito il dottorato presso l'Università Statale di Milano e ha insegnato a lungo, oltre che in università brasiliane, in Italia e in Spagna.

Dopo una riflessione sulle ragioni anticoloniali e antiecclesiastiche dell'avvicinamento della cultura sudamericana al romanticismo⁵³, l'autrice si soffermava sui maggiori protagonisti della diffusione del pensiero positivista, "esploso" intorno al 1870, citando soprattutto politici e giuristi argentini, a conferma del fatto che il giudizio sui "primati" del paese rioplatense sono ampiamente condivisi nella storiografia che abbiamo analizzata.

Il ruolo pedagogico associato alla previsione di un costante progresso dell'umanità, la capacità di adattamento a regimi politici poco democratici, il riconoscimento del determinismo come chiave per fondare una gerarchia razziale sarebbero stati, per Varejão, le caratteristiche più rilevanti della versione sudamericana del positivismo penale. A livello sociale, inoltre, altri aspetti comuni potevano essere osservati e anche scanditi cronologicamente in tre diverse "generazioni di pensiero". Il rapporto gerarchico tra *élites* e ceti (in qualche caso corrispondenti a razze) inferiori e l'ansia di modernizzazione che passò attraverso una nuova normativizzazione dei soggetti si sarebbero sviluppati in tre fasi: tra gli anni 1830-50 avrebbe prevalso un'ottica di trasformazione sociale (eccessivamente ottimista e scarsamente autonoma) influenzata dal romanticismo europeo, poi, durante il biennio 1880-1890 si sarebbero ricomposti attraverso i primi, veri, "discepoli" della cultura positivista europea, spesso tornati dall'esilio con posizioni meglio assimilate che avrebbero inciso nella vita economica sociale politica culturale in appoggio delle oligarchie (con alcune eccezioni liberali), infine nel primo ventennio del XX secolo si sarebbero stabilizzati attraverso una visione del positivismo ormai matura, legata alle specifiche condizioni nazionali, completa nella suo orientamento politico di stampo socialista, marxista e anarchico.

Le peculiarità del positivismo brasiliano, innestato in un rigoroso ordine monarchico e applicato alle singole realtà del paese, venivano poi osservate attraverso approfondite e documentate analisi, capaci di "scoprire" figure altrimenti poco note come quella di Nisia Floresta (1810-1885), pioniera del positivismo e del femminismo. L'attenzione alla "scuola di Recife", politicamente progressista e nata all'interno della facoltà di giurisprudenza dello stato di Pernambuco con finalità di contestare le dottrine di origine portoghese e francese, veniva anch'essa presentata, pur se secondo scansioni cronologiche rigide, attraverso l'analisi dei suoi protagonisti principali come Tobias Barreto e Silvio Romero. A seguito dell'esposizione delle tracce più evidenti del positivismo penalistico (produzione dottrina, istituti di identificazione e di osservazione nati presso i penitenziari) l'autrice si soffermava sulla figura maggiore del positivismo brasiliano, quel Raimundo Nina Rodrigues la cui opera esorbitò dalla scienza medica per contribuire alla definizione della identità delle classi dirigenti brasiliane, nonché per far emergere la questione razziale attraverso l'analisi del sincretismo e delle forme mitiche presenti nella memoria collettiva brasiliana.

La questione nazionale, legata all'identità dei gruppi sociali e alla cittadinanza, s'intrecciò a quella razziale e Nina la affrontò applicando le teorie del positivismo italiano, più precisamente operando una sintesi tra le idee di Raffaele Garofalo (il senso morale sorge in una certa fase biologica evolutiva e si va perfezionando nei popoli che raggiungono un certo grado di sviluppo) e quelle di

⁵³ La cultura romantica dei primi anni del XIX secolo lasciò il passo al positivismo che, però, non fu diffuso soltanto nel suo versante penalistico, entro le coordinate delle teorie comtiane e spenceriane, ma anche nella sua versione krausista, che suggeriva un collegamento tra scienza giuridica, morale e religione. Il discorso dell'autrice, che faceva forse troppo affidamento su una ricostruzione della diffusione di correnti filosofiche giunte invariate sull'altra sponda dell'Atlantico, si spostava su poi su un piano di storia politica e sociale quando osservava il sostegno che il gruppo di ex-coloni spagnoli riservarono alla diffusione del positivismo krausista per opporlo, accentuandone il fattore cattolico, alle influenze di quello laico e liberale.

Gabriel Tarde (l'omogeneità del senso morale in un popolo deriva dalle leggi di imitazione). La proposta di riforma giuridica consistette, a fronte di una contrapposizione tra un diritto astrattamente uguale e una società divisa in razze, nel separare due tipi di responsabilità penale, accertabili attraverso perizie psico-antropologiche e etniche. La fortuna e la diffusione delle idee di Nina in patria fu dovuta allo sbilanciamento dei rapporti di classe ma anche ad un atteggiamento psicologico sociale che avvertiva l'inizio di un processo di rivendicazione di diritti, non più in nome dell'uguaglianza ma in virtù della diversità, accompagnandosi al problema dell'universalizzazione dei diritti.

Da ultimo veniva analizzato il criminalista J. Vieira de Araújo (1844-1922) e il suo commento al *Codigo criminal brasileiro* "classico" del 1830; si spiegavano i suoi fallimenti nella riforma in senso positivista della codificazione penale, attraverso i limiti del suo progetto, parziale e non organico e l'incapacità di soddisfare almeno una tra le parti politiche dei progressisti e da conservatori.

Il testo che lo storico del diritto brasiliano Ricardo Sontag ha pubblicato di recente, nel 2015⁵⁴, si è concentrato proprio sulla figura di Vieira e attraverso di essa è riuscito a offrire una convincente panoramica della versione brasiliana dell'antropologia criminale. Non è mancata una riflessione che abbia intrecciato le valutazioni della scuola italiana e dei colleghi brasiliani sul contributo di Vieira in un gioco di rapporti incrociati (dall'Italia al Brasile e viceversa). L'autore ha raccolto le opinioni, i giudizi, le valutazioni espresse in riviste, prefazioni, critiche e omaggi pubblici e privati sia da parte di esponenti italiani sia brasiliani restituendo così una più dinamica e articolata analisi rispetto all'idea, più vetusta, di un Brasile "condannato" alla recezione di idee europee.

Il volume fornisce chiare indicazioni circa il metodo utilizzato poiché l'autore ha assunto esplicitamente la prospettiva che lo storico del diritto italiano Mario Sbriccoli aveva concettualizzato una trentina d'anni or sono nel celebre saggio sulla *penalistica civile*⁵⁵, per mettere in relazione dinamica i rapporti tra scienza giuridica, codificazione e legislazione in Brasile tra il 1888 e il 1899. Applicata al percorso biografico e scientifico di Joao Vieira tale scelta ha portato a identificare il discorso vieirano come parte di una tradizione locale che intendeva il contributo della scienza giuridica come "controllo razionale del diritto vigente" e non come semplice applicazione di esso. La differenza tra un positivismo penalistico brasiliano "attendista" e uno italiano riformista (aldilà delle diversità di approfondimento scientifico) era spiegata attraverso la più recente presenza, in Brasile, di un codice unitario, promulgato a pochi anni dalla raggiunta indipendenza del 1822.

Per quanto riguarda l'"autentico positivismo" di Vieira, Sontag ha ricostruito un itinerario che via via svuota di senso la domanda poiché il giurista di Recife, pur manifestando "simpatia" per Lombroso, Ferri e Garofalo (e poi dal 1888 aderendo convintamente al positivismo), aveva mostrato all'inizio della sua carriera altrettanto interesse per Francesco Carrara, riconosciuto progenitore della scuola italiana "classica". Nonostante queste oscillazioni, punto costante della attività di Vieira fu quella, di cui molto nel testo si discute e si approfondisce, di ergersi a difesa del codice penale "classico" del 1830. La "stranezza" era spiegata dal fatto che lo Vieira si era formato attraverso lo

⁵⁴ R. SONTAG, "Código Criminológico?" *Ciência Jurídica e Codificação Penal no Brasil 1888-1899*, Rio de Janeiro, 2015.

⁵⁵ Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie nel diritto penale dell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, 147-232.

studio del Codice italiano del 1889 e, comparando i due testi, aveva incontrato maggiori aperture positiviste nel diritto penale sostanziale brasiliano rispetto a quello italiano⁵⁶.

Altra differenza sostanziale tra scuola positivista italiana e brasiliana era rappresentata dalla mancanza, per i penalisti brasiliani, di avversari “classici”. In Brasile, infatti, l’assenza di «uma tradição de grandes sistematizações» portò i positivisti a rifiutare le forme tradizionali di produzione del sapere giuridico brasiliano, connotate dall’oralità e dalla retorica forense e dipendenti da quel “bachalerismo liberal” che definiva la posizione di rilevanza assoluta del ceto degli avvocati nell’ambito istituzionale.

Infine Sontag tornava sul problema della mancata approvazione dei progetti presentati da Viera per la riforma del codice del 1890 e diffidava dal motivarla attraverso un generico “eccesso di positivismo” sostenuta altrove⁵⁷. Per l’autore, infatti, la “sconfitta” di Viera fu determinata da elementi di carattere tecnico, come la proposta di introdurre il risarcimento del danno nel processo penale e l’ergastolo. Inoltre il contesto riformatore del diritto penale europeo avrebbe fatto apparire il progetto di Vieira ai suoi colleghi come anacronistico: un “troppo tardi” che capovolgerebbe la stessa spiegazione del “troppo presto” con cui Lombroso aveva giustificato la sconfitta della scuola positiva italiana nella lotta per egemonia del campo della riforma del diritto penale⁵⁸.

Le timidezze del gradualismo riformatore di Viera e lo scarso impatto del positivismo penalistico nella legislazione sono interpretate da Sontag come una dimostrazione dell’inesattezza della semplice nozione di “influenza” per descrivere il rapporto tra la criminologia italiana e brasiliana e della presenza di un contesto sudamericano nient’affatto libero da tradizioni giuridiche che invece non permisero una semplice traduzione del pensiero penalistico positivista da un lato all’atro del mondo.

Il testo di Rebeca Fernandez Dias, “Criminologia no Brasil”⁵⁹, pubblicato nel 2017, rappresenta un’operazione che mostra curiosità verso il positivismo brasiliano nel suo complesso e che sceglie di proporre una lettura prosopografica, meritevole, al di là dei limiti di ogni lettura sintetica, di mostrare i diversi (talora opposti) modi di autorappresentazione di medici e giuristi seguaci di Lombroso, confermando la tesi di un positivismo brasiliano autonomo e legato al proprio contesto sociale politico e normativo.

L’attenzione alle specificità brasiliane fa da sfondo al tentativo dell’autrice di rintracciare gli elementi comuni che avvicinavano Italia e Brasile sul finire del XIX secolo: la rapida modernizzazione della società che preludeva a nuovi rapporti tra stato e società di massa e

⁵⁶ La ragione di tale valutazione si deve alla constatazione che il *Código penal*, pur nella sua impostazione classica, consentiva, ad esempio, la possibilità per i giudici di ordinare l’internamento degli infermi di mente, irresponsabili davanti alla legge, nei manicomi criminali (anche se l’apertura di tali stabilimenti fu molto tarda come dimostra l’istituzione di un primo stabilimento a Rio de Janeiro solo nel 1921). Sontag, ancora con spirito comparativo, si è posto poi la questione del differente rapporto tra scienza e codificazione tra Italia e Brasile a partire dalla segnalazione di una delle idee “forti” di Mario Sbriccoli sulla penalistica italiana di fine Ottocento: l’impegno “civile” dei penalisti e la loro autonomia disciplinare si era legata al lungo periodo di attività che aveva impegnato la scienza per la formazione di un primo “vero” codice nazionale. A differenza della legislazione italiana, quella brasiliana era già dotata di un codice unitario di grande prestigio, che lasciava i penalisti brasiliani solo lo spazio per spiegazioni e commenti. Ecco perché i testi più significativi dello stesso Vieira erano legati al *Código Criminal* del 1830, che il giurista brasiliano commentava mostrando che, a suo giudizio, la comparazione non fosse complementare all’indagine tecnica bensì rilevava come criterio di valutazione del diritto vigente.

⁵⁷ Cfr. M. B. DE SOUZA, *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro*, São Paulo, 1982 e J. M. DE CARVALHO, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo, 1897.

⁵⁸ Cfr. C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, 1888.

⁵⁹ R. F. DIAS, *Criminologia no Brasil Cultura Juridica Criminal na primeira Republica*, Rio De Janeiro, 2017.

l'esplosione della questione sociale. All'interno il modello di uno stato liberale (ormai però in crisi), soprattutto il Brasile si dibatteva in una tensione derivata da spinte contrapposte: da un lato l'estensione di diritti protetti dalla Costituzione, dall'altro la marginalizzazione politica e economica delle classi inferiori. La peculiarità della scienza giuridica brasiliana sorta in tale contesto sarebbe stata quella di negare ogni contraddizione tra liberalismo e interventismo repressivo dello stato, evidenziando che lo stato di diritto poteva presentarsi in molte versioni diverse.

6. Lila Caimari, nel suo sintetico itinerario, non faceva riferimento alla situazione uruguaiana. Ciononostante, seppur recentemente, sono apparsi una serie di importanti contributi che hanno preso in considerazione, nel solco degli studi di storia sociale, il ruolo del positivismo nella società e nella scienza penale dell'Uruguay. Un testo rilevante è stato pubblicato nel 2011 da Daniel Fessler, storico presso la *Universidad de la República Uruguay*, con l'intento di colmare una lacuna storiografica sul tema⁶⁰. Il periodo considerato (1878-1907) corrisponde a una periodizzazione aperta e chiusa da due importanti eventi nella storia del diritto uruguaiana: l'emanazione del codice processuale penale (quello penale entrò in vigore l'anno seguente) e la soppressione della pena di morte. Un trentennio che rappresentò il momento cruciale per la modernizzazione del paese ma anche per l'apertura di una profonda riflessione sull'immigrazione, sulla criminalità in aumento e sugli gli strumenti per contrastarla, incluso un lungo dibattito sulla punizione, sui suoi limiti e sugli strumenti per applicarla. Nella trama di questa profonda trasformazione sociale e istituzionale, la criminologia positivista, diffusa soprattutto per il tramite dei "vicini" argentini, influenzò le scienze mediche e giuridiche ma anche la stampa popolare. Attraverso un'analisi capillare intorno a differenti contesti (di tesi di laurea in medicina o in diritto che vertevano su temi "criminologici", stampa colta e popolare attratte da "cause celebri", atti parlamentari, archivi carcerari e di polizia) l'autore ha analizzato il ruolo dell'antropologia criminale nella formazione discorsiva di nuove soggettività criminali tra i settori più poveri della società (con particolare riguardo all'infanzia), la sua egemonia nel dibattito abolizionista (prendendo a prestito le diverse posizioni interne alla scuola italiana sulla pena capitale) e nella riforma penitenziaria, però solo abbozzata.

Più centrato sull'aspetto dei meccanismi repressivi in Uruguay è invece il testo di Alfredo Alpini, storico uruguaiano, che offre un'analisi sul rapporto tra modernizzazione sociale, ordine pubblico e polizia⁶¹. Il periodo considerato risulta più ampio rispetto a quello scelto da Fessler: si partiva dall'indipendenza per terminare con 1916, anno delle prime elezioni a suffragio universale maschile, che segnarono la caduta del *Batllismo*, quel modello di interventismo statale inaugurato da José Batlle y Ordóñez, a lungo presidente dell'Uruguay (1903-1907 e 1911-1915)⁶². La polizia, al

⁶⁰ D. FESSLER, *Derecho penal y castigo en Uruguay (1878-1907)*, Montevideo, 2012.

⁶¹ A. ALPINI, *La policía y la ciudad de Montevideo: orden urbano y control social en la construcción del Estado moderno en Uruguay (1829-1916)*, San Miguel de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018.

⁶² Queste poche parole riescono a riassumere, a mio avviso, i cardini del progetto riformista battlista e le sue contraddizioni: «la riforma económica (promoción y concreción de la creación de empresas públicas, un modelo industrial proteccionista), la reforma rural (intentos de eliminar el latifundio ganadero, aumento progresivo de los impuestos a la tierra, diversificación de la producción agropecuaria), la reforma social (legislación obrerista y social, apoyo al movimiento obrero), la reforma cultural y moral (expansión de la enseñanza secundaria, leyes de divorcio, políticas anticlericales), la reforma política (la sustitución del Poder Ejecutivo unipersonal por un Colegiado de 9 miembros). Estas reformas fueron implementadas antes de la existencia de una democracia política con sufragio universal. Distintos historiadores, entre ellos, Barrán, Nahum y Zubillaga advierten que aquí se encontraba la paradoja del batllismo. Era un partido cuestionador del orden social, portador de un proyecto reformista en lo social y económico, no obstante,

centro dell'interesse di Alpini, svolse in Uruguay ampie funzioni pubbliche, tanto da essere considerata l'unica agenzia statale che esercitò un potere di amministrazione e di governo della città di Montevideo, almeno fino al 1860, quando il governo cominciò a sottrarle competenze per affidarle al potere politico municipale, senza che però essa perdesse poteri per la repressione autonoma dei crimini "minori". Inoltre, attraverso il dominio delle tecniche di identificazione dei criminali (che, però, restavano legate al sistema dattiloscopico e mostravano la lentezza del proprio processo di modernizzazione, anche tecnologica) la polizia arrivò a monopolizzare anche l'identificazione civile, risultando l'unica a poter emettere documenti di identità. Infine, lo studio dimostra che l'impatto della criminologia, comunque largamente diffusa nel Paese, sulla costituzione del corpo di polizia e sulle sue caratteristiche fu molto più limitato rispetto all'Argentina: «En el caso de Uruguay no existió una convergencia entre el saber académico de médicos y criminólogos y las prácticas policiales. No hubo un de Veyga, ni un Ingenieros trabajando con la policía, ni un Servicio de Observación de Alienados, ni un Depósito de Contraventores como en Buenos Aires, donde médicos y criminólogos analizaban a delincuentes y homosexuales capturados por la policía»⁶³.

7. Il testo di Alpini rileva anche come parte di una collana studi sulla storia dei penitenziari (la "Biblioteca Virtual de Historia de la Penalidad"), inaugurata nel 2016 in Argentina da José Daniel Cesano e da Jorge A. Núñez, e nata come corollario della "Revista de Historia de las prisiones"⁶⁴. Tali iniziative editoriali hanno irrobustito una tradizione storiografica che si è affermata a partire dagli anni '90 del Novecento. La riflessione sull'apertura e sulla traiettoria di questo campo d'indagine è già stata osservata, anche grazie all'attenzione che le ha dedicato il *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (MPIeR) di Frankfurt am Main attraverso l'organizzazione di incontri scientifici e la pubblicazione, dal 2015, di varie riflessioni sulla moderna storiografia latinoamericana in tema di diritto penale, di istituti repressivi e di criminologia⁶⁵. Tra queste spicca,

ambivalente y contradictorio en aceptar los fundamentos de la democracia política», ALPINI, *La policía y la ciudad de Montevideo...* cit, 283.

⁶³ Ivi, 254.

⁶⁴ <http://www.revistadeprisiones.com>

⁶⁵ O. BARRENECHE, *Las Instituciones De Seguridad Y Del Castigo En Argentina Y América Latina. Recorrido Historiográfico, Desafíos Y Propuestas De Diálogo Con La Historia Del Derecho*, (July 31, 2015), Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-04. Online a: <https://ssrn.com/abstract=2645608> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2645608>; A. CASAGRANDE, "The Active Arm of the Government" *The Police of Buenos Aires in the First Half of 19th Century* (March 1, 2015), Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-03. Online a: <https://ssrn.com/abstract=2616169> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2616169>; J. CESANO, *Criminalidad De Menores Y Sistema Penal (Latinoamérica, 1890-1950): Las Agendas Y Los Métodos En La Historiografía Regional Reciente*, (July 6, 2015). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-05. Online a: <https://ssrn.com/abstract=2617618> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2617618>; J. NUÑEZ, L. GONZALEZ ALVO, *El Porvenir Del Pasado Penitenciario. Sobre La Construcción De Una Agenda De Trabajo Para La Historia De La Prisión En La Argentina (1860-1950)* (June 30, 2015). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-06. Online a: <https://ssrn.com/abstract=2648960> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2648960>; A. AGUERO, *Ancient Constitution or Paternal Government? Extraordinary Powers as Legal Response to Political Violence (Río De La Plata, 1810-1860)* (April 1, 2016), in O. DANWERTH, K. HÄRTER, A. DE BENEDICTIS (Eds.), *Violent political conflicts and legal responses: a transatlantic perspective (18th to early 19th century)*, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, Forthcoming; Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2016-10. Online a: <https://ssrn.com/abstract=2841769>; R. DIAS, *Brazilian Criminological Thinking During the First Republic (1889-1930)* (November 1, 2015). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2016-13. Online a: <https://ssrn.com/abstract=2874851> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2874851>; M. SOZZO, *¿Más allá de una narrativa del cambio epocal? Desafíos para una mirada histórica y comparativa sobre la penalidad contemporánea* (April 30, 2018).

per il nostro discorso, il contributo di Osvaldo Barreneche, storico presso l'*Universidad Nacional de La Plata* che preparò per uno dei seminari organizzati dal centro di ricerca di Francoforte nel luglio del 2015 sulla "Historia del Ordenamiento Jurídico-Penal en América Latina. Aproximaciones históricas y conceptuales". L'autore ricostruiva l'andamento della storiografia sudamericana sulle istituzioni penali, proponendo un recupero del dialogo tra gli storici sociali e gli storici del diritto, interrotto dal momento in cui i primi, attraverso nuovi studi sui registri giudiziari, realizzarono una "invasione di campo" nel territorio storico-giuridico che fino al 1990 aveva utilizzato principalmente fonti normative, per «herir de muerte a muchas de las afirmaciones hechas hasta entonces en ese campo»⁶⁶. Poco a poco le tensioni si erano stemperate anche grazie a reciproci riconoscimenti e a numerose occasioni di confronto. In ogni caso la "nuova storia del diritto" o "storia critica del diritto", ispirata alla teoria angloamericana (E.P. Thompson, Clifford Geertz) e vincolata agli studi di Michel Foucault, fu sperimentata a partire da un testo del 1996, in cui i penitenziari latinoamericani furono considerati (per la prima volta nel loro complesso) come i catalizzatori «of a clinical, scientific view of social problems, provided the experimental grounds for the consolidation of the new sciences of crime and punishment (criminology and penology), and pioneered professional intervention that reshaped the relations between the state and the lower classes»⁶⁷. Il volume, curato da Carlos Aguirre e Ricardo Salvatore, verteva sulla nascita del sistema carcerario in America Latina e proponeva anche una cronologia del fenomeno della riforma delle prigioni in Sudamerica: dalla fondazione a Rio de Janeiro della *Casa de Correção* nel 1834 sino al 1939, anno della realizzazione di un nuovo sistema penitenziario a Cuba. Il progetto riformatore, secondo gli autori, incarnò tutti i sogni e le ossessioni dei governanti, degli scienziati, dei giuristi e delle élites e rappresentò un progetto di modernizzazione e insieme di soluzione alla questione sociale. Tra gli obiettivi di Aguirre e di Salvatore c'era anche quello di sperimentare l'adattamento del paradigma foucaultiano sulla prigione come strumento di controllo sociale e di sorveglianza al "caso" dell'America Latina e ha portato all'applicazione al fenomeno della riforma delle prigioni in Sudamerica del concetto di "traditional modernization". La specificità sudamericana, rilevabile anche attraverso lo studio dei programmi di riforma dei penitenziari, sarebbe cioè consistita in un tipo di modernizzazione sviluppata attraverso la conservazione di strutture sociali e il rafforzamento delle gerarchie razziali, di classe e di genere. Il tentativo di riforma delle carceri sudamericane, lo "scacco della prigione" nella sua variante ultraoceanica, il lavoro e le pratiche riabilitative erano interpretate attraverso uno sguardo che, per la prima volta, oltrepassava i varchi delle istituzioni repressive per osservarne i meccanismi di potere, le potenzialità di produzione di stereotipi e di rappresentazioni della criminalità a partire dalla costruzione di nuovi soggetti sottoposti all'osservazione giuridica e medica: il criminale. Tali questioni rappresentarono l'oggetto di un convegno, tenuto nell'aprile del 1997 presso la Yale University, su "Contested Terrain of Law, Justice and Repression in Latin American History", che sortì la pubblicazione di almeno altri due testi molto rilevanti in tema di storia dei penitenziari

Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2018-14. Online a: <https://ssrn.com/abstract=3291215> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3291215>.

⁶⁶ BARRENECHE, *Las Instituciones De Seguridad Y Del Castigo En Argentina...*cit., 4.

⁶⁷ R. D. SALVATORE, C. AGUIRRE, *The Birth of the Penitentiary in Latin America. Essays on Criminology, Prison reform, and Social control, 1830-1940*, Austin, 1996, 3.

sudamericani⁶⁸. Per comprendere meglio l'importanza di quell'incontro è utile citare il ricordo di Lila Caimari: la prospettiva della "New cultural history" aveva attratto gli storici sudamericani per la possibilità di usarne le capacità euristiche intorno ad un problema di storia molto recente, di cui si voleva rintracciare la genealogia, ovvero il periodo del "terrorismo di stato" degli anni '70, identificato come tratto comune della esperienza politica di gran parte dei paesi latinoamericani⁶⁹.

Da quel momento gli esami degli apparati di controllo e di sorveglianza si sono arricchiti di percorsi interdisciplinari (con etnografi, sociologi, politologi e filosofi) che hanno implementato soprattutto i temi dei penitenziari e della polizia.

La nuova *vague* di studi ha avuto echi consistenti anche in Europa se in quegli anni la rivista "Crime, Histoire et Sociétés", organo dell'*International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, pubblicò un volume speciale sulla "Histoire de la criminalité et de la justice pénale en Amérique latine" che si apriva con un articolo di Salvatore sui temi della nuova "storia della giustizia" in America Latina, in cui si faceva riferimento alla "svolta" di Yale⁷⁰.

Da allora, soprattutto in Argentina, questo filone è stato ancora posto in questione e innovato, muovendo dalle critiche che Jacques-Guy Petit rivolse nel 2003 al primo libro di Aguirre e Salvatore⁷¹. José Daniel Cesano e Jorge A. Núñez, infatti, seguendo l'invito dello storico sociale canadese al rinnovamento delle fonti idonee a consentire una lettura dell'universo carcerario che superasse l'interpretazione foucaultiana (troppo concentrata sugli attori della produzione discorsiva e troppo poco su suoi oggetti) si sono proposti di analizzare i regolamenti carcerari, le figure dei direttori e dei visitatori europei, le pratiche quotidiane dei detenuti, fondate su lavoro, educazione e religione⁷². Tali premesse hanno effettivamente prodotto un rinnovamento degli studi sul tema delle istituzioni penitenziarie ampliando lo sguardo verso contesti locali⁷³ in cui spesso le pene erano ancora applicate secondo meccanismi premoderni oppure verso specifiche istituzioni dedicate alla repressione della criminalità femminile o infantile.

Gli studi appena richiamati hanno avuto il duplice pregio di rivedere alcune radicate cronologie e di centrare le analisi sulle molteplici *applicazioni* della scienza criminale positiva in Sudamerica,

⁶⁸ C. A. AGUIRRE, R. BUFFINGTON (Eds.), *Reconstructing Criminality in Latin America*, Wilmington, 2000; R. D. SALVATORE, C. AGUIRRE, G. JOSEPH, (Eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and society Since Colonial Times*, Durham, 2001.

⁶⁹ L. CAIMARI, *Los historiadores y la "cuestión criminal" en América Latina. Notas para un estado de la cuestión*, in D. Palma Alvarado (Comp.), *Delitos, Policías y Justicia en América Latina*, Santiago de Chile, 2015, 491-507.

⁷⁰ R. D. SALVATORE, *Criminal justice history in Latin America: promising notes*, in "Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies" [Online], v. 2, n. 2, 1998, 5-14.

⁷¹ J. PETIT, "Ricardo D. Salvatore, Carlos Aguirre (Eds.), *The Birth of the Penitentiary in Latin America Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control, 1830-1940*", in "Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies" [Online], vol. 7, n. 2, 133-135.

⁷² J. NUÑEZ, L. GONZALEZ ALVO, *El Porvenir Del Pasado Penitenciario...cit.* Bisogna ricordare che già nel 2001 gli stessi R. Salvatore e C. Aguirre, nella loro introduzione a *Crime and Punishment in Latin America*, assumevano la responsabilità di uno studio ancora più legato alla *state legal culture* che alla *popular understandings of the law and its uses*, ma rilevavano che ciò fosse dovuto alla scarsa comprensione, da parte degli storici, dei meccanismi del sistema giudiziario («prerequisites and antecedents, the education of lawyers, the tensions between reformers and traditionalists, the role lawyers and judges played in the consolidation of centralized nation-states, and so forth»), i quali vanno interpretati a fondo ancor prima di poter volgere lo sguardo alla percezione della cultura giuridica da parte dei soggetti subalterni.

⁷³ Segnalo su questo punto: J. D. CESANO, *El análisis historiográfico de la prisión en la Argentina hacia giro de siglo (1890- 1920): la necesidad de una historia local y comparada. Aportes metodológicos para una historia en construcción*, in *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos 'Prof. Carlos S. A. Segreti'*, a. 5, n. 5, 2014, 303-311.

stimolando il dialogo interdisciplinare e internazionale. Inoltre, a mio avviso, questa tendenza ha avuto il merito di lasciare solo sullo sfondo la riflessione sul diverso grado di adesione e di fedeltà della criminologia sudamericana rispetto ai suoi “modelli” teorici⁷⁴. Più ci si allontana, infatti, da letture che, tenendo in massima considerazione i prodotti dottrinali della criminologia e inseguendo il pur affascinante dibattito teorico ch’era tessuto tra le due sponde dell’Atlantico, si pongono l’obiettivo di misurare la distanza di ogni autore “periferico” dalle verità scientifiche elaborate altrove, più si può concretamente mettere a frutto l’impiego delle nuove categorie ermeneutiche nate in seno agli statuti epistemologici della nuova storia sociale e del post-strutturalismo.

⁷⁴ In tal senso, invece, è ancora la lettura storiografica di D. GALEANO, *Civilización y delito, Notas sobre cuatro criminólogos argentinos*, in *Revista de Historia del Derecho*, Sección Notas, n. 45, enero-junio 2013, 265-277.

Un timido superamento dello stato penale nella legislazione italiana in materia di corruzione: prevenzione primaria e prevenzione situazionale in ciò che resta della legge n. 190/2012*

FRANCESCO SCHIAFFO

ABSTRACT

In the context of the legislation produced by the penal State highlighted and defined by Loic Wacquant within the crisis of the welfare state, some provisions of law n.190 / 2012 which not only pursue the usual and illusory strategies of tertiary prevention, but also those of primary and / or secondary prevention constitute a positive exception. They act on the real and deep causes of crime and, in a medium and long term perspective, ensure results of greater stability; in the short term, instead, equally significant results can be ensured by strategies of situational crime prevention that do not act on the causes, but on the occasion of the crime and also seem to direct certain provisions of law n.190 / 2012.

SOMMARIO: 1. L'incerto superamento dell'opzione penale nelle "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" (l. n.190/2012). – 2. L'istituzione della Autorità Nazionale Anticorruzione (art.1 l. n.190/2012). – 3. La definizione di una strategia per la lotta alla corruzione: protagonisti e forme della prevenzione. – 3.1. La legge n.190/2012 e il ruolo residuale della prevenzione terziaria. – 3.2. La prevenzione del *white collar crime*: la fondamentale teorizzazione di Edwin Sutherland. – 4. La necessità di un approccio interdisciplinare e multidisciplinare per la prevenzione della corruzione. – 4.1. La prevenzione generale: le attività di promozione sociale e culturale svolte dall'ANAC. – 4.2. La prevenzione speciale: corruzione e tecniche di autogiustificazione (Matza). – 5. I contributi della criminologia per l'analisi della corruzione e per la definizione di adeguate strategie di prevenzione. – 6. Le strategie di prevenzione situazionale e la legge n.190/2012. – 7. Il ruolo fondamentale dei piani triennali, nazionali e locali, per la prevenzione della corruzione (art.1 co.2 e 2-bis l. n.190/2012).

1. Da almeno venti anni anche nel panorama della legislazione penale italiana risulta ampiamente diffuso il modello dello "stato penale" teorizzato da Wacquant e determinato dalla crisi dello stato sociale¹.

Esso, come è noto, presuppone un diffuso sentimento di insicurezza prodotto, in molti casi, con rappresentazioni mediatiche, continue e costanti e, soprattutto, reiterate di episodi criminali che in realtà non sono necessariamente diffusi. Ne deriva la rappresentazione di emergenze criminali, basate

* Rielaborazione del testo della relazione per il II Congreso Internacional "Transparencia institucional participación ciudadana y lucha contra la corrupción" a cura del Gobierno de España - Ministerio de Economía y Competitividad e della Universidad de Las Palmas de Gran Canaria e della Universidad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife e Las Palmas de Gran Canaria, 4 ottobre 2017).

¹ L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale (Les prisons de la misère, Paris 1999)*, Milano 2000, 11, 58 ss.

su problemi che finiscono per essere percepiti in termini del tutto smisurati rispetto alle dimensioni reali della loro gravità e, soprattutto, della loro estensione e diffusione.

La risposta puntualmente proposta dalle agenzie del controllo statale condivide, nella definizione degli effetti reali da perseguire, la stessa distanza dalla realtà che caratterizza la prioritaria considerazione del problema: problemi da affrontare e soluzioni proposte sono assolutamente secondari – se non irrilevanti! – rispetto all’obiettivo reale dell’intervento statale che è il conseguimento del massimo consenso sociale.

In democrazia il parlamento è il primo interlocutore politicamente ed istituzionalmente interessato ad un clima di diffuso allarme sociale e l’esito del suo intervento, in una situazione di questo tipo, è una legislazione penale che, puntualmente, si rivela essenzialmente simbolica.

Il reale e primario obiettivo della legislazione penale prodotta sull’onda di emergenze criminali indotte dal dibattito politico e mediatico è rappresentato, infatti, da una «illusione di sicurezza, che può attirare consensi dei cittadini verso lo Stato» perché essa è essenzialmente orientata ai «valori di autorappresentazione statale e di mera rassicurazione dei consociati che, come di consueto, stanno dietro alle opzioni di prevenzione generale intimidativa»².

In questo panorama hanno rappresentato una momentanea eccezione le “disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” di cui alla legge n.190/2012.

Si tratta, indubbiamente, di una particolare forma di criminalità che non è violenta, non è predatoria, non presuppone un contatto tra l’autore e la vittima del reato e che, quindi, non è destinata a suscitare forme particolarmente diffuse di allarme sociale.

Si tratta, invece, di una criminalità che suscita allarme e preoccupazione solo nel ristretto ambito delle persone consapevoli del fatto che i pregiudizi che ne derivano coinvolgono il singolo cittadino in via non immediata, ma sono estremamente diffusi e capillari: il danno è enorme, ma resta invisibile perché non è concentrato su un’unica vittima.

Non sussistono, dunque, le diffuse condizioni emotive che determinano la convenienza politico-elettorale di una azione immediata ed evidente delle istituzioni pubbliche politicamente responsabili del controllo della criminalità. La corruzione e le altre forme di criminalità economica non creano sentimenti diffusi di insicurezza e, quindi, non possono essere strumentalizzate per aggregare consensi e intercettare flussi elettorali.

Ciò comporta, innanzitutto, un indebolimento dell’azione sociale per la prevenzione del fenomeno criminale che, in particolare, non avrà il sostegno di un diffuso consenso sociale.

D’altra parte, però, l’impossibilità e l’inutilità della strumentalizzazione della lotta alla corruzione implicano anche il notevole vantaggio di poter valutare ed adottare le migliori strategie per una prevenzione adeguata alle reali dimensioni ed alla reale complessità del fenomeno criminale: non avrebbero alcuno scopo, quindi, strategie legislative che aspirano a distogliere il singolo dalla scelta criminale con la minaccia di pena e che, in una ragione di una premessa estremamente semplificata sulle cause della criminalità, sono di agevole percezione ed ampia condivisione sociale.

È ovvio, tuttavia, che il sostegno di un ampio consenso sociale possa dare un notevole contributo alla massima efficacia di strategie preventive adeguatamente selezionate, valutate ed

² Così S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale* (1995), II ed., Napoli, 1997, 54 s., 99, 144.

elaborate in considerazione della reale complessità del problema: una informazione puntuale, approfondita e, soprattutto, rigorosamente fedele alla complessità ed alle reali dimensioni del fenomeno e della sua dannosità sociale potrebbe, tuttavia, riuscire ad evitarne la strumentalizzazione politica, al tempo stesso sensibilizzare la coscienza sociale e diventare, quindi, la prima strategia per la prevenzione del fenomeno criminale.

2. Sono essenzialmente queste le ragioni per cui, nell'equilibrio complessivo della riforma realizzata in Italia con la legge n.190/2012 e successive modifiche, assume un ruolo opportunamente ed evidentemente secondario l'opzione penale che si concretizza nella ennesima ridefinizione delle fattispecie incriminatrici previste nel codice penale.

Nella riforma, invece, emergono chiaramente altre forme ed altre strategie di prevenzione tra cui appaiono esemplari, innanzitutto, l'istituzione e le funzioni attribuite alla Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che, infatti, oggi rappresenta, nel settore, uno dei principali protagonisti del dibattito e della azione politica e giuridica.

Si tratta di una autorità amministrativa indipendente, ossia di un ente di diritto pubblico del tutto omologo ad altri enti pubblici istituiti, a partire dagli anni '90, in funzione di garanzia e tutela di interessi pubblici e collettivi nell'ambito di particolari settori, sociali ed economici. In particolare, le autorità amministrative indipendenti hanno funzioni di vigilanza, certificazione, ispezione, regolamentazione tecnica e specifica ed anche sanzionatorie che si integrano con quelle analoghe, ma più generiche degli altri settori dell'apparato statale.

Nell'ambito delle strategie di contrasto alla corruzione l'istituzione dell'ANAC e la relativa attribuzione di poteri di vigilanza e controllo e di funzioni consultive per tutte le pubbliche amministrazioni (art.1 co.1-3 legge n.190/2012) possono essere considerata esemplari di altre soluzioni, pure adottate con la stessa legge che rappresentano efficacemente la necessaria complessità di strategie preventive; esse saranno realmente efficaci e non meramente simboliche solo se definiranno un controllo multiagenziale e coinvolgeranno, quindi, innanzitutto settori dell'ordinamento diversi da quello penale.

3. In via assolutamente prioritaria la definizione di strategie che aspirano ad essere realmente efficaci nella prevenzione della criminalità postula, innanzitutto, la individuazione degli interlocutori – che saranno poi i protagonisti della azione preventiva! – e una consapevole definizione della complessità delle forme e delle strategie della prevenzione.

3.1. Sotto il primo profilo si tratta di superare, innanzitutto, l'equivoco secondo cui una efficace prevenzione possa e debba essere condotta solo dal legislatore o, comunque, con atti autoritativi da parte di chi, nella organizzazione politica, sociale e culturale della struttura statale, occupa posizioni di vertice.

Ad esiti di questo tipo, nella prospettiva essenzialmente normativa e deontologica del diritto penale, conduce innanzitutto il principio di sussidiarietà o di *extrema ratio* del controllo penale, più o meno espressamente positivizzato nei principi fondamentali del diritto penale previsti nelle costituzioni moderne.

Nella prospettiva ontologica della criminologia, invece, si tratta di trarre le necessarie conseguenze dalla consapevolezza, ormai consolidata, che la soluzione sanzionatoria è una strategia di prevenzione solo terziaria, ovvero serve esclusivamente alla prevenzione della recidiva o di comportamenti emulativi di altri consociati: solo le strategie di prevenzione primaria e secondaria, destinate a contesti macrosociali e microsociali, perseguono realmente l'obiettivo che neppure una volta accada ciò che non deve accadere³.

Solo le strategie di prevenzione primaria e secondaria, rispettivamente indirizzate a contesti macrosociali e microsociali, perseguono l'obiettivo che neppure una volta accada ciò che non deve accadere.

Ma non si tratta soltanto del profilo deontologico del diritto penale e di quello ontologico della criminologia, ma anche del profilo epistemologico della integrazione tra le due scienze.

Agli stessi risultati, infatti, perviene anche l'integrazione tra diritto penale e criminologia che il superamento della funzione retributiva della pena ha reso assolutamente necessario⁴.

Come è noto, infatti, nel modello proposto da Franz von Liszt alla fine del XIX l'integrazione tra diritto penale e criminologia era riservata esclusivamente al legislatore e considerata, quindi, solo in prospettiva *de lege ferenda*⁵. Nei nuovi modelli di integrazione, invece, anche l'operatore giuridico (id est: innanzitutto l'interprete) persegue finalità di prevenzione⁶.

In Italia, la legge n.190/2012 si colloca pienamente nel solco della massima estensione dei ruoli per la prevenzione della criminalità con l'istituzione dell'ANAC, con il coinvolgimento del Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con l'attribuzione al Prefetto del compito di fornire il necessario supporto tecnico e informativo agli enti locali per le rispettive attività di prevenzione e con la previsione della necessità di un responsabile della prevenzione della corruzione nominato in ogni pubblica amministrazione dall'organo di indirizzo politico.

3.2. Sotto il secondo profilo, invece, una consapevole valutazione e, quindi, la selezione delle strategie più adeguate alla prevenzione della corruzione ne postula la piena consapevolezza della complessità.

Un postulato decisivo, sotto questo profilo, è evidentemente il fondamentale carattere avalutativo notoriamente attribuito della criminologia, che costituisce la premessa necessaria per una esauriente comprensione di qualsiasi fenomeno criminale; la connotazione interdisciplinare e multidisciplinare della stessa criminologia ne costituisce l'esito ulteriore.

Nella evoluzione del pensiero criminologico, come è noto, un contributo tuttora fondamentale allo studio della criminalità dei colletti bianchi è stato dato nel 1949 da Edwin Sutherland⁷ che ne

³ K. PEASE, *Crime prevention*, in *Oxford Handbook of Criminology* 1994, 660 ss.

⁴ P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, 27.

⁵ F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, tomo II, 284 ss., 294 ss.

⁶ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), II ed., Berlin, 1973, 10, 40; A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Questione criminale*, 1975, 7 ss., 55 s.

⁷ E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi* (*White Collar Crime*, 1949), Milano, 1987, 3 ss., 305 ss.

fece una efficace applicazione dei fondamentali postulati della sua teoria delle associazioni differenziali⁸.

Una efficace rappresentazione della complessità del fenomeno criminale caratterizzava quella teoria. Valutazioni socio-economiche e valutazioni psicologiche confluivano, infatti, nella definizione del gruppo differenziale, nell'ambito del quale il comportamento criminale è appreso e si consolida: la teoria, quindi, supera ogni semplicistica riduzione, si colloca in una posizione intermedia tra i due grandi percorsi (individuale e sociale) solitamente rappresentati nella ricostruzione della evoluzione del pensiero criminologico ed appare, secondo autorevoli interpretazioni come la prima vera teoria criminologica che riesce ad affrancarsi realmente dal problema sociale che l'ha generata⁹.

4. Gli elementi che ne vengono fuori sono estremamente utili per la definizione della complessità della criminogenesi della corruzione e quindi per la definizione di adeguate strategie di prevenzione.

In particolare, ne risulta confermata e assolutamente consolidata la necessità di un approccio interdisciplinare e multidisciplinare che, inevitabilmente, definisce un controllo multiagenziale del fenomeno.

4.1. La prevenzione generale: le attività di promozione sociale e culturale svolte dall'ANAC. Sotto il profilo sociologico, la teoria della criminalità dei colletti bianchi segna il superamento della idea del pauperismo secondo cui la criminalità sia un problema esclusivo delle classi meno abbienti: nella storia del pensiero criminologico si è trattato di una svolta epocale (di cui subì le conseguenze lo stesso Sutherland, anche con la riduzione dei finanziamenti per le sue ricerche).

Ne risulta completata, per questo, anche la stessa teoria criminologica di Sutherland, nell'ambito della quale la aggregazione del gruppo differenziale era inizialmente spiegata come uno degli effetti della disgregazione sociale indotta in aree assolutamente marginali e caratterizzate da bassi indici di reddito o, comunque, economici.

La teoria della criminalità dei colletti bianchi, invece, definiva una associazione differenziale che, sotto ogni altro profilo appariva pienamente integrata nel contesto sociale di riferimento. Anzi, nella interpretazione di Sutherland e nei numerosi studi successivi¹⁰ proprio questa integrazione è continuamente ribadita come uno dei fattori della criminogenesi della corruzione che svolgono un ruolo decisivo e che sono difficili da contrastare: la condivisione della stessa classe sociale ovvero degli stessi ambiti di vita sociale frequentati dal criminale indebolisce inevitabilmente l'azione di chi, istituzionalmente o semplicemente per dovere civico, è tenuto al controllo ed accresce, quindi, la cosiddetta "cifra oscura" del fenomeno che, pertanto, risulta sommerso nel tessuto economico e sociale.

"Disonesto, ma non criminale" è la efficace sintesi del problema¹¹: la condivisione della classe sociale del criminale e il carattere pattizio e, quindi, non esclusivamente parassitario del crimine

⁸ E. H. SUTHERLAND-D. R. CRESSEY-D. F. LUCKENBILL, *Principles of criminology* (1924), Lanham – Boulder – New York-Oxford, 1992, 91 ss.

⁹ E. H. SUTHERLAND-D. R. CRESSEY-D. F. LUCKENBILL, *Principles of criminology*, cit., 101 ss.

¹⁰ V. RUGGIERO, *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*, Torino, 1996, 13 ss., 23 ss.; ID., *Delitti dei deboli e dei potenti. Esercizi di anticriminologia*, Torino, 1999, 121 ss.; ID., *Perchè i potenti delinquono*, Milano, 2013, 18, 27 ss.

¹¹ Cfr. A. COTTINO, «Disonesto ma non criminale». *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Roma, 2005, *passim*.

determinano l'indebolimento della percezione sociale di un problema criminale estremamente grave e, soprattutto, ne indeboliscono i termini della censura, ricadendo anche sulla scelta delle parole maggiormente condivise per rappresentarlo e definirlo.

Ancora una volta una efficace prevenzione è rappresentata, invece, da una informazione adeguata e puntuale: la posizione e il ruolo di promozione politica, sociale e culturale che, in Italia, ha assunto e continuamente interpreta l'ANAC nell'ambito della comunicazione mediatica, politica e sociale anche sotto questo profilo è estremamente utile.

4.2. Sotto il profilo individuale e psicosociale, invece, il riferimento di Sutherland all'apprendimento ed alla interazione personale nell'ambito dei gruppi introduce la necessaria rilevanza di acquisizioni di psicologia e pedagogia per la comprensione della reale complessità del fenomeno corruttivo.

Per quanto ne sia stata notoriamente e autorevolmente contestata la scientificità¹², il modello freudiano appare comunque utile per la definizione dei meccanismi di apprendimento che determinano la formazione e il consolidamento del Super-Io e della identità personale e della relativa distorsione in un contesto anomico.

Sotto quest'ultimo profilo, l'elaborazione di R. K. Merton¹³ definisce il contesto anomico in quanto caratterizzato dallo squilibrio tra mete sociali e mezzi disponibili: l'iperstimolazione delle aspettative compromette la stabilità del Super-Io e, nelle classi sociali medio-alte, la corruzione finisce per corrispondere, *mutatis mutandis*, alla criminalità predatoria delle classi meno abbienti per "innovare" la disponibilità dei mezzi necessari a conseguire mete che, altrimenti, sarebbero irraggiungibili.

Nel contrasto tra il desiderio della meta e la resistenza del Super-Io si genera un'ansia che, per il benessere psicofisico della persona deve essere assolutamente risolta seguendo percorsi razionali e coscienti; la psicologia dinamica insegna, tuttavia, che, tra i meccanismi di difesa dell'Io che comunque saranno attivati, esiste anche una razionalizzazione incosciente¹⁴.

L'esito potrebbe essere la rimozione del desiderio della meta, magari giustificata da una riduzione indotta (non spontanea e neppure sincera) della sua appetibilità ("*nondum matura est*", secondo la nota metafora della favola della volpa e l'uva raccontata da Esopo), oppure, in senso opposto, la rimozione dei freni inibitori e, quindi, la adesione a quella che, nella prospettiva di Merton, è una strategia (criminale) di "innovazione": nel nostro caso si tratterebbe, appunto, della corruzione.

In questa prospettiva, assumono una rilevanza primaria le tecniche di autogiustificazione o neutralizzazione dei freni inibitori elaborate e sistematizzate nel 1957 da David Matza e Gresham Sykes¹⁵ e recentemente riproposte in un diverso contesto da Raùl Zaffaroni¹⁶. È evidente, infatti, che nella corruzione è estremamente agevole un percorso motivazionale di negazione del danno o

¹² K. POPPER, *Science: Conjectures and Refutations* (1953), in ID., *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge* (1963), New York (New York), 2002, 43 ss., 49 s.

¹³ R. K. MERTON, *Social Theory and Social Structure* (1949-1957), New York (New York), 1968, 185 ss.

¹⁴ A. FREUD, *L'Io e i meccanismi di difesa* (1936), Firenze 1967, 51 ss.; E. JONES, *Rationalisation in every-day life*, in *The journal of abnormal psychology* 1908, 161 ss., 166.

¹⁵ G. M. SYKES-D. MATZA, *Techniques of neutralization: a theory for delinquency*, in *American Sociological Review* 1957, 664 ss.

¹⁶ R. ZAFFARONI, *La pericolosità e i crimini di massa*, in S. Moccia -A. Cavaliere, *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016, 75 ss., 93 ss.

negazione della vittima, elaborate entrambe tra Sykes e Matza tra le principali tecniche di autogiustificazione e di rimozione dei freni inibitori del comportamento deviante.

5. I dati pubblicati nel 2014 in Italia dalla Unione Nazionale delle Imprese (UNIMPRESA) rappresentavano, invece, una diminuzione degli investimenti esteri in Italia determinata dalla corruzione pari al 16% e un aumento del costo complessivo degli appalti pubblici pari al 20% con un danno per il Prodotto Interno Lordo (PIL) che, negli anni tra il 2001 e il 2011, è stimato intorno a 10 miliardi di euro all'anno.

La gravità del fenomeno che affligge tutti i Paesi dell'Unione Europea è fuori discussione.

E la criminologia ne rappresenta la estrema complessità che esige strategie di prevenzione altrettanto complesse: quelli di Merton, di Matza, di Sutherland, di Freud sono alcuni dei contributi che andrebbero assolutamente considerati per una esaustiva valutazione del problema.

Solo per esemplificare, infatti, si tratta, tra l'altro, di intervenire innanzitutto nella comunicazione sociale per rappresentare nei termini giusti la gravità del fenomeno e favorirne la consapevolezza, per evitare, magari, anche l'iperstimolazione delle aspettative che deriva dalla rappresentazione di mete irraggiungibili e smisurate o, almeno, per rappresentare adeguatamente la pari dignità di modelli culturali e sociali alternativi a quello, assolutamente dominante, di un imbarazzante benessere. Ma per fare tutto ciò bisognerebbe restituire al diritto di informazione ed alla libera manifestazione del pensiero la effettività che, in Italia, ha perso quando anche nel mercato della informazione di massa è iniziata una progressiva ed incessante privatizzazione, favorita dalla drastica riduzione del sostegno economico al servizio pubblico o comunque all'editoria.

Oppure bisognerebbe intervenire nella politica economica per una migliore e più equa distribuzione delle risorse.

In ogni caso si definiscono strategie di intervento evidentemente ed estremamente complesse: l'esito, in una prospettiva di breve o medio periodo, potrebbe essere la rinuncia per rifugiarsi, invece, in una prospettiva di lungo periodo rischiando ogni giorno lo scoraggiamento che deriva dalla scarsa visibilità di risultati.

6. Esistono, tuttavia, le tecniche di prevenzione situazionale che non sono sanzionatorie, sono trasversali alla distinzione tra prevenzione primaria, secondaria e terziaria ed agiscono, come è noto, non sulle cause profonde, ma sulla occasione del crimine; essa è determinata essenzialmente dalla assenza di un "guardiano" e dalla appetibilità dell'obiettivo, su cui agiscono le strategie di prevenzione dettagliatamente definite dai teorici della prevenzione situazionale¹⁷.

La natura realmente preventiva e non sanzionatoria delle tecniche di prevenzione situazionale implica una capillarizzazione estrema delle strategie per la prevenzione della criminalità e, quindi, la possibilità di adottarle anche in ambiti minimi della organizzazione sociale.

In questa prospettiva si collocano, per esempio, le disposizioni di cui alla legge n. 190/2012 e successive modifiche che prevedono l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di predisporre piani

¹⁷ L.E. COHEN-M. FELSON, *Social Change and Crime Rate Trends: a Routine Activity Approach*, in *American Sociological Review* 1979, 588 ss.; R.V. CLARKE, *Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope*, in *Crime and Justice: An Annual Review of Research* 1983, 225 ss.; R.V. CLARKE-M. FELSON, *Introduction: Criminology, Routine Activity, and Rational Choice*, in AA.VV., *Routine Activity and Rational Choice* (1993), a cura di R.V. Clarke-M. Felson, New Brunswick (New Jersey), 2004, 1 ss.

per la prevenzione della corruzione periodicamente rivisti (art.1 co. 2 ss. l. n.190/2012): già solo per questo risulta definito e responsabilizzato un “guardiano” che, nel piano per la prevenzione della corruzione, provvederà alla ulteriore adozione di altre strategie che potranno essere mutate dalle elaborazioni proposte dai teorici della prevenzione situazionale.

Anche in questo caso, quindi, si tratterebbe di applicare la strategia nota delle “broken windows”: anche una sola finestra rotta deve essere riparata per rappresentare la vigilanza continua e attenta di un guardiano.

Sarebbe, in altri termini, una politica di “tolleranza zero” che, tuttavia, sarebbe perseguita non solo in contesti macrosociali, ma anche e soprattutto in contesti microsociale e sarebbe comunque affidata ad attori sociali diversi dal legislatore: mai, dunque, potrebbe essere perseguita con la minaccia e la applicazione di sanzioni penali.

Si tratterebbe, pertanto, di una politica essenzialmente diversa da quella che, in palese contrasto con il fondamentale principio di sussidiarietà o di *extrema ratio* dell’intervento penale, ha generato e caratterizzato lo “stato penale”, efficacemente rappresentato da Loïc Wacquant¹⁸.

Piuttosto essa diventerebbe veicolo di messaggi culturali suscettibili di una diffusione ampia e capillare.

7. Accanto alla pianificazione ed applicazione di strategie preventive più radicali e complesse che agiscano sulle cause reali del fenomeno criminale e siano, pertanto, stabili e durature nel medio e lungo periodo, è evidente, dunque, che, nel breve periodo, le uniche strategie immediatamente efficaci per contrastare forme di criminalità sommerse che hanno ricadute altrettanto invisibili di dannosità gravissima, diffusa e capillare sono proprio le tecniche di prevenzione situazionale.

Nell’ambito delle strategie per la prevenzione della corruzione definite nella recente legislazione italiana ad esse si riferiscono i piani triennali, nazionale e locali, per la prevenzione della corruzione a cui sono obbligate le pubbliche amministrazioni centrali e periferiche ai sensi dell’art.1 co.2 lettera B e co.2-bis della legge n.190/2012 come modificati dall’art.41 del decreto legislativo n.97/2016.

¹⁸ Cfr. *supra* nota 1.

Le prerogative della persona offesa nell'incidente cautelare

D. NAIKE CASCINI

ABSTRACT

The paper examines the prerogatives of the offended person in the precautionary accident. The analysis starts from the reforms that affected the role of the victim in the criminal and then highlights the critical points of the new regulatory system

SOMMARIO: 1. Vittima, persona offesa e parte civile: nozioni e poteri. – 2. I poteri della vittima in materia cautelare. – 3. Le criticità della “nuova” struttura normativa. – 4. La sanzione della inammissibilità: la sua deducibilità e il potere di impugnazione della persona offesa.

1. Da tempo, ormai, si va delineando nel sistema processuale una marcata attenzione nei confronti dell'offeso dal reato. E non si tratta più solo del fascino esercitato a livello scientifico dalla “vittimologia”, ma di una tensione che affiora sia nel panorama delle fonti normative, sia nello sforzo pragmatico di ridisegnare una giustizia penale efficiente e credibile¹. Diversi sono stati gli interventi normativi che nel corso degli anni hanno tentato di assegnare alla vittima un ruolo attivo nel processo penale, senza però offrire in maniera chiara una definizione di ‘vittima del reato’. Circoscrivere il concetto di vittima non è affatto operazione semplice. Tuttavia, appare necessario cercare di rintracciare una definizione unitaria del concetto². Individuata la “figura” si può riflettere sui nuovi metodi di tutela predisposti dalle fonti europee³.

Per fornire una definizione di vittima occorre prendere le mosse da quella vecchia concezione emotiva secondo cui – siccome nel processo penale doveva essere neutralizzata ogni tipo di vendetta – l'offeso non deve avere alcun potere punitivo, in quanto questo sarebbe stato usato sulla spinta di sentimenti di vendetta. In verità, ancora oggi ci troviamo a trattare del ruolo della vittima come portatore di emotività più che titolare di diritti⁴.

¹ E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito, D. Chinnici, Milano, 2017, 145 ss. E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, 16. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 13 ss.

² E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, cit. 145 ss.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, 113 ss.; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 63 ss.; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *questa Rivista*, 2014, 1789 ss.; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2014, 115 ss.

³ L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 527 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato: «à la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, I, *Teoria del diritto penale, criminologia politica criminale*, Milano, 2006, 957 ss.

⁴ E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, cit. 145 ss., A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 37 ss.

La nozione di vittima è tradizionalmente utilizzata nei confronti di ciascun soggetto che abbia subito un pregiudizio fisico o mentale, sofferenze emotive o danni materiali determinati direttamente da condotte lesive di norme penali⁵. È un concetto vago, che stride con le esigenze del diritto processuale penale, che esige un linguaggio chiaro e rigorosamente tecnico. Infatti, nel sistema processuale l'attenzione si sposta su altri soggetti che patiscono le conseguenze della condotta penalmente rilevante: persona offesa del reato, soggetto passivo e danneggiato. La persona offesa è «il titolare dell'interesse specificamente tutelato dalla norma incriminatrice»⁶. In tal senso la figura della persona offesa e quella del soggetto passivo possono combaciare. Il danneggiato, invece, è colui che subisce il danno letto in senso civilistico. Se ne deduce che la figura di vittima si avvicina a quella della persona offesa piuttosto che a quella del danneggiato⁷.

Guardando al panorama sovranazionale il concetto di vittima non corrisponde: la vittima viene qui identificata in colui che subisce una lesione di un diritto tutelato dalla Convenzione⁸. Da ultimo, secondo la normativa dell'Unione europea, per vittima si intende «la persona fisica che ha subito un pregiudizio anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro»⁹. Viene poi particolarmente valorizzata la cosiddetta vittima vulnerabile, non per enfatizzarne il ruolo nel processo, ma per garantirle maggior assistenza e protezione, quale soggetto da tutelare mediante modalità speciali idonee al suo stato emotivo. La vittima vulnerabile rappresenta una categoria di soggetti lesi dal reato bisognosa di una definizione autonoma in virtù dell'esigenza ulteriore di prevenire esperienze traumatizzanti¹⁰. Vi rientrano diverse classi di persone, dai minori ai disabili, ed altre tipologie individuate in base al tipo di reato commesso o del quale sono testimoni. Non si può, inoltre, dimenticare che spesso il concetto di vittima è coincidente con quello di testimone vulnerabile. Sebbene si tratti di figure assolutamente distinte, la vittima vulnerabile è spesso sottoposta ad un regime assimilabile a quello cui soggiace il testimone in condizione di debolezza¹¹.

2. A partire dalla Direttiva 29/2012/UE volta ad istituire “norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima da reato”, è andata via via crescendo la consapevolezza che il reato non è solamente lesione arrecata alla società, bensì anche violazione dei diritti individuali, e di fornire in tal modo una tutela nuova ad un soggetto nuovo nella scena processuale¹².

Focalizzando l'attenzione sulle garanzie riconosciute alla vittima di reato nell'incidente cautelare, troviamo un microsistema strutturato su misure non custodiali, volte alla protezione di

⁵ G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 4055; E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, cit., 145 ss.

⁶ M.G. AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, 319 ss.

⁷ A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 50.

⁸ P. PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 593 ss.; C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis - G.P. Voena, VIII, Milano, 2003, 155 ss.; G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, cit., 4055 ss.

⁹ Art. 1 Decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel processo penale. Definizione che è stata ripresa e ampliata dalla Direttiva 2012/29UE che ha ritenuto la vittima come quella persona che ha sofferto un danno anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche a causa di un reato.

¹⁰ S. BUZZELLI, *Il panorama delle garanzie a protezione della "fonte fragile": il contesto europeo*, in *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2008, 10.

¹¹ E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, cit., 145 ss.

¹² G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Legisl. pen.*, 2006, 387.

quest'ultima dall'indagato/imputato pericoloso¹³. Lo scopo perseguito è quello di prevenire episodi di re-vittimizzazione primaria causati da atti intimidatori o violenti. Si tratta di una «profilassi criminale altamente selettiva, concentrata su particolari categorie di vittime, realizzata di regola sulle prime battute del procedimento penale, fondata sull'urgenza (quindi su dati estremamente mutevoli e provvisori), contro soggetti di cui la responsabilità non è ancora accertata»¹⁴. Il rischio è quello di una tutela incontrollata e preventiva¹⁵. Sono diversi i contesti considerati: nel primo, quello precautelare, si prevede l'arresto obbligatorio in flagranza per una serie di delitti, tra i quali non possono tacersi i maltrattamenti contro familiari o conviventi, lo stalking, e i reati a sfondo sessuale; e la misura dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare (art. 384-bis c.p.p.)¹⁶.

Il secondo è quello cautelare: qui il sistema di tutela è costruito dalla misura dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis c.p.p.) e dal divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima (art. 282-ter c.p.p.). Ulteriori tutele vengono garantite da una vasta serie di diritti informativi, nello specifico con riferimento ai delitti commessi con violenza alla persona: la polizia giudiziaria è tenuta a comunicare i provvedimenti di revoca e di sostituzione delle misure cautelari non custodiali (art. 282-bis, 282-ter e 283-286 c.p.p.) ai servizi socio-assistenziali¹⁷, al difensore della vittima e, in mancanza di questo, alla vittima stessa. Non sono, invece, predisposte comunicazioni per quanto attiene la revoca o la sostituzione di altre misure cautelari, anche più gravi di quelle previste dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.¹⁸, dinanzi a casi di declaratoria di estinzione della misura cautelare nelle ipotesi previste dall'art. 300, co. 3 e 4, c.p.p., e nell'ipotesi di scadenza di termini ex art. 306 c.p.p.¹⁹.

Il più incisivo tra i poteri assegnati alla vittima è probabilmente quello di depositare memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p. Tale strumento può avere un grande risonanza ed impatto in special misura quando può essere incisivo sulla decisione del giudice, in maniera specifica quando la vittima fornisce mediante tale strumento dati utili a rilevare una possibile ripresa delle condotte pericolose da parte dell'imputato e, quindi, assolutamente funzionali ad orientare la valutazione del giudice. Alla vittima, ancora, devono esser comunicati, qualora ne faccia richiesta, i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, l'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare

¹³ D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 469; P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3472; F. ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 651.

¹⁴ P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato*, cit., 134 ss.

¹⁵ D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile il rischio di una incontrollata prevenzione*, cit., 467.

¹⁶ L. CESARIS, voce *Sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori*, in *Dig. pen.*, vol. XIII, 1997, 472; P. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, a cura di L. Giuliani, 2015, 157 s.; F. CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Napoli, 2015, 27 s.; G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., 1146-1148.

¹⁷ P. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, cit., 157 ss.

¹⁸ P. BRONZO, *Profili critici a tutela dell'offeso*, in *Cass. pen.*, 2012, 3472; ID., *Misure cautelari penali e reati familiari*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, in *Delitti contro la famiglia*, vol. X, Napoli, 2011, 745.

¹⁹ H. BELLUTA, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, 154; M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., 88.

o del condannato, la volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva (art. 90-ter c.p.p.)²⁰.

Queste informazioni possono essere taciute solo nel caso in cui risulti un pericolo concreto per l'indagato derivante da possibili azioni ritorsive.

La vittima è invece assente nelle dinamiche del giudizio di riesame, ambito di tutela assoluta nei confronti delle ragioni dell'indagato.

3. Questa "nuova" struttura è seriamente discutibile. Il nuovo assetto non sembra essere idoneo a centrare l'ambizioso obiettivo del legislatore (conferire un ruolo attivo della persona offesa), dato che l'art. 299, co. 3, e 4-bis c.p.p. non si spinge fino al punto di riconoscere alla persona offesa una forma di «contraddittorio cartolare» in suo favore²¹. Il deposito della memoria non comporta alcun effetto di questo genere²²: esso non genera alcun obbligo nei confronti del giudice cautelare, il quale non dovrà necessariamente rispondere né dovrà tenerle in considerazione al momento della decisione²³. Inoltre, non viene riconosciuto all'offeso alcun mezzo per potersi dolere dell'ordinanza di revoca o di modifica della coercizione nel momento in cui il giudice ignori totalmente gli argomenti esposti nella memoria. Il legislatore, infatti, non ha previsto alcun tipo di invalidità al verificarsi di tali situazioni²⁴.

Sul punto, dunque, si potrebbe dire che il ruolo di primo piano della vittima è solo apparente, e per converso, si registra un netto peggioramento dei diritti dell'imputato.

Infatti, la legge non prescrive alcun dovere di comunicazione dell'avvenuto deposito della memoria presentata dall'offeso nel procedimento di revoca o sostituzione della cautela. Di conseguenza, visti i tempi ristretti stabiliti per la decisione, vi è la possibilità concreta che il prevenuto non disponga delle condizioni materiali per conoscere (ed eventualmente per ribattere) le ragioni addotte dalla "controparte", in dissonanza con il principio di parità delle armi, pure secondo l'applicazione fatta propria dalla giurisprudenza di Strasburgo²⁵.

²⁰ E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, I, Milano, 1989, 534; Giarda, *La persona offesa dal reato: appunti alla ricerca di un ruolo processuale*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso-F. Peroni, Piacenza, 2010, 413.

²¹ M. GUERRA, *Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare*, in *Cass. pen.*, 2017, 2535 ss.; H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di mura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, cit., 2. Contra, M. BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, cit., p. 162; A. POTETTI, *Il nuovo articolo 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, cit., 975.; A. PROCACCINO, *L'evento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in AA.VV., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 79.

²² S. CIAMPI, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 291.

²³ F. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario*, cit., 11; S. ALLEGREZZA-A. MOSNA, *Commento all'art. 48 Carta di Nizza*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini, Milano, 2017, 971; M. GUERRA, *Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare*, cit., 2535.

²⁴ A. PROCACCINO, *L'evento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, cit., 90; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quad. Cost.*

²⁵ Si pensi all'indagato detenuto che, senza avvalersi del difensore, abbia presentato una richiesta di scarcerazione.

Altro passaggio poco chiaro attiene l'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere di essere informati²⁶. Preliminare alla risoluzione di tale quesito appare l'individuazione della definizione di “delitti commessi con violenza alla persona”²⁷.

Questa espressione è stata introdotta dal legislatore per individuare una categoria di persone offese cui riconoscere una tutela rafforzata in termini di diritti di informazione nel corso del procedimento.

È da ricordare, infatti, che, oltre alle citate previsioni contenute negli artt. 90-ter e 299²⁸, c.p.p., l'art. 408, co. 3-bis, c.p.p., prevede, sempre con riferimento ai delitti commessi con violenza alla persona, l'obbligo di notifica alla persona offesa dell'avviso della richiesta di archiviazione del procedimento avanzata dal pubblico ministero, a prescindere dalla richiesta dell'interessato di essere informato che, invece, è la condizione necessaria secondo le regole ordinarie²⁹.

Si tratta di una disciplina speciale rispetto a quella prevista per le vittime delle altre fattispecie criminose che va anche oltre le garanzie minime prescritte dalla normativa europea, che, infatti, condiziona comunque l'esercizio del diritto all'informazione, con riferimento sia all'esercizio dell'azione penale che in sede cautelare, alla richiesta della persona offesa di voler essere informata³⁰.

Ebbene, non può non evidenziarsi come la perimetrazione di tale tipologia di delitti sia quanto mai complessa, soprattutto perché la nozione di “violenza alla persona” non trova una definizione normativa e non è tale da richiamare con evidenza una determinata serie di reati.

Peraltro, suddetta categoria, non è nemmeno codificata nelle disposizioni di fonte europea sulla tutela delle vittime³¹ quale presupposto per azionare uno statuto di garanzie rafforzato; ciò che viene imposto agli Stati, difatti, è di assicurare forme minime di tutela «almeno nei casi in cui sussista un pericolo o un rischio concreto di danno nei confronti della vittima...»³²; oppure nei casi di «*gravi reati*»³³. Sicché appare assai difficile delimitare un unitario concetto di violenza, in mancanza di una fattispecie che incrimini autonomamente la violenza. In sostanza, parrebbe che il legislatore in maniera volontaria ometta di codificare una definizione di violenza alla persona, stante l'infinita varietà di forme, di diversa gravità ed intensità, in cui la stessa si manifesta, non riconducibili, ad un fatto unico ma integranti diverse fattispecie di rilevanza penale³⁴.

²⁶ D. FONDAROLI, *Diritto penale, vittimizzazione e “protagonismo” della vittima*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2014, n. 1, 74; M.E. CATALANO, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 522.

²⁷ F. PERONI, *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 868.

²⁸ A. POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto-legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, 971 ss.

²⁹ J. DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; L. Tavassi, *Lo statuto italiano della “vittima” del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 3, 109; R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale*, in M. Bargis, H. Belluta, *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 167 ss.; L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. 212/2015*, in *Dir. proc. pen.*, 2016, n. 7, 845.

³⁰ F. ZACCHÈ, *Il sistema cautelare e tutela della vittima*, cit., 219 ss.; A. SCALFATI, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in *Le misure cautelari riformate*, Torino, 2014, 6-7; M. CERESA-GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³¹ F. ZACCHÈ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, cit. 296 ss.; G. CANZIO, T. RAFARACI, S. RECCHIONE, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010.

³² Art. 6, par. 6, Dir. 2012/29/UE; art. 56 della Convenzione di Istanbul del 2011.

³³ Art. 11, Dir. 2012/29/UE.

³⁴ D. FONDAROLI, *Diritto penale, vittimizzazione e “protagonismo” della vittima*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2014, n. 1, 74; E.M. CATALANO, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 522.

Le incertezze che attengono alla definizione della categoria “delitti commessi con violenza alla persona”³⁵ potrebbero determinare ritardi nelle decisioni di liberazione o modificazione in meglio della cautela, soprattutto se si considerano, per un verso, la sanzione processuale dell’inammissibilità della richiesta prevista in caso di omessa comunicazione, e dall’altro, l’inutile appesantimento della procedura derivante dall’effettuazione di comunicazioni nei casi in cui non vi sia univocità di posizioni, proprio per scongiurare detta inammissibilità³⁶.

Di non poco momento risulta un’ulteriore questione: la possibilità di ricomprendere tra le vittime dei delitti commessi con violenza alla persona quelle del tutto occasionali, cioè coloro le quali non abbiano avuto un preesistente rapporto interpersonale con l’autore del reato. Se inizialmente sul punto si è registrato un contrasto interpretativo secondo cui per un primo orientamento, restrittivo, l’onere di informazione è da escludere in tutti i casi di vittima soltanto occasionale del delitto violento; per un secondo a portata sicuramente più ampia, si è ritenuta scorretta ogni forma di delimitazione concettuale volta a valorizzare rapporti pregressi, tipi di relazioni o altri parametri sostanziali cui il legislatore non ha inteso dare ingresso nella selezione dei presupposti operativi dell’istituto³⁷.

In altri termini, alla luce di tale secondo orientamento la categoria dei “delitti commessi con violenza alla persona” non richiede quale presupposto aggiuntivo un profilo relazionale-affettivo tra autore e vittima del reato, con la conseguenza che lo statuto a favore delle vittime dei reati violenti trova applicazione anche nei casi di cd. violenza occasionale. Il contrasto può agevolmente risolversi alla luce della *ratio* delle novelle del 2013, che sembrerebbe proprio quella di garantire alla vittima di reato commesso con violenza alla persona, anche al di fuori di una pregressa relazione affettiva, un diritto all’informazione e alla protezione, in ossequio alla Direttiva 2012/29/UE; di conseguenza, non parrebbe conforme alle prescrizioni europee limitare l’operatività dell’obbligo di informazione ai delitti commessi con violenza maturati nell’ambito di rapporti domestici o interpersonali preesistenti tra l’autore del reato e la vittima³⁸.

³⁵ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 13.

³⁶ Sull’individuazione del concetto di reati con violenza sulla persona si veda Cass. pen., sez. un., n. 10959, del 29 dicembre 2016, la quale si pronuncia sul seguente quesito in tema di obbligo di comunicazione della richiesta di archiviazione, ovvero: «se l’espressione normativa “violenza alla persona”, di cui agli artt. 408, comma 3-bis, c.p.p., introdotto con l’art. 2, comma 1, lett. g), d.l. 1 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni, con la legge 15 ottobre 2013, n. 119, e 393 e 649, comma 3, c.p., comprenda le sole condotte di violenza fisica o includa anche quelle di minaccia, e se di conseguenza il reato di cui all’art. 612-bis c.p. sia da ritenere incluso fra quelli per i quali l’art. 408, prevede la necessaria notifica alla persona offesa dell’avviso della richiesta di archiviazione. Sentenza ha inteso l’espressione “violenza alla persona” in senso ampio, comprensiva cioè non solo delle aggressioni fisiche ma anche morali o psicologiche, facendo rientrare in tale categoria anche lo *stalking* come ipotesi “significative” di violenza di genere che richiedono particolari forme di protezione a favore delle vittime.

³⁷ H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di mura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³⁸ J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1873; M. GUERRA, *Questioni in tema di diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa nell’incidente cautelare*, cit., 2535.

4. L'omessa comunicazione all'offeso della richiesta di revoca o sostituzione *in melius* della misura coercitiva ne comporta l'inammissibilità; in tal modo, il legislatore ha voluto assicurare effettività al diritto di interlocuzione della persona offesa³⁹.

In proposito, sorge il problema della individuazione delle ulteriori conseguenze configurabili nell'ipotesi in cui il giudice non rilevi il sussistente vizio-inammissibilità e adotti comunque il provvedimento decisorio.

Questa tematica è strettamente collegata al più generale fenomeno della invalidità derivata, secondo cui l'invalidità di un atto si propaga a quelli successivi che da esso dipendono, che, sebbene disciplinata espressamente in tema di nullità, avendo carattere generale per ogni specie d'invalidità, risulta applicabile anche con riferimento all'inammissibilità. L'inammissibilità della richiesta che introduce il sub-procedimento cautelare potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice, in ogni stato e grado dell'incidente cautelare, senza che operi in sede di appello *de libertate* la limitazione derivante dal principio devolutivo di cui all'art. 597 c.p.p., proprio in quanto viene in gioco la legittimità del provvedimento impugnato che, appunto, non ammette sanatorie non previste per legge⁴⁰. Ulteriore questione delicata riguarda la possibilità di riconoscere la legittimazione della persona offesa ad impugnare direttamente il provvedimento *de libertate* colpito da invalidità derivata, stante il difetto della notifica, oppure il mancato rispetto del decorso del termine di due giorni prescritto per il deposito delle eventuali memorie⁴¹.

In altri termini, sorge il quesito se, alla luce delle riforme che hanno introdotto il diritto di interlocuzione della persona offesa nell'incidente cautelare⁴², sia superabile la tradizionale posizione che esclude un potere di impugnazione cautelare della persona offesa, e che, in forza del principio di tassatività, individua nel pubblico ministero la parte processuale legittimata a far valere le invalidità derivanti da violazioni di disposizioni poste a tutela della persona offesa.

Fortunatamente, il legislatore, nonostante le interpolazioni al codice di rito, non ha inquadrato la persona offesa come "parte processuale" e, pertanto, non ha riconosciuto precise conseguenze processuali all'ipotesi di violazione del diritto di partecipazione, né ha predisposto un meccanismo di tutela dell'offeso sul tipo di quello previsto nella procedura di archiviazione, e neppure sono state modificate le norme processuali di cui agli artt. 310 e 311 c.p.p., che, appunto, tra i soggetti legittimati ad impugnare una decisione cautelare non contemplano l'offeso.

In conclusione, è sicuramente vero che il ruolo della persona offesa ha acquisito spessore nella tematica cautelare, ma ciò nonostante sembra opportuno lasciare la materia appannaggio della triade pubblico ministero, giudice, indagato. È assai opinabile uno spazio di interlocuzione della persona offesa nelle impugnazioni cautelari. In riferimento al riesame, militano in senso contrario la

³⁹ M.R. MARCHETTI, *L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁴⁰ F. NICOLICCHIA, *Commento ad d.l. 14 agosto 2013, n. 93*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, Milano 2015, 2045 ss.; H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti*, cit.

⁴¹ E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1804.

⁴² S. RECCHIONE, *Il decreto-legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; M. BONTEPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di A. Diddi, R. Geraci, Torino, 2015, 151. In senso opposto, si vedano G. Amato, *I giudici limitano l'attuazione della nuova disciplina*, cit., 19-20; A. POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 977 ss.; F. ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, cit., 671 ss.; Cass. pen., sez. II, 14 ottobre 2015, Quadrelli, in *Mass. Uff.*, n. 265094.

considerazione che l'offeso è assente già nella fase applicativa, nonché la tipologia del giudizio⁴³: un giudizio costruito in chiave “difensiva”, volto a riequilibrare l'irrogazione di un provvedimento *inaudita altera parte*, che si presa male ad ospitare un ulteriore “accusatore”⁴⁴. Più complesso potrebbe essere escludere la partecipazione della persona offesa alla fase dell'appello cautelare, specialmente nelle ipotesi in cui si impugni un'ordinanza di revoca, perché nel relativo procedimento la vittima ha interloquito.

Ciò nondimeno anche in questo caso però sarebbe opportuno escludere la partecipazione dell'offeso: considerata la delicatezza del *thema libertatis* la presenza dell'offeso sarebbe ingombrante e potenzialmente forviante per il giudice.

Dunque, tale ricostruzione evidenzia come le nuove prerogative dell'offeso se, da un lato, appaiono incrementarne la tutela, dall'altro, generano confusioni interpretative per due ordini di ragioni: le interpolazioni compiute sul codice di rito risultano assolutamente frammentarie e non sistematiche, tali da rendere ancora più difficile il compito dell'interprete nel contemperamento tra i confliggenti diritti, rispettivamente, dell'indagato ad una pronta decisione sulla propria libertà personale, e della vittima del reato alla propria difesa e protezione. Si corre il rischio che vengano adottate nella prassi soluzioni costituzionalmente e convenzionalmente conformi, ma nelle quali i nuovi diritti riconosciuti alla persona offesa, da un lato, rimangono mere enunciazioni, e, dall'altro, rappresentino oneri che incidano ingiustificatamente sulle garanzie di libertà dell'imputato⁴⁵.

Di certo, permettere all'offeso di partecipare alle impugnazioni cautelari sarebbe una stortura ed una forzatura del sistema⁴⁶.

Dunque, se è fondamentale incrementare il ruolo della vittima nel processo penale, affidare al solo processo penale la funzione di protezione delle vittime porterebbe ad una sicura deriva, laddove invece è opportuno che la tutela della vittima abbia luogo soprattutto prima e al di fuori del processo. Il *trend* “vittimocentrico” non può condurre al deprezzamento delle tutele penali che trovano sede e fondamento nella Costituzione, soprattutto quando si è dinanzi alla tutela del fondamentale principio della libertà dell'individuo⁴⁷.

⁴³ P. SPAGNOLO, *Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio ingombrante*, in *Cass. pen.*, 2017, 3482.

⁴⁴ P. SPAGNOLO, *Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio ingombrante*, cit., 3482.

⁴⁵ A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2010, 41; PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, cit.

⁴⁶ P. SPAGNOLO, *Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3417. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, cit. 41 ss.; R. KOSTORIS, *La tutela della persona offesa nel procedimento penale*, in *Atti dei Convegni Lincei*, cit., 46 ss.; D. FONDAROLI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti costituzionali*, Padova, 2008, *passim*.

⁴⁷ E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 145 ss.

Stalking: prova dello stato d'ansia, sorveglianza speciale e possibili prospettive di giustizia riparativa

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

The evidence is affected by the procedural implications arising from the vagueness of the stalking crime's structure. The consequences are even clearer in the prevention proceeding. Nevertheless, the legislator rules out any form of restorative justice, favoring the sanctioning symbolism.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prova del nesso causale. – 3. Le dichiarazioni della vittima. – 4. Lo *status* di indiziato di atti persecutori. – 5. La procedibilità a querela. – 6. L'incompatibilità 'politica' tra *stalking* e condotte riparatorie.

1. La ragionevolezza, come canone di conformità ai principi costituzionali, esplica una funzione essenziale nell'individuazione dei parametri minimi di legalità del *giusto processo*; soprattutto in quelle situazioni in cui si eleva la tipologia di reato ad indice differenziale delle forme probatorie e, quindi, dei metodi di conoscenza. Eppure, non si può fare a meno di constatare lo 'sbilanciamento' sul piano dei valori/principi in gioco, dovuto alla filosofia della protezione dei soggetti deboli, la cui tutela appare differenziata a detrimento di una disciplina caratterizzata da equilibrio, pur tenendo conto della particolare delicatezza dei fatti di reato, perpetrati nei confronti di tali soggetti.

Vero è che, su questo versante, il processo di trasformazione degli assetti ordinamentali è stato avviato da fonti europee che prediligono opzioni di prevenzione negativa in termini di dissuasività, ricorrendo all'aumento dei contenuti repressivi della risposta penale, inasprimento, peraltro, sostenuto dall'uso di clausole generali e di definizioni vaghe. Non sono mancate, poi, spinte efficientistiche¹, che hanno finito con lo snaturare la funzione di accertamento del processo.

Basti pensare ai binari speciali in relazione a taluni delitti; ai riverberi sull'attività probatoria e, quindi, all'attività conoscitiva del giudice; allo smarrimento della dimensione più concreta ed appagante del contraddittorio – quella dialettica! –².

¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 23 ss.; L. LUPARIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?* in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Luparia, Torino 2012, 36; C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1390; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1801; L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 845 e 846; M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 299.

² Non a caso, gli interventi legislativi hanno avuto ad oggetto le misure pre-cautelari e cautelari, l'incidente probatorio, il termine delle indagini preliminari, la richiesta di archiviazione, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, l'esame testimoniale delle vittime vulnerabili, la priorità di trattazione dei procedimenti, il patrocinio a spese dello stato. Più specificamente, il legislatore ha prescritto che e: a) al momento dell'acquisizione della notizia di reato le parti offese (di qualunque reato) siano informate dei diritti e delle facoltà loro attribuite per legge, ex art. 101 co. 1 c.p.p.; b) in occasione della revoca o sostituzione delle misure cautelari personali applicate all'imputato, le persone offese dei delitti commessi con violenza alla persona debbano essere immediatamente informate (art. 299 co. 2-bis c.p.p.); c) la richiesta di revoca o di sostituzione delle misure cautelari coercitive debba essere contestualmente notificata alle persone offese dei delitti

Per questa via le esigenze di sicurezza sociale, pur esprimendo una legittima aspirazione, hanno comportato la perdita di centralità del contraddittorio come metodo ‘costituzionale’ di ricostruzione ‘processuale’ di un accadimento storico. Si è avuto così il cedimento del presupposto epistemologico secondo cui la verità si manifesta, anzi si ‘tradisce’ contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto tra *tesi* ed *antitesi*, in un rapporto di immediatezza con il giudice, che esclude intermediazioni con il dichiarante/fonte di prova³. E sarebbe senza dubbio antidemocratico dover constatare che la gravità del reato e lo *status* della vittima siano elementi sufficienti ad autorizzare affievolimenti delle garanzie processuali per l'accusato, situazione soggettiva, questa, che dovrebbe rispondere all'opposta regola ‘morale’ del processo, cioè, dell'espansione delle garanzie in ragione della maggiore gravità del fatto⁴.

In altra direzione, invece, conduce l'abuso dell'accezione ‘sicurezza sociale’⁵, che – addirittura – pare giustificare l'uso del processo come mezzo di neutralizzazione della pericolosità di un indiziato in relazione a quella storicità del fatto, che, sovente, non assurge a tipicità offensiva.

2. Ora, non si vuole porre qui in discussione la gravità delle manifestazioni di violenza nelle relazioni tra sessi, di cui gli atti persecutori costituiscono un reato ‘spia’, ma si vuole richiamare l'attenzione sulla spettacolarizzazione del fenomeno da parte dei *mass media*, che alimenta soltanto le tendenze autoritarie della giustizia criminale.

Ad oggi, infatti, non vi è stato alcun intervento legislativo che abbia influito, sia pure marginalmente, sulle cause di tali comportamenti violenti nella prospettiva di una reale ed effettiva politica di prevenzione.

Il vizio è, quindi, di metodo. Il problema è stato affrontato con la tecnica dell'anticipazione della tutela in chiave di simbolica rassicurazione dei consociati; i risultati sono stati, da un lato, l'inclusione degli atti persecutori tra i reati presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e, dall'altro, la loro esclusione dall'ambito applicativo della causa di estinzione del reato, *ex art. 162 ter c.p.* E nell'intento di favorire l'espansione della tutela penale attraverso l'opera di mediazione della giurisdizione sono state disattese le istanze di determinatezza/tassatività; ne costituisce un'ulteriore esemplificazione la circostanza aggravante di cui all'art. 609-ter co. 5-*quater* c.p., per l'ipotesi in cui i fatti siano commessi «nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza». Non sfugge il rilievo che l'elasticità della locuzione *relazione affettiva* si presta a comprendere l'esistenza di ogni legame stretto tra l'abusante e la persona offesa dal quale sia scaturita, quantunque in un breve lasso di tempo, «una comunanza di amabili sentimenti che, se anche non sfociati in pregressi rapporti sessuali, si siano tradotti in un *idem sentire*, in piacevoli emozioni, in premure, nell'assunzione, anche solo potenziale, di doveri di umana

commessi con violenza alla persona (art. 299 co. 3 e 4-*bis* c.p.p.); d) l'avviso della richiesta di archiviazione debba essere notificato alle persone offese dei delitti commessi con violenza alla persona (art. 408 co. 3-*bis* c.p.p.); e) l'avviso di conclusione delle indagini preliminari debba essere notificato alle persone offese del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, di cui all'art. 572 c.p. e di atti persecutori, di cui all'art. 612-*bis* c.p. (art. 415-*bis* co. 1 c.p.p.).

³ G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 225.

⁴ C. IASEVOLI, *L'immediatezza nel rapporto tra giudice e prova*, in *Ind. pen.*, 2018, 191

⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ed. II, Napoli, 2011, *passim*.

solidarietà, situazioni che, configurabili anche alternativamente tra loro, non costituiscono prerogativa delle sole coppie di fatto o conviventi»⁶.

In poche parole, il *deficit* di determinatezza/tassatività della locuzione *relazione affettiva* delega al giudice la qualificazione e l'interpretazione di una norma confezionata in maniera approssimativa, modellando il fatto al diritto nella sola ottica di un risultato pratico⁷. Ma tale conformazione del *fatto* al *diritto* non è altro che una tecnica rispondente a criteri di opportunità, che connotano la politica delle contingenze, smentita, peraltro, dall'aumento della percentuale di omicidi, preceduti da violenze psicologiche, fisiche e sessuali del tutto sottovalutate, perché compiute da coniugi, fidanzati, conviventi o, comunque, da persone vicine alla sfera affettiva della vittima.

Da qui la convinzione che il vizio sia da rinvenirsi nella limitatezza della prospettiva con cui si è affrontato un fenomeno, implicante soluzioni maggiormente articolate. Più specificamente, si è confusa una tipologia di autore per evento e ciò, soprattutto, con riferimento alla fattispecie di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.): reato abituale improprio a reiterazione necessaria delle condotte. Qui la ripetizione degli atti, considerati tipici, costituisce elemento unificante ed essenziale della fattispecie, facendo assumere ad essi un'autonoma ed unitaria offensività, in quanto è proprio dalla loro ripetizione, che deriverebbe nella vittima un progressivo accumulo di disagio che, infine, degenererebbe in uno stato di prostrazione psicologica, in grado di manifestarsi in una delle forme descritte dalla norma incriminatrice⁸.

Si tratta, invero, di un'interpretazione giurisprudenziale, che, sul piano probatorio, manifesta tutti i riverberi negativi, giacché a passare in secondo piano è proprio la descrizione precisa degli accadimenti⁹, potendo la prova degli stessi desumersi dal complesso di elementi fattuali – altrimenti acquisiti –, e dalla condotta dell'agente¹⁰, sia sotto il profilo dell'astratta idoneità a causare l'evento¹¹, sia con riferimento alle condizioni di luogo e di tempo in cui la stessa sia stata consumata¹². Per risalire al cambiamento delle abitudini di vita, si attribuisce rilevanza, poi, al significato e alle conseguenze emotive della costrizione sulla vittima, essendo trascurabili le variazioni meramente quantitative.

Se le cose stanno in questi termini, è palese che il giudice esercita una discrezionalità libera nell'accertamento del nesso causale, con il rischio di sconfinare in ricostruzioni soggettivistiche.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha cercato di far rientrare gli eccessi di discrezionalità con il monito ad una puntuale considerazione degli elementi riscontrabili nei comportamenti ed al ricorso a regole di esperienza. Si è ritenuta, questa la strada attraverso cui l'organo della giurisdizione possa appurare, con ragionevole certezza, il verificarsi delle situazioni descritte nell'art. 612-*bis* c.p.; e su questa premessa, il giudice delle leggi non ha censurato la norma per difetto di determinatezza, anzi, l'ha considerata compatibile con l'art. 25, co. 2, Cost.

⁶ Cass. pen., sez. III, 27 settembre 2018, n. 42424, in www.giustizia.it.

⁷ *Ex multis*: A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, *passim*; A. MANNA, *Il nuovo delitto di "atti persecutori" e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra-F. Dassano, Napoli, 2010, 469 ss.

⁸ Cass. pen., sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54920, Rv. 269081.

⁹ Cass. pen., sez. V, 26 ottobre 2015, n. 43085, Rv. 265231.

¹⁰ Cass. pen., sez. V, 28 dicembre 2017, n. 57704 Rv. 272086.

¹¹ Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 47195, Rv. 265530.

¹² Cass. pen., sez. V, 7 aprile 2017, n. 17795, Rv. 269621.

Sicché l'accertamento del «perdurante e grave stato di ansia e di paura» e del «fondato timore per l'incolumità», riguardando la sfera emotiva e psicologica, si risolve nell'osservazione di segni e di indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alla condotta dell'agente, che denotino un'apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima.

In definitiva, la prova del reale turbamento psicologico è costituita, prevalentemente, da indicatori ricavabili dalle dichiarazioni della stessa persona offesa¹³, dai comportamenti successivi alla condotta posta in essere dall'autore, nonché dalle condizioni soggettive della vittima, purché conosciute dall'autore e, come tali, necessariamente rientranti nell'oggetto del dolo¹⁴.

3. Siamo, tuttavia, in un ambito in cui ad essere incerto ed insidioso è proprio il confine tra ansie rilevanti e ansie di scarso momento, sia in ordine alla loro durata, sia in ordine alla loro incidenza sulla vittima, anche con riguardo a timori immaginari o del tutto fantasiosi. Né la centralità della componente ricostruttiva del giudizio *ex post*, è sufficiente ad attenuare la ragionevolezza di eventuali dubbi nell'opera di valutazione della condotta penalmente rilevante alla luce del principio di offensività. E per come è strutturata la figura criminosa, la verifica di idoneità non può che essere condotta in concreto dal giudice, tenendo presente che nell'eventualità in cui nel periodo di vessazione ci siano stati momenti transitori di attenuazione del malessere, in cui si è ripristinato il dialogo con il persecutore, ciò non vale ad inficiare le dichiarazioni dell'offeso¹⁵. Difatti, costituisce un precedente giurisprudenziale consolidato l'orientamento secondo cui questa fonte conoscitiva non presenta un'affidabilità ridotta, bisognosa di rafforzamento per raggiungere un'adeguata capacità persuasiva. Essa va sottoposta al generale controllo sulle capacità percettive e mnemoniche della fonte dichiarativa, nonché sulla corrispondenza al vero della sua rievocazione dei fatti, desunta dalla linearità logica della sua esposizione e dall'assenza di risultanze processuali incompatibili, caratterizzate da pari o prevalente spessore di credibilità¹⁶.

In sintesi, i momenti di attenuazione del malessere e del ripristino del dialogo, ravvisabili nel comportamento della persona perseguitata, non configurano ragionevoli dubbi sulla sussistenza del reato di atti persecutori. Una momentanea volontà di benevola rivalutazione del passato ed un transitorio desiderio di pacificazione per il futuro non sminuiscono la *vis* persuasiva della ricostruzione storica, cioè, non valgono di per sé a sconfessare l'attendibilità della vittima, richiedendo al giudice soltanto una maggior prudenza nella valutazione del 'detto'¹⁷.

Tutto è lasciato, quindi, all'ampia opera di ricostruzione del giudice¹⁸, la cui smisurata discrezionalità si traduce in un punto, chiaramente percepibile, di frizione con il principio di determinatezza (art. 25, co. 2, Cost.).

¹³ Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2014, n. 2402, Rv. 260580. Ancora, cfr., Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2017, n. 17795, Rv. 269621.

¹⁴ Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2012, n. 24135, Rv. 253764.

¹⁵ Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, Rv. 253214.

¹⁶ G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4058.

¹⁷ Cass. pen., sez. V, 16 settembre 2014, n. 5313, Rv. 262665.

¹⁸ Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 2018, in *www.giustizia.it*.

Di altro avviso è quella dottrina,¹⁹ che pone in debito risalto l'esigenza di un fondamento scientifico all'affermazione della sussistenza degli eventi dello stato di ansia o di paura, essendo irrilevanti, sul piano processuale, quegli elementi probatori privi di riscontri oggettivi.

Altra, ancora, è la nostra convinzione. Se si assegna alla legislazione processuale la funzione di 'contrastare' la "violenza di genere" e di 'proteggere' determinate vittime, è difficile evitare che ciò si traduca nella sperequazione cognitiva a favore della versione dei fatti fornita dall'offeso, fino a ritenerla idonea – da sola! – a fondare la responsabilità dell'imputato²⁰, sebbene la vittima sia portatrice di un personale interesse nell'accertamento del fatto. Per questa via, si trasferisce – da un punto di vista epistemico – sull'accusato l'onere della prova; con la conseguenza che a quest'ultimo spetta contestare ogni passaggio argomentativo, ossia le premesse, la regola d'inferenza e la conclusione, che si vuole trarre da presunzioni semplici: palese il *vulnus* alla presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost.). Questa, però, è soltanto la nostra idea!

Diversamente, secondo il diritto giurisprudenziale²¹ qualora si ritenesse *a priori* inaffidabile la testimonianza della vittima o la si ponesse sullo stesso piano delle dichiarazioni provenienti dai soggetti indicati dall'art. 192 co. 3 e 4 c.p.p., si violerebbe il co. 1 dell'art. 192 c.p.p. La tesi, sottolineando il dovere del giudice di «rendere conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati», perviene a ritenere sufficiente la sottoposizione del racconto ad un filtro più rigoroso quanto alla credibilità soggettiva ed all'attendibilità intrinseca.

Vi sono, peraltro, situazioni in cui è la stessa Corte ad avvertire l'esigenza di verificare l'attendibilità estrinseca delle dichiarazioni della vittima vulnerabile, mediante l'individuazione di precisi riscontri, sebbene il giudice della decisione abbia un ampio margine di apprezzamento circa le modalità di controllo relative al caso concreto. A ciò si aggiunga che il criterio individuato dal 'diritto vivente' è quello di una valutazione dell'attendibilità estrinseca non 'necessaria', ma rimessa ad un vaglio di opportunità. Si tratta di riscontri esterni, non predeterminati nella specie e nella qualità; il che significa che possono essere di qualsiasi tipo e natura, nonché dedotti da elementi obiettivi – fatti e documenti – e da dichiarazioni di altri soggetti. Per la Cassazione è sufficiente che essi siano idonei a fondare *aliunde* l'accusa, considerato che vanno ricercati e valutati, con peculiare riferimento alla testimonianza resa dalla vittima, nella prospettiva della verifica del grado di affidabilità e non ai fini dell'art. 192 co. 3 c.p.p. Da questo assunto discende il paradosso che una spiegazione plausibile dell'analisi probatoria 'coprirebbe', anche le inosservanze delle garanzie procedurali, inerenti al trattamento della fonte di prova vulnerabile, assorbendole nella valutazione del giudice.

4. Si è visto, dunque, che più la fattispecie incriminatrice è indeterminata, più si dilata lo spazio interpretativo in cui si realizza l'operazione di sussunzione, fino ad implicare l'interrelazione tra fatto

¹⁹ A. NISCO, *Gli eventi del reato di atti persecutori tra disorientamenti applicativi ed apporto delle scienze empirico-sociali*, in *Arch. pen.*, 2014, 237; G. AMARELLI, *Il principio di determinatezza e il delitto di atti persecutori alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 172/2014*, in *Studium Iuris*, 2015, 824-825.

²⁰ C. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova' tra assiologia ed effettività*, Napoli, 2012, 109 e ss.

²¹ Le regole dettate dall'art. 192 c.p.p., comma 3, non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Così, Cass. pen., sez.un., 19 luglio 2012, n. 41461, Rv. 253214.

e norma nel procedimento decisorio, maggiormente irreversibili sono i condizionamenti sul diritto alla prova delle parti. Ma v'è di più.

L'allarmismo sociale, strettamente connesso al fenomeno, ha determinato finanche l'inserimento dell'art. 612-*bis* c.p. tra le figure criminose, tipicizzate ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, rilevanti ai fini dell'applicazione della misura preventiva della sorveglianza speciale. Eppure, la vaghezza della fattispecie non è compatibile con un accertamento basato su elementi fattuali specifici, individuati con sufficiente grado di determinatezza dal legislatore, tali da consentire al giudice di effettuare il giudizio prognostico sui comportamenti del soggetto e di valutarne, in tal modo, la pericolosità nel rispetto delle garanzie del procedimento e del principio del contraddittorio.

In altra direzione, però, si spinge la legislazione d'emergenza, che ricorre, in via esclusiva, all'inasprimento delle misure per finalità repressive, trascurando del tutto il versante della prevenzione mediante uno strumentario extrapenale. Per fare un esempio si pensi all'innesto della lettera l-*ter* all'interno della struttura dell'art. 380 co. 2 c.p.p., con cui si è sancita l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza per i delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori. Parimenti, l'art. 4 della legge n. 159 del 2011 è stato sottoposto ad una progressiva estensione delle fattispecie, considerate intrinsecamente pericolose, sulla base delle aspettative sociali, sebbene non sempre connotate da plurioffensività o dall'essere riconducibili ad organizzazioni criminali.

Qui il problema di fondo è che le situazioni indiziarie spingono la discrezionalità del giudice oltre gli ordinari compiti di interpretazione del valore degli elementi fattuali. L'anticipazione di tutela è tale da far venir meno la funzione orientativa del fatto storico e, con essa, la *scomparsa* della centralità della giurisdizione di garanzia, in quanto nel giudizio di prevenzione – è risaputo – si esalta la logica del tipo d'autore.

Non a caso, l'operazione di sussunzione si sostanzia nel ricondurre elementi informativi, fattuali, alla *situazione indiziaria di sospetto qualificato*, ed ogni attività di questo tipo reca, inevitabilmente, con sé un'opzione giurisdizionale arbitraria.

La prognosi di pericolosità implica un ragionamento fondato su indizi non qualificati ai sensi dell'art. 192 co. 2 c.p.p.; sicché la loro rilevanza processuale prescinde dalla sussistenza dei connotati giuridici di gravità, precisione e concordanza; pure, le chiamate in correità o in reità prescindono da riscontri esterni individualizzanti.

Per la verità la componente ricostruttiva del giudizio di prevenzione lascia insolute le antinomie interne al meccanismo preventivo. Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo²², il giudice interno ha l'obbligo di giustificare il giudizio di pericolosità sociale alla luce di fatti certi (c.d. concretezza della pericolosità), perché o accertati in sentenze irrevocabili o, se ancora in corso di accertamento, dotati di gravità indiziaria, escludendo dalla piattaforma probatoria, valutazioni meramente soggettive dell'autorità proponente, che non siano supportate da riscontri fattuali oggettivi²³. Più recentemente, la Cassazione²⁴ ha indicato lo *standard* probatorio, posto a base del giudizio di pericolosità, che comporta una selezione dei dati, privilegiando «le pronunce penali che hanno affermato definitivamente la responsabilità per la commissione di delitti o la sussistenza di

²² Corte edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in www.giustizia.it.

²³ Orientamento, peraltro, già formulato in Cass. pen., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13.426, in www.giustizia.it.

²⁴ Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2017, n. 36258, in www.giustizia.it.

gravità indiziaria degli stessi».

Eppure non può considerarsi una soluzione soddisfacente l'invito ad una lettura 'tassativizzante', sulla base di precedenti giurisprudenziali, già orientati in tale direzione. La convinzione è, dunque, che l'insindacabilità della discrezionalità del giudice vanifichi anche gli epiloghi interpretativi successivi alla decisione della Corte europea, inerenti al recupero di tassatività delle disposizioni, in quanto il *deficit* di determinatezza richiede l'intervento del legislatore – a nostro avviso – non più rinviabile.

L'attività giurisdizionale, pur ancorandosi a modalità ed a dati fattuali nella loro consistenza reale, si sviluppa all'interno di un contesto indiziario, in cui non si può fare a meno di ricondurre il dato alla regola di esperienza, ricavandone per presunzione la prova dello stesso. Si finisce, così, con il trasferire, nelle conclusioni del ragionamento inferenziale, la stessa genericità di cui sono connotate le regole d'esperienza; se si sbaglia nell'individuare la massima empiricamente plausibile, l'errore non potrà che inficiare il procedimento inferenziale ed il risultato valutativo.

Quanto al provvedimento che dispone la sorveglianza speciale, esso può imporre tutte le prescrizioni che il tribunale «ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale», ex art. 8 co. 5 d.lgs. n. 159 del 2011. L'approssimazione della formulazione si presta a comprendere l'ingiunzione trattamentale; con essa non si intende alcun intervento di tipo psichiatrico o psicologico o, comunque, rientrante nella categoria di applicazioni di tipo sanitario. Il presupposto, ovviamente, è il consenso da parte del proposto a sottoporsi volontariamente ad un percorso di osservazione e di confronto con esperti, attraverso gruppi aperti di ascolto, e con persone, che presentino le stesse problematiche.

D'altra parte, le norme processuali già prevedono una sorta di "patto terapeutico-ingiunzionale" fra l'indagato/imputato, destinatario della misura dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.) e/o il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona (art. 282-*ter* c.p.p.), e il tipo di risposta giurisdizionale. Difatti, l'art. 282-*quater* c.p.p. dispone che «quando l'imputato si sottopone positivamente ad un programma di prevenzione della violenza organizzato dai servizi socio-assistenziali del territorio, il responsabile del servizio ne dà comunicazione al pubblico ministero e al giudice ai fini della valutazione ai sensi dell'art. 299 comma 2»²⁵. Inoltre, il comma 1-*bis* statuisce che «con la comunicazione prevista dal comma 1, la persona offesa è informata della facoltà di richiedere l'emissione di un ordine di protezione europeo». Per un verso, quindi, si è attribuita rilevanza a scelte di autodeterminazione di contenimento della violenza, incidenti sulla valutazione della pericolosità sociale e, quindi, sulla sostituzione della misura o sulla sua applicazione con modalità meno gravose (art. 299 co. 2 c.p.p.); e per altro verso, si è conferita la facoltà all'offeso di avvalersi di un mezzo di tutela rafforzato²⁶.

In definitiva, la risposta legislativa manifesta contenuti fortemente securitari²⁷: l'indeterminatezza della fattispecie penale e la previsione di misure limitative dei diritti inviolabili della persona.

²⁵ D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur.it.*, 2012, 469.

²⁶ A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 965.

²⁷ Sul penale securitario come epifenomeno, F. FORZATI, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *www.archiviopenale.it*, 2018 n.3.

5. A questo punto s'impone un'osservazione di carattere generale: sicuramente, tra più misure appropriate, occorre prescrivere quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilire oneri non sproporzionati rispetto al raggiungimento dell'obiettivo di protezione. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha affermato che la tutela dei diritti delle vittime derivi dal principio del *fair trial* (art. 6 Cedu), da cui discende il bisogno di non trascurare le suggestioni europee connesse ad un diritto penale di tipo conciliativo o di una giustizia riparativa²⁸.

Da qui si origina la domanda se sia ragionevole l'esclusione del delitto di atti persecutori dall'ambito di operatività della causa di estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), pur essendo la fattispecie procedibile a querela²⁹.

Va, innanzitutto, osservato che la risposta dell'ordinamento al reato, per un sempre maggior numero di reati di piccola-media gravità, prescinde dal pieno accertamento della fattispecie e sposta il centro di gravità della giustizia penale dalla *pena* alla *riconciliazione*, dalla funzione *cognitiva* del processo a quella in qualche modo meramente *ricognitiva*³⁰. La patologica lentezza del processo e l'enorme carico di lavoro rendono appetibile per il legislatore ogni rimedio improntato a finalità di semplificazione e accelerazione, sia pure attraverso sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario, sempre però nel rispetto del limite dell'osservanza del canone della proporzione³¹.

Ed in quest'ottica va posto in debito risalto che la procedibilità a querela affida al titolare del bene giuridico la valutazione dell'opportunità di continuare ad utilizzare la sanzione in considerazione della concreta offensività e della rilevanza sociale dei singoli comportamenti vietati³².

D'altro canto, il combinato disposto degli artt. 27 co. 3, 13, 25 co. 2 Cost. esprime canoni di accentuata significatività per la costruzione dell'intero sistema penale nella logica dell'*ultima ratio*, al cui interno gioca un ruolo fondamentale il principio di offensività del fatto di reato. L'idea della pena come integrazione sociale impone che la legge punisca solo quei comportamenti, che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza diffusamente avvertita come tale; sicché diventa essenziale la dannosità sociale del fatto che si esprime nell'offesa al bene giuridico.

Nella specie la querela (art. 336 c.p.p. e art. 120 c.p.) subordina l'insorgenza dell'obbligo di esercitare l'azione penale ad una manifestazione di volontà dell'offeso, avente ad oggetto un preventivo apprezzamento dell'interesse leso e della tutela offerta in sede penale. In parole più chiare, il primo vaglio di fondatezza della notizia di reato spetta alla persona offesa: la mancanza di una concreta offensività del fatto storico dovrebbe orientare la vittima a non presentare la querela; vertendosi in una situazione peculiare di insostenibilità dell'azione in giudizio (art. 125 disp.att.). Siamo in uno stadio in cui non sono presenti elementi idonei a fondare la notizia di reato, per questa ragione ogni attività procedimentale risulterebbe non solo superflua, ma dispersiva: la tipicità apparente del fatto non giustifica l'instaurazione del processo, mancando l'oggetto dell'accertamento.

²⁸ R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale*, in *Vittime del reato e sistema penale*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino 2017, 167.

²⁹ Sul tema, in senso critico, C. IASEVOLI, *La procedibilità a querela verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 dicembre 2017.

³⁰ F. RUGGIERO, *Giudizio penale e «restorative justice»: antinomia o sinergia?*, in *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi, G. A. Lodigiani, Bologna, 2015, 96.

³¹ E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di un'effettiva speditezza processuale*, Milano 2013, 1 e ss.^[1]

³² C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *IP*, 1994, 277; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, 367.

Più specificamente, l'art. 90-*bis* c.p.p. al co. 1, lett. *n*), prevede che all'offeso, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, sia data informazione in merito «alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'art.152 co. 2 c.p., ove possibile, o attraverso la mediazione». Tale informazione costituisce il presupposto essenziale per l'esercizio del potere dispositivo dell'offeso sulla progressione processuale, mediante la sequenza querela-remissione-accettazione: su di essa si fondano le soluzioni alternative *al* processo e *dal* processo.

Ma non solo. Come è noto, la persona offesa deve essere informata delle facoltà, che le spettano nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 90-*bis* co. 1 lett. *o* c.p.p.). La procedibilità a querela si muove nella duplice direzione di colmare, per un verso, la lacuna inerente alle forme *restorative justice* nel processo ordinario e, per altro verso, di incentivare la deflazione processuale, valorizzando le manifestazioni di volontà della vittima³³.

Non si vuole soltanto promuovere l'incontro fra vittima e reo, che diviene occasione per ottenere una riparazione morale, favorendo l'integrazione sociale dell'imputato attraverso percorsi di responsabilizzazione meno repressivi; l'obiettivo è di più ampia portata: 'sgravare' il carico giudiziario, trasformando il processo in *extrema ratio*.

L'interpersonalità dell'illecito penale è a fondamento anche del meccanismo di estinzione per condotte riparatorie, delineato dall'art. 162-*ter* c.p., confermando una linea politica che si evince dal sistema penale integrato e si fonda sulla rilevanza della condotta riparativa, sebbene, questa volta, per una fenomenologia criminale di media entità.

Non si tratta di una novità, dal momento che la circostanza attenuante comune, di cui all'art. 62 n. 6 c.p., già implica la contaminazione tra giudizio di responsabilità penale e di responsabilità civile, ponendo in diretta correlazione l'attenuante con le obbligazioni civili restitutorie e risarcitorie *ex art.* 185 c.p. Siffatta configurazione giuridica, con i suoi naturali corollari, non può essere 'tradita' quando si sposta l'attenzione sul risarcimento come viatico per la semplificazione processuale. Si pensi all'oblazione facoltativa ai sensi dell'art. 162-*bis* c.p.; alla procedibilità a querela come presupposto del tentativo di conciliazione da parte del giudice monocratico *ex art.* 555 co. 3 c.p.p.; all'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie *ex art.* 35 d.lgs. n. 274 del 2000, a condizione che il giudice, ritenga «le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione» – formula che è, appunto, la sintesi di aspetti penalistici e civilistici –; alla sospensione del processo con messa alla prova finalizzata all'estinzione del reato, legata anch'essa al risarcimento del danno (art. 3 l. n. 67/2014) e, da ultimo, all'art. 162-*ter* c.p.

6. All'interno della successione teleologica degli atti si muovono situazioni soggettive protette ed esigenze di funzionalità; ne consegue che l'effettivo esercizio della giurisdizione non può essere compromesso da pretestuosi e strumentali comportamenti delle parti, non esclusa la persona offesa; ed in quest'ottica si spiega la funzione dei filtri conciliativi, volti a contenere e a monitorare la 'sovranità' dell'offeso *sul* processo.

Ovviamente, il discorso muta a fronte di fatti penalmente rilevanti, che si connotano per il notevole disvalore sociale, anche con riferimento agli elementi accidentali in cui si sostanziano le

³³ L. PARLATO, *Il contributo della vittima fra azione e prova*, Palermo, 2012, 49 ss.

circostanze aggravanti: esse ne accrescono la dannosità, implicando un trattamento sanzionatorio più severo. Si tratta, però, di giudizi *ex post*, che attengono solitamente alla gravità delle conseguenze del reato, alle peculiarità della condotta, alle connotazioni dell'atteggiamento interiore. Tali elementi, pur non concorrendo all'individuazione dell'offesa tipica, incidono sulla definizione del grado di disvalore del fatto, ponendo un problema interpretativo di non poco conto, dovendosi cogliere nella vaghezza delle definizioni giuridiche la fenomenologia significativa, che giustifichi non solo l'accresciuta severità sanzionatoria, ma anche la procedibilità d'ufficio.

E se la competenza spetta al tribunale in composizione monocratica, va osservato che nella maggior parte dei casi si procede d'ufficio³⁴ perché sulla procedibilità incide la gravità della condotta. Nelle altre situazioni resta ferma la procedibilità a querela della persona offesa, così come prevista dall'art. 612-*bis* co. 4 c.p., la cui remissione, però, può essere soltanto processuale.

In particolare, la remissione processuale, ai sensi dell'art. 340 c.p.p., prescrive che la dichiarazione sia ricevuta dall'autorità procedente o da un ufficiale di polizia giudiziaria, e sia trasmessa immediatamente alla predetta autorità. Tale manifestazione di volontà espressa *nel* processo e *per* il processo, ma dall'estesa dimensione e dalla non uniforme possibilità di controllo diretto ed immediato da parte del giudice, depotenzia la tutela della vittima, quando viene fatta a mezzo di procuratore speciale, con dichiarazione ricevuta da un ufficiale di polizia giudiziaria. L'innovazione evita, però, l'operatività della remissione extraprocessuale della querela (art. 152 c.p.), che può essere espressa o tacita.^{[1][SEP]}

In altri termini, l'ordinamento non ha ritenuto indifferenti le modalità di esercizio del potere dispositivo della vittima, anzi ha attribuito rilevanza *ex ante* alle sole modalità endoprocessuali di estrinsecazione di tale potere, neutralizzando gli effetti connessi a fatti sia pure univocamente incompatibili con la volontà di persistere nella richiesta di punizione, ma desunti induttivamente da una condotta tenuta fuori dal processo.

Se si sposta l'attenzione sul versante dell'accertamento della volontà, si comprende che in tal modo la progressione processuale è stata sottratta all'incertezza del significato da attribuire al comportamento del querelante: essa implica la verifica giudiziale della consapevolezza di trovarsi in una situazione, che si è tradotta nell'esercizio del potere di remissione e della ricostruzione inerente all'univocità del comportamento, in base a parametri logici e di esperienza comune circa la sua incompatibilità con volontà alternative.

La non operatività della remissione extraprocessuale rappresenta il tentativo di circoscrivere i limiti dell'operazione di contemperamento tra interesse pubblico alla pretesa punitiva ed esercizio del potere dispositivo della persona offesa, sottoponendo ad un'attenta valutazione giudiziale la libertà morale di quest'ultima. D'altra parte, la deroga al principio generale della perseguibilità d'ufficio dei reati risponde a differenti esigenze e a diversi criteri di politica criminale: nella maggior parte dei casi, la perseguibilità a querela è stata prevista per reati di lieve entità, in considerazione della tenuità dell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale; in altri casi, invece, come nei delitti contro la libertà della persona, il legislatore ha ritenuto di lasciare alla vittima la valutazione dell'opportunità del procedimento, in ordine a fatti che incidono profondamente nella sua sfera privata.

³⁴ Ci riferiamo alle situazioni in cui il fatto sia stato commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità, di cui all'art. 3 della legge 104/92; nonché alle ipotesi in cui il fatto sia connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio; e ancora, al caso in cui a commettere il fatto sia stato un soggetto ammonito dal questore per condotte persecutorie in danno della stessa vittima.

All'interno di questa interazione 'elastica' si iscrive la statuizione dell'irrevocabilità della querela qualora il fatto sia stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612 co. 2 c.p.; lo scopo è quello di assicurare una protezione più intensa del bene giuridico quando esso sia aggredito con modalità particolarmente gravi ed odiose, ciò è possibile soltanto delimitando i confini del potere dispositivo dell'offeso. Perciò, la norma si spiega nell'intento di evitare che il giudice non possa procedere, per intervenuta remissione di querela, pur dopo che l'indagato abbia sofferto un periodo di custodia cautelare. E proprio in relazione alla figura criminosa degli atti persecutori sarebbe stato inopportuno lasciare esposta la parte lesa a possibili pressioni e/o ritorsioni, finalizzate alla remissione della querela ovvero alla sostanziale impunità processuale del reo.

Eppure, se, da un lato, appaiono condivisibili le opzioni in merito al controllo processuale sulla manifestazione di volontà di remissione e all'irrevocabilità nell'ipotesi di minacce reiterate, dall'altro, mi sembra sproporzionata l'esclusione delle ipotesi, che presentino ben altre sfaccettature, dall'area di operatività del meccanismo estintivo di cui all'art. 162-ter c.p.

Basti pensare al fondamento politico criminale della remissione, che è speculare a quello della querela: entrambe sono espressione di un diritto potestativo. La prima, però, produce effetti estintivi che travolgono la condizione di procedibilità, già azionata, presentandosi come condizione di non perseguibilità del processo, stante il diretto collegamento con l'esercizio dell'azione penale. La sua valorizzazione oltre la soglia del giudicato sostanziale è giustificata dalla prevalenza che deve accordarsi, nei procedimenti per reati perseguibili a querela alla *voluntas* del remittente, che, ponendo nel nulla la condizione per l'inizio dell'azione penale, incide sulla progressione processuale, il cui epilogo non può che essere la declaratoria di estinzione del reato. La remissione è causa sopravvenuta di estinzione del processo, perché rappresenta un'autonoma vicenda nel suo svolgimento, occasionata da atti o da fatti corrispondenti a ciò che le parti desiderano in quel momento.

A nostro avviso un «virtuoso confronto tra vittima e autore» sarebbe utile per quelle ipotesi di atti persecutori procedibili a querela, in quanto manifestazioni di un'offensività, certamente, più lieve rispetto alle situazioni procedibili d'ufficio. Di conseguenza, il non aver considerato il diverso peso di dannosità sociale si risolve in un'opzione di politica legislativa irragionevole, pure nell'ottica di un'efficiente ed efficace giustizia riparativa, in quanto avrebbe richiesto la trattazione in maniera diversa di casi differenti, consentendo per le prime ipotesi l'operatività della causa estintiva del reato per condotte riparatorie.

D'altra parte, l'effetto estintivo del reato è sottratto all'assoluta disponibilità della persona offesa, anche nel procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, potendo il risarcimento del danno essere riconosciuto «in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo» (art. 162-ter co. 1 c.p.). In buona sostanza, la persona offesa o definisce il procedimento, rimettendo la querela (art. 90-bis c.p.p. co. 1 lett. n), oppure subisce l'effetto estintivo conseguente alle condotte riparatorie dell'imputato, giacché il giudice può decidere a prescindere dalla sua accettazione (art. 162-ter co. 1 e 3 c.p.). La norma prescrive che siano sentite le parti, ma non che sia acquisito il consenso della vittima, la cui mancanza non si sostanzia in una condizione ostativa all'applicazione del meccanismo estintivo. La congruità del risarcimento, essendo valutata allo stato degli atti e ai soli fini dell'estinzione del reato, lascia aperta la possibilità di un nuovo accertamento circa l'esistenza e l'entità del danno in favore della

persona offesa. Inoltre, l'art. 162-ter c.p., insiste sulla medesima fascia di criminalità per la quale andrà ad operare il modulo querela-remissione-accettazione, colmando la lacuna inerente ad un rimedio alternativo al 'fallimento' del filtro conciliativo.

Altra e diversa è la constatazione. Al susseguirsi di eventi di particolare efferatezza in danno delle donne si è risposto con il rigorismo repressivo e non con una reale politica di tutela delle vittime.

Ma, ancora una volta, la simbolicità della risposta sanzionatoria ha dimostrato la propria inadeguatezza rispetto al bisogno di efficienza della giustizia, producendo come solo, e costante, effetto: la caduta in termini di garanzie.^[1] E se la proiezione finalistica è l'efficienza del controllo, l'intervento penale va allora limitato alla fase acuta del conflitto, dal momento che influisce soltanto marginalmente sulle cause dello stesso, soprattutto a fronte di quelle fattispecie che come l'art. 612-bis c.p. si connotano per un'area del penalmente rilevante estremamente diversificato. Stando così le cose, la preclusione legislativa alla rilevanza delle prestazioni riparatorie, che si rinviene nell'art. 162-ter co. 4 c.p., nella sua connotazione assoluta è incompatibile con l'art. 3 co. 2 Cost.

Né può essere altrimenti, considerato che «la deriva populistica della legislazione penale cui contribuisce il vittimocentrismo conduce, alla fine, alla rottura dell'equilibrio con i principi garantistici del diritto penale classico»³⁵. Ed è questo un prezzo che la giustizia riparativa non può permettersi di pagare, basandosi sull'equilibrio tra tali principi e non avendo molto a che fare con un rafforzamento, puramente processuale, del ruolo della vittima all'interno dello schema tradizionale della giustizia punitiva.

Il problema è, dunque, la coscienza sociale; in essa è fortemente radicata l'istanza punitiva, se non addirittura vendicativa, e, pertanto, è poco propensa ad accogliere un qualsivoglia paradigma di giustizia riparativa.

Occorre, invece, un mutamento radicale di prospettiva, proprio con riferimento ai comportamenti devianti, che si pongono all'interno della relazione tra sessi. La sperimentazione di un modello dialogico tra autore e vittima potrebbe risultare vincente, con il ricorso alle particolari tecniche della mediazione³⁶, quale spazio protetto di ascolto, in cui il mediatore potrebbe indicare alle parti la via per riuscire ad incanalare il disordine generato dal conflitto che le oppone. L'affermazione appare sicuramente pretenziosa; ma assume una luce diversa se raffrontata con la tesi di un autorevole studioso secondo cui «è nel corso della mediazione che la collera, le differenze non riconosciute o non accettate, i desideri ostacolati e la violenza, hanno il diritto di esistere. I mediatori si trovano dinanzi a un perseguitato e a un persecutore, e ognuno può essere sia l'uno che l'altro. Solo una rigorosa drammatizzazione è capace di accogliere una simile scarica emozionale. Nella mediazione, la rappresentazione del conflitto permette di ricostruire ogni momento del dramma lasciandogli il suo spazio e il suo tempo»³⁷.

Da qui un possibile nuovo orizzonte: se l'opera del mediatore intervenisse tempestivamente nei casi di comportamenti 'ossessivi' nei confronti dell'altro sesso, forse si riuscirebbe a dare un posto al disordine, prima che esso sfoci in comportamenti 'aggressivi', riuscendo lì dove la giustizia carceraria ha da tempo fallito.

³⁵ F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa*, cit., 71

³⁶ G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze 2011, *passim*.^[1]

³⁷ J. MORINEAU, *L'esprit de la Mediation*, Toulouse, 1998, trad.it. *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2003, 55 e 56.

La riforma penitenziaria minorile nella prospettiva di una giustizia riparativa

FABRIZIA PAGLIONICO

ABSTRACT

The legislator has finally established a specific discipline in the field of juvenile penal execution. The work underlines the aims and the results of the reform measure, especially in relation to the restorative justice, that is presented as a way to implement the re-educative function. The statistical data shows the positive impact of restorative justice measures on the education of the minors convicted of a crime. The purpose is to reach a coherent and effective legislation in the penal execution field in respect for the constitutional principles.

SOMMARIO. 1. Introduzione alla riforma del sistema penitenziario. – 2. Luci ed ombre sulle misure di comunità. – 3. La *restorative justice*: da rinuncia alla pretesa punitiva a responsabilizzazione del condannato. – 4. La *diversion* processuale nella dimensione conciliativa. – 5. Procedure di giustizia riparativa per l'esecuzione minorile. – 6. Da una visione "carcerocentrica" alla "comunità riparativa".

1. I plurimi interventi del legislatore sul sistema penitenziario hanno nuovamente riaperto il dibattito sulla coerenza delle scelte di politica criminale rispetto ai fini dichiarati, tra i quali spiccavano il superamento della logica "carcerocentrica" e il rafforzamento della funzione rieducativa della pena.

L'intervento di riforma della legge 23 giugno 2017 n. 103 ha interessato anche l'ambito dell'esecuzione, del quale sono state ampiamente evidenziate negli ultimi decenni le carenze di organicità e coerenza sistematica, tanto sul piano della finalità rieducativa del condannato quanto su quello dell'assenza di un sistema di norme penitenziarie *ad hoc* per la categoria dei minori.

Il passaggio dal regolamento del 1931 alla legge di riforma dell'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 aveva segnato la transizione da un modello sostanzialmente punitivo ed ispirato ad esigenze di difesa sociale ad uno interamente incentrato sul reinserimento del condannato nella società¹.

Tuttavia, nonostante le lodevoli aspirazioni della legge 26 luglio 1975 n. 354, la volontà di valorizzare la centralità della persona del detenuto² e di dare attuazione al principio costituzionale della funzione rieducativa della pena ha subito un ridimensionamento a causa dell'interferenza di

¹ V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2015, 4.

² V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni da riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1981, 1, sottolinea come il detenuto sia stato posto «quale protagonista attivo e, nel contempo, quale fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria».

istanze punitive di matrice emergenziale e dell'urgenza di adeguamento alle pronunce della Corte di Strasburgo³.

Con una nota di rammarico è stato osservato⁴, infatti, come le misure alternative alla pena abbiano assunto in concreto una funzione principalmente deflattiva rispetto all'originale finalità rieducativa, in seguito ad un progressivo incremento del loro impiego – anche in relazione a pene detentive non brevi e senza previo accertamento della personalità del condannato – che ha determinato uno svuotamento dell'attività trattamentale ed ha spostato l'attenzione sul drastico contenimento del numero dei detenuti in Italia⁵.

Il dato del sovraffollamento carcerario è certamente indiscutibile e impone risposte concrete da parte dell'ordinamento nazionale⁶, tuttavia non pare adeguata quella di istituire “più carceri”⁷ per soddisfare i canoni di una detenzione umanamente dignitosa, così come imposti nel contesto convenzionale.

Si è prodotta, quindi, una contraddizione insanabile tra le statuizioni di principio contenute nella legge delega n. 103 del 2017 ed il contenuto dei suoi decreti attuativi, ulteriormente aggravata dai successivi interventi del legislatore che si muovono in direzione contraria, attraverso la promessa di una risposta severa e di una punizione esemplare nei confronti dei corruttori.

La legge delega si riproponeva come obiettivo quello di facilitare l'accesso alle misure alternative alla detenzione (art. 1 co. 85 lett. b)) e di definire un modello effettivamente orientato a preservare la dignità del detenuto, in ambito lavorativo ed affettivo, e la sua salute, anche in relazione all'assistenza psichiatrica negli istituti penitenziari.

Sfortunatamente non tutti gli obiettivi contenuti nella legge delega hanno trovato concretizzazione. Nei decreti attuativi, ad esempio, non è stata introdotta una disciplina per le misure di assistenza psichiatrica per i detenuti, per le quali la legge delega aveva richiesto un potenziamento alla lett. l) dell'art. 1 co. 85⁸.

L'attuazione della delega viene articolata scindendo la disciplina in materia di esecuzione riferita al detenuto maggiorenne (d.lgs. 122 e 123 del 2018) da quella riservata al condannato minorenni (o che abbia meno di venticinque anni), contenuta nel d.lgs. 121 del 2018, interamente improntata all'inserimento sociale del minore e al suo percorso educativo.

La scelta terminologica non è casuale: trattandosi di un soggetto *in fieri* non sarebbe corretto parlare di ‘reinserimento’ o ‘rieducazione’⁹, piuttosto, come sottolineato dalla Corte costituzionale,

³ G. TABASCO, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa, 2018, 9 e 10, osserva come gli interventi legislativi successivi alla l. 354 del 1975 siano stati determinati prima da esigenze repressive di carattere emergenziale (nei primi anni Novanta) e poi dall'esigenza di adeguamento alle statuizioni della Corte edu (nello specifico il “caso Torreggiani”).

⁴ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 4/2017, 8.

⁵ Diffusamente M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, in *Dottrina e attualità giuridiche*, a cura di L. RISICATO, in *Giur. it.*, 2016, 1523.

⁶ Secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, dato aggiornato al 31 dicembre 2018 il numero dei detenuti in Italia ammonta oggi a 59.655.

⁷ In questo senso l'Atto di indirizzo del Governo per l'anno 2019, sottoscritto dal Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede il 3 ottobre 2018.

⁸ G. P. CASARI, *La riforma dell'Ordinamento Penitenziario: soluzioni timide per problemi gravi*, in *Giur. pen.*, 3/2019, 10 ss.

⁹ L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2018, sottolinea tale scelta terminologica e richiama lo storico orientamento della Corte costituzionale.

quando il condannato è un soggetto ancora privo di una propria identità personale, la pena assume una «connotazione educativa» e mira al suo «inserimento maturo nel consorzio sociale»¹⁰.

Il decreto attuativo si apre con una *clausola di sussidiarietà*, che sancisce il principio di specialità delle disposizioni ivi contenute e la prevalenza di queste rispetto alle norme del codice di procedura penale, dell'ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione, del D.P.R. 448 del 1988 e del d.lgs. 270 del 1989 (norme di attuazione, coordinamento e transitorie), che saranno di conseguenza applicabili solo ove vi siano delle lacune normative nell'atto delegato.

Si noti che le misure alternative alla detenzione vengono espressamente disciplinate all'art. 2 del decreto legislativo sotto la definizione “*misure di comunità*”. L'utilizzo di tale espressione sembrerebbe voler sottolineare l'importanza dell'inserimento del minore all'interno della collettività e il coinvolgimento attivo di quest'ultima durante la fase esecutiva¹¹.

Pur prediligendo l'aspetto “comunitario” rispetto al regime di restrizione, non va dimenticato che le misure alternative costituiscono a tutti gli effetti una pena. Si è osservato, infatti, che sarebbe opportuno abbandonare la dimensione “premiata” delle stesse per recuperarne quella riabilitativa¹².

L'ultimo co. dell'articolo 2 dispone l'applicabilità “*in quanto compatibili*” delle sole disposizioni in materia di affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare e semilibertà contenute nella l. 354 del 1975 e quelle sull'affidamento in prova nei casi particolari previsti dal D.P.R. 309 del 1990 (per il tossicodipendente o alcooldipendente che abbia dichiarato di volersi sottoporre ad un programma riabilitativo e che abbia ricevuto una condanna fino a quattro anni di pena detentiva o la cui pena da scontare ammonti alla stessa misura)¹³.

Non si fa menzione della liberazione anticipata, presumibilmente perché si tratta di un meccanismo strettamente attinente all'esecuzione della pena più che una vera e propria misura alternativa¹⁴. La clausola di sussidiarietà consente, comunque, l'applicazione estensiva al minore della disciplina della misura contenuta nell'art. 54 dell'ordinamento penitenziario¹⁵.

Posta la regola della specialità delle previsioni ivi contenute e della loro prevalenza rispetto alle norme richiamate, l'art. 1 co. 2 del decreto enuncia le finalità a cui deve tendere l'esecuzione della pena detentiva o delle misure di comunità nei confronti del condannato minorenni e dispone la sottoposizione in fase esecutiva a percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato¹⁶.

¹⁰ Corte cost. sent. 28 aprile 1994 n. 168.

¹¹ M. PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2016, 1128.

¹² M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, cit., 1525.

¹³ Il richiamo è da intendersi riferito all'art. 94 del D.P.R. 309 del 1990, relativo all'affidamento in prova dei tossicodipendenti o alcooldipendenti, successivo rispetto all'art 47 *bis* della l. 354 del 1975; cfr. L. CARACENI, cit., nel senso della non applicabilità di tale norma in ragione dell'assenza di una disciplina ordinaria per i minorenni da ‘integrare’ attraverso tale richiamo.

¹⁴ Mediante la quale è possibile anticipare il fine-pena decurtando dei periodi della stessa in ragione della condotta positiva del condannato.

¹⁵ In questo senso L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, cit., sottolinea la distinzione tra le diverse misure alternative della disciplina della liberazione anticipata (art. 54 ord. pen.).

¹⁶ Ai sensi del secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. 121 del 2018, il trattamento deve tendere alla responsabilizzazione del minore, alla sua crescita personale – tanto sul piano delle relazioni con il mondo esterno e, dunque, della capacità di vivere all'interno della comunità, quanto sul piano dell'istruzione e della capacità lavorativa, essenziale al suo inserimento sociale ed a prevenire che il soggetto commetta ulteriori reati. Alla sfera educativa si affiancano le attività socialmente utili, sportive e di tempo libero, nonché la previsione di forme di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile.

L'intuizione di prevedere tali attività quali momenti qualificanti il piano di recupero sociale, sia in ambito intramurario che nelle misure alternative, a prescindere dal titolo di reato e dalla pena edittale, aveva già trovato concretizzazione nel disegno di legge n. 2798/2014. Per questa via, si fondono la dimensione vittimologica e quella rieducativa in una prospettiva di solidarietà trasversale, che ripudia l'idea della pena forma di esclusione sociale del deviante.

La norma dà attuazione alla lett. *f* dell'art. 1 co. 85 della legge delega, ove è disposto che siano disciplinate le procedure di giustizia riparativa nell'ambito intramurario e nell'esecuzione delle misure alternative¹⁷. Non sfugge, però, che la normativa attuativa si sia limitata ad una enunciazione di principio, senza fornire una disciplina "quadro" che orienti gli operatori in quel campo.

Nel contempo, va rilevato che lo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima, elaborato dal Servizio Studi della Camera dei deputati nel giugno del 2018, non ha trovato approvazione.

Allo stato dell'arte, le norme dell'ordinamento penitenziario contemplano la sfera riparativa all'art. 21 co. 4-*ter*, ove è previsto che il detenuto possa essere assegnato ad attività di volontariato a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi, e all'art. 47 n. 7, che prescrive genericamente all'affidato in prova al servizio sociale che si adoperi, per quanto gli è possibile, in favore della persona offesa. Il regolamento di esecuzione, inoltre, all'art. 27 fa riferimento alla riflessione del condannato sulle conseguenze del reato e le possibili azioni riparatorie da intraprendere nei confronti del soggetto passivo, tra le quali rientra il risarcimento del danno, da rileggere alla luce degli orientamenti sovranazionali in materia di *restorative justice*¹⁸.

Anche per il condannato maggiorenne il d.lgs. 123 del 2018 ha previsto all'art. 11 co. 7 lett. *d*) la modifica dell'art. 13 della legge 345 del 1975, disponendo che – ai fini dell'individualizzazione del trattamento penitenziario – sia predisposta un'osservazione scientifica sulla personalità del condannato, nel corso della quale al soggetto sarà offerta l'occasione di riflettere sui fatti criminosi commessi e sulle conseguenze della propria condotta sulla vittima, nonché la possibilità di intraprendere azioni riparatorie. L'osservazione avrà luogo dall'inizio al termine dell'esecuzione della pena e consentirà un costante adattamento del programma rieducativo alle condizioni psicofisiche del condannato, tenendo conto delle cause che potenzialmente lo hanno determinato alla commissione del reato.

La disposizione evidenzia, al pari dell'art. 1 co. 2 d.lgs. 121 del 2018, l'ormai maturata acquisizione nel nostro ordinamento di principi di giustizia riparativa e moderna vittimologia volti ad incentivare forme di mediazione con la persona offesa, anche ai fini di una ricalibrazione del trattamento sanzionatorio.

¹⁷ F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 22 marzo 2019, 6, ritiene che la previsione di cui all'art. 1 comma 2 del d. lgs. 121/2018 costituirebbe una necessaria "importazione" dei principi sanciti nella direttiva per l'esecuzione nei confronti degli adulti anche nel campo dei minori (*sub specie* sulle attività di giustizia riparativa); integrazioni cui ha fatto ricorso il legislatore delegato per sopperire alla genericità dei criteri dettati dall'art. 1 comma 85 lett. *p*) ed alle lacune persistenti, come quella concernente gli *untried young prisoners* (da intendersi come quei soggetti accusati di un reato, ma non ancora processati né sentenziati ed in perdurante stato di custodia cautelare, per i quali le Nazioni Unite hanno richiesto uno specifico trattamento differenziato (Regole minime per il trattamento dei prigionieri, Ginevra 1955).

¹⁸ G. MANNOZZI, *Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione*, in *Dottrina e attualità giuridiche*, a cura di L. RISICATO, in *Giur. it.*, 2016, 1532.

2. All'interno del quadro generale finora brevemente descritto si articolano le disposizioni di attuazione della direttiva contenuta nella lett. p) dell'art. 1 co. 85 della legge delega, che disponeva «l'adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età», dettando otto criteri guida specifici per il legislatore delegato.

Dopo aver ribadito prioritariamente che la magistratura di sorveglianza è una giurisdizione specializzata affidata al Tribunale per i minorenni, il primo criterio sancisce espressamente l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto le funzioni giudicanti in fase di cognizione. La disposizione registra l'eventualità piuttosto frequente che si crei un'incompatibilità "a catena" dovuta al fatto che giudici afferenti al medesimo ufficio, i quali abbiano già compiuto atti del procedimento, siano tenuti ad astenersi nelle successive fasi dello stesso, richiedendo così l'intervento in sostituzione di giudici assegnati, ad esempio, al dibattimento, che conseguentemente dovranno astenersi nel giudizio di riesame. In tale ipotesi, dovrebbe, quindi, essere chiamato il giudice di sorveglianza a comporre il collegio per il riesame, divenendo così incompatibile a sua volta a svolgere le proprie funzioni in fase di esecuzione. In conclusione, la preclusione disposta dalla legge delega, visto il numero ridotto dei giudici componenti i Tribunali per i minorenni, può determinare difficoltà di funzionamento dell'organo di giurisdizione di sorveglianza.

La legge 103 del 2017 ha, poi, previsto l'adozione di un'autonoma disciplina delle misure alternative applicabili al minore – con requisiti di accesso più favorevoli – e l'eliminazione di ogni automatismo sulla revoca dei benefici o di condizioni ostative alla concessione di questi ultimi.

La particolare attenzione del legislatore delegante al potenziamento delle misure alternative manifesta l'acquisita consapevolezza dello stato di crisi della pena carceraria, ovvero degli effetti controproducenti dell'esclusione sociale, dell'ozio forzato e della privazione degli affetti¹⁹. Si tratta di una dimensione, questa, che si allontana dall'obiettivo di responsabilizzazione del reo e si avvicina pericolosamente ad un annullamento della volontà di cambiare, ponendosi in controtendenza rispetto ad un «diritto penale inclusivo e pacificatore», che si irradia dai principi personalistici del moderno costituzionalismo²⁰.

Pressante è anche l'obbligo di adeguamento al contesto sovranazionale.

In materia di esecuzione la Direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016 (sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali) ha, infatti, prescritto agli Stati Membri di ricorrere «ogniquale volta sia possibile» a misure alternative alla detenzione (art. 11)²¹.

Tanto premesso, rispetto ai requisiti per la concessione delle 'misure di comunità', delude rilevare che il decreto n. 121 non abbia introdotto alcuna previsione di favore per l'accesso all'affidamento in prova ai servizi sociali, continuando a mantenere le medesime condizioni già definite dall'art. 47 co. 1 e 3-bis ord. penit.²².

¹⁹ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit., 5-7.

²⁰ R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 4/2016, 16.

²¹ Il par. 4 della stessa Direttiva prescrive agli Stati di incoraggiare, attraverso servizi pubblici o finanziando organizzazioni a sostegno dei minori, iniziative utili alla formazione degli operatori che offrono servizi di sostegno ai minori e di giustizia riparativa.

²² Con la differenza, sancita dalla Corte costituzionale (sent. 22 aprile 1997, n. 109), che il condannato minorenni al momento della sentenza può richiedere l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà anche in caso di pena detentiva che consegua alla revoca di una sanzione sostitutiva per inosservanza delle prescrizioni ad essa inerenti (art. 67 della legge 24 novembre 1981, n. 689)

Ebbene, le premesse sembravano altre: basti pensare allo schema di decreto legislativo recante la disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni (A. G. 20) sottoposto all'approvazione del Senato il 24 aprile 2018, che innalzava a sei anni di reclusione il limite oggettivo per la concessione della misura, o alla proposta del quinto Tavolo degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale di eliminare i requisiti di ordine temporale, onde consentire al giudice di sorveglianza – in assenza di automatismi – la valutazione nel merito della richiesta.

In attuazione dell'art. 1 comma 85 lett. *p*) n. 4, il legislatore delegato ha introdotto una nuova misura di comunità, che si colloca a metà strada tra l'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 4 d.lgs. 121/2018 e art. 47 ord. penit.) e la detenzione domiciliare (art. 6 d.lgs. 121/2018 e art. 47-ter ord. penit.). Essa segue la medesima disciplina dettata per la detenzione domiciliare con la possibilità per il magistrato di sorveglianza di ritenere indispensabile ai fini educativi la sottoposizione ad un programma elaborato dai servizi sociali, fermo restando il vincolo alla libertà di movimento del minore determinato dal pericolo di reiterazione di reati.

Non si registrano, inoltre, cambiamenti significativi in ordine alle condizioni di accesso alla misura della detenzione domiciliare. L'art. 6 del decreto consente di espiare in tale forma la pena detentiva da eseguire in misura non superiore a tre anni di reclusione, quando non vi siano le condizioni per l'affidamento in prova al servizio sociale. In base all'art. 47-ter comma 1 ord. penit., invece, quando il condannato è minore di ventun anni e vi siano delle comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia, la misura è concedibile se la pena da eseguire sia pari o inferiore a quattro anni di reclusione. Anche in questo caso non sembra che si sia tenuto conto della generale volontà, espressa nella legge delega, di ampliare le condizioni di accesso alle misure alternative.

La normativa attenua, invece, la rigidità del regime della semilibertà, non solo in riferimento al condannato minorenne per delitti di vario genere²³, ma anche per il minore condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. penit.²⁴.

La previsione del terzo co. dell'art. 2, per il quale – fermo restando quanto disposto dal decreto – «ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno si applica l'art. 4-bis co. 1 e 1-bis ord. penit. (e successive modificazioni), costituisce senz'altro un punto critico della normativa.

La disposizione si pone in contrasto con la direttiva della legge delega 103 del 2017, ove è prescritta all'art. 1 comma 85 lett. *p*), relativo all'adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei minori (punto 6), «l'eliminazione di ogni automatismo e

²³ Per il quale il requisito di accesso è che il minore abbia già espiato un terzo della pena.

²⁴ Delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'articolo 416-bis del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo co., 600-ter, primo e secondo co., 601, 602, 609-octies, e 630 del codice penale, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Da ultimo, la legge 9 gennaio 2019 n. 3 cd. «spazzacorrotti» ha modificato l'art. 4-bis ord. penit. prevedendo l'estensione di tale regime anche ai delitti di cui all'art. 314 primo co., 317, 318, 319, 319-bis, 319-quater primo co., 320, 321, 322, 322-bis c.p., e disponendo che in tali ipotesi possano essere concessi l'assegnazione al lavoro esterno, assegni premio e misure alternative al condannato qualora abbia collaborato a norma dell'art. 323-bis co. 2 c.p. (se si sia cioè adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare la prova del reato o individuare gli altri responsabili).

preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio di individualizzazione del trattamento»²⁵.

L'art. 4-*bis* ord. penit. impedisce, in maniera automatica, la concessione dell'assegnazione al lavoro esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, fatta eccezione per la liberazione anticipata, ai condannati per i delitti di cui al primo comma della stessa norma, a meno che non vi sia stata una effettiva collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.

Inoltre, ai sensi del comma 1-*bis* dello stesso articolo, i benefici possono essere concessi al condannato per uno dei predetti delitti una volta che sia esclusa l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o che la collaborazione sia divenuta impossibile o irrilevante²⁶.

Va premesso che, in virtù dell'art. 50 ord. penit., la semilibertà può essere concessa quando la pena da espiare sia pari a sei mesi di arresto o reclusione o, al di fuori di questa ipotesi, dopo l'espiazione di almeno metà della pena. Nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. la condizione di accesso, invece, è che siano già stati espiati almeno due terzi della pena, a meno che non manchino i requisiti per l'affidamento in prova.

Ante riforma, tale regime riguardava anche il condannato minorenni in virtù della clausola contenuta nell'art. 79 ord. penit., per la quale – in attesa di una disciplina differenziata – sarebbero state applicate anche ai minori le norme dell'ordinamento penitenziario dettate per i maggiorenni.

L'art. 7 del d.lgs. 121 del 2018 ha poi previsto, a differenza dell'art. 50 ord. penit., che la semilibertà possa essere concessa al condannato minorenni quando questi abbia già espiato un terzo della pena; mentre nel caso dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. si tenga conto anche del «significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua».

Viene, quindi, eliminato il requisito oggettivo di ammissibilità della domanda connesso alla durata della reclusione o dell'arresto pari a sei mesi e sarà sufficiente aver espiato un terzo della pena (e non più la metà) per la concessione della misura alternativa.

È piuttosto dubbio, invece, il significato della previsione relativa ai condannati minorenni per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.²⁷

La norma andrebbe letta nel senso di voler consentire l'accesso alla semilibertà ai minori responsabili di quei delitti quandanche non abbiano espiato due terzi della pena²⁸, affidando, però, all'interprete il delicato compito di definire i contenuti dell'indeterminato criterio enunciato nell'art. 7 del decreto legislativo.

²⁵ F. VILLA, *Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 121 – Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di R. POLIDORO, Pisa, 2019, 54, richiama il parere del Garante Nazionale delle persone detenute Mauro Palma secondo il quale la previsione si pone in contrasto con i principi e le direttive fissate nella legge delega, oltrepassando i limiti dell'esercizio della funzione.

²⁶ Il comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis* ord. penit., consente la concessione dei benefici ai condannati per i delitti di omicidio, prostituzione e pornografia minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, rapina aggravata, estorsione aggravata e contrabbando di tabacchi lavorati esteri (ipotesi aggravata) e produzione o traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, qualora sia escluso il collegamento con criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

²⁷ Nello stesso senso, cfr. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, cit.

²⁸ Una conferma sarebbe desumibile dallo schema di decreto legislativo (A.G. 20) nel quale si richiedeva l'espiazione di almeno metà della pena.

Una nota amara, infine, riguarda l'omessa previsione della possibilità di disporre d'ufficio le misure di comunità, che pure era stata prospettata nello schema di decreto legislativo²⁹.

3. Il riferimento alle misure di giustizia riparativa e di mediazione con la vittima del reato impone necessariamente di distinguere tra modelli di giustizia cd. negoziale e strategie di responsabilizzazione del minore condannato. I primi mirano alla più rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale³⁰, con la possibilità di una rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato³¹ in presenza di un ravvedimento del minore e/o della scarsa offensività del reato commesso; le seconde incidono sulle modalità di esecuzione della pena e tendono ad una responsabilizzazione del soggetto³², condannato con sentenza passata in giudicato, andando a integrare il programma di recupero del reo.

La *restorative justice*, da strumento alternativo³³ o integrativo della pena in senso stretto, è tesa alla riconciliazione tra il reo e la vittima e mira a riparare, con il consenso delle parti, le conseguenze del reato³⁴.

A tal riguardo va fatta una precisazione preliminare rispetto al significato da attribuire al termine 'vittima' e 'conseguenze del reato'. La vittima³⁵ va identificata nel soggetto passivo o persona offesa dal reato, in quanto titolare del bene giuridico leso dalla condotta criminosa. Non vi è necessariamente una coincidenza tra vittima e danneggiato dal reato, dovendosi intendere come tale il soggetto che ha subito il danno, patrimoniale o non patrimoniale, ex art. 185 co. 2 c.p. che è diretta conseguenza del fatto preveduto dalla legge come reato, e che potrà far valere la propria pretesa risarcitoria costituendosi parte civile nello stesso processo penale o esercitando l'azione civile nella sua sede propria³⁶. La presenza della vittima all'interno del processo penale assume una funzione nettamente distinguibile da quella ricoperta dal danneggiato dal reato, la cui costituzione nel procedimento risponde ad un interesse di natura meramente risarcitoria, autonomamente esercitabile anche in sede civile.

Al contrario, la partecipazione della persona offesa dal reato riflette lo scopo di reintegrare la violazione dell'ordinamento in una prospettiva valoriale di tutela dei beni giuridici protetti e,

²⁹ Ai sensi dell'art. 8 d. lgs. 121/2018 la richiesta può essere avanzata dall'interessato, se maggiorenne, o dal suo difensore, se minorenni dagli esercenti la responsabilità genitoriale, dal pubblico ministero e dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni.

³⁰ C. IASEVOLI, *L'irrelevanza penale del fatto: il diritto del minore al non processo*, in questa rivista, 2012, 1, 75.

³¹ Cfr. sulla funzione deflattiva della mediazione M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, 2013, 160.

³² Ricordiamo alcuni istituti già previsti dal nostro ordinamento che sono riconducibili a una nozione ampia di giustizia riparativa e che, tuttavia, paiono essere orientate non verso la vittima bensì nei confronti della collettività: a. il lavoro sostitutivo di cui all'art. 105 della legge 689/1981; b. il lavoro di pubblica utilità previsto dall'art. 54 d.lgs. 274/2000 per alcune violazioni del codice della strada; c. il lavoro di pubblica utilità previsto per i tossicodipendenti ex art. 73, comma 5-bis, del TU stupefacenti (D.P.R. 309/1990); d. i progetti di pubblica utilità per i soggetti ammessi al lavoro esterno ex art. 21, comma 4-ter, legge 354/75 (che, tuttavia prevede, più miratamente, anche la possibilità di prestare attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi) e. l'obbligo degli uffici dell'esecuzione penale esterna di sollecitare il beneficiario della misura alternativa extramuraria ad una valutazione critica degli atteggiamenti che sono stati alla base della condotta penalmente sanzionata, nella prospettiva di un reinserimento sociale compiuto e duraturo (art. 118, D.P.R. 230/2000, regolamento penitenziario).

³³ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1, 21, definisce la riparazione come un equivalente funzionale della pena.

³⁴ S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negoziazione e riconoscimento*, Bologna, 2006, 135.

³⁵ Sulla nozione criminologica di vittima v. E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, 20 ss.

³⁶ Tale seconda scelta diviene obbligata nel processo a carico di un minore, ove è esclusa la possibilità di costituirsi parte civile.

fornendo dinamicità al fenomeno criminale attraverso la relazione tra soggetto attivo e passivo, produce degli effetti responsabilizzanti per la vittima e di limitazione della responsabilità per il reo³⁷.

Nella prospettiva del principio rieducativo, dunque, sarebbe riduttivo, nonché scorretto, parlare di giustizia riparativa solo in termini afflittivi³⁸, come strumento alternativo alla pena equiparabile ai *punitive damages*³⁹.

Le conseguenze del reato andrebbero intese, piuttosto, in senso ampio come gli effetti del disvalore sociale della condotta criminosa⁴⁰. Inoltre, una presa di coscienza da parte del reo dei valori sociali e delle regole di condotta violate⁴¹ determina un'affermazione delle finalità rieducative e risocializzanti⁴², soddisfacendo al contempo esigenze di prevenzione speciale e generale⁴³.

In questo senso, la giustizia riparativa rappresenterebbe la *pars costruens* del diritto penale, che si affianca al tradizionale modello punitivo, ma senza sovrapporvisi.

Tale distinzione non ha ispirato il legislatore del 2017 nella formulazione dell'art. 162-ter c.p., in base al quale le restituzioni, la riparazione del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nei casi di procedibilità su querela di parte soggetta a remissione, costituiscono una causa di estinzione del reato e possono portare ad una sentenza di proscioglimento⁴⁴.

Un simile modulo processuale si avvicina sensibilmente ai modelli negoziali di composizione della lite, pur collocandosi in un segmento del processo. Sembrerebbe, pertanto, una scelta rispondente a ragioni di economia processuale, che avvicina il modello riparativo ad una modalità alternativa ed anticipata di risoluzione della controversia e che si mantiene ancora distante dallo schema della mediazione tra autore del reato e persona offesa.

In primo luogo, si è osservato che la *ratio* ispiratrice dell'istituto è senz'altro quella di deflazionare il carico giudiziario, evitando il proseguimento del processo quando il disvalore del fatto

³⁷ Ivi, 36.

³⁸ Sulle categorie della riparazione e della sanzione e della giustizia riparativa v. F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, Il Mulino, 2/2017, 349 ss. La riparazione e la sanzione potrebbero porsi in un rapporto di integrazione quando le condotte riparative spontanee del reo incidano sulla determinazione della pena; la sanzione e la *restorative justice*, invece, si pongono in un rapporto antitetico, essendo quest'ultima totalmente priva di qualsiasi fine utilitaristico che non sia il superamento del conflitto mediante una conciliazione tra le parti.

³⁹ Nello stesso senso G. MANNOZZI, *Il documento finale degli "Stati generali dell'Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2016, 567. Sulla distinzione tra *sanzioni riparatorie e pratiche e metodi della giustizia riparativa* v. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit., 10. Le prime hanno sempre un carattere sanzionatorio, modellato sulle conseguenze civili o dannose e pericolose del reato.

⁴⁰ cfr. E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, cit., 103 ss., descrive le differenze tra l'offesa penale dal danno risarcibile. L'A. osserva che la prima non sarebbe eliminabile *ex post*, mentre il secondo pur essendo risarcibile produrrebbe effetti solo attenuanti *ex art. 62 n. 6 c.p.*, e che, secondo sostenitori della *restorative justice*, andrebbero in ogni caso valorizzate forme di riparazione parziale o meramente 'simbolica', che esprimano un 'valore di relazione'.

⁴¹ R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, cit., 16, si tratta di una categoria che non è inquadrabile nella tipicità penalistica; tuttavia, il punto di partenza è sempre il disvalore penalistico del fatto, perché altrimenti ci troveremmo di fronte ad una forma di "pacificazione privata". Al contrario, viene in gioco anche il contesto valoriale e la giustizia riparativa assume una funzione di accreditamento e rafforzamento dei valori su cui fonda la convivenza sociale.

⁴² S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica dir.*, 2004, 345.

⁴³ Diffusamente E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, cit., 56 ss.

⁴⁴ In seguito ad integrale riparazione o ad offerta reale (*ex art. 1208 c.c.*), il giudice, sentite le parti, emette sentenza di proscioglimento o, qualora l'imputato dimostri di non aver potuto adempiere entro la dichiarazione di apertura del dibattimento, può sospendere il processo fissando un termine (non superiore a sei mesi) per il pagamento rateale del risarcimento. Durante tale periodo rimangono sospesi i termini di prescrizione del reato.

può essere annullato da una condotta riparatoria del reo⁴⁵. È discutibile che esso corrisponda ad una logica di giustizia riparativa: manca, infatti, la dimensione dialogica con la vittima, che non può dirsi realizzata nel sentire le parti prima della decisione.

Inoltre, il consenso della persona offesa non è necessario per procedere alla dichiarazione di estinzione del reato, dipendendo solo ed esclusivamente dal potere-dovere del giudice di valutare l' idoneità della condotta riparatoria e, in caso di esito positivo, di prosciogliere⁴⁶.

4. Molteplici tematiche si intersecano in materia di giustizia riparativa nel campo del diritto penale sostanziale e processuale: dall'attuazione del principio rieducativo (art. 27 co. 3 Cost.) alle esigenze di prevenzione generale e speciale, dalla valorizzazione della centralità della vittima del reato fino ad arrivare alle finalità deflattive⁴⁷ e ragioni di efficienza⁴⁸.

Tuttavia, nell'ambito della giustizia minorile a prevalere sono le istanze di protezione del minore, che si traducono nella *diversion* processuale ed in una concezione cd. 'realistica' del principio di obbligatorietà dell'azione penale⁴⁹, fondata sul bilanciamento tra la pretesa punitiva statale e la tutela dello sviluppo della personalità di un soggetto *in fieri*.

Sono noti gli istituti processuali rispondenti alla finalità di affrontare la devianza minorile nel rispetto delle esigenze educative del giovane imputato e nella prospettiva della sua responsabilizzazione.

Già al momento dell'accertamento della personalità del minore, disposto dall'art. 9 del D.P.R. 448 del 1988, il giudice può – anche se ciò non è espressamente previsto – richiedere agli operatori degli uffici di mediazione informazioni sul soggetto per valutare l'opportunità di intraprendere un percorso di mediazione con la vittima del reato⁵⁰. Tale valutazione, come è noto, costituisce il presupposto per l'accoglimento della richiesta della sospensione del processo con messa alla prova, per l'emanazione di una sentenza di irrilevanza del fatto e per la concessione del perdono giudiziale (art. 169 c.p.).

⁴⁵ R. MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p., una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile ai fini deflattivi*, in *Arch. pen.*, 1/2018, 5.

⁴⁶ *Ivi*, 11.

⁴⁷ Una funzione deflattiva è attribuibile alla conciliazione dinanzi al giudice di pace (art. 9 d.lgs. 274 del 2000), che in caso di esito positivo della mediazione tra le parti determina una remissione di querela o rinuncia al ricorso immediato (proposto dalla persona offesa ai sensi dell'art. 21 dello stesso decreto), e alla sospensione del procedimento con messa alla prova introdotta per gli imputati maggiorenni nel libro VI titolo V *bis* del codice di procedura penale. La Cassazione si è pronunciata sul rito alternativo disciplinato dagli art. 464-*bis* e ss. c.p.p. rimarcando che esso risponde anche lo scopo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, non limitandosi ad essere un meccanismo retributivo. Tuttavia, per quanto il programma trattamentale elaborato dall'UEPE possa effettivamente prevedere condotte riparatorie o attività volte a promuovere la mediazione con la vittima, l'istituto nella pratica si è rivelato rispondente ad esigenze deflattive ed efficace nell'ottica special preventiva (V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali ancora le criticità?*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 1/2015, 4).

⁴⁸ Sul tema A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 248.

⁴⁹ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune* (2001), in *ID.*, *Diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 147.

⁵⁰ G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2019, 4-5. L'A. osserva che anche l'istituto delle prescrizioni di cui all'art. 20 del D.P.R. 448/88 consente, data la sua formulazione generica, al giudice di imporre al minore anche attività di riparazione e mediazione con la persona offesa.

Nella prassi è proprio quest'approccio ad aver raggiunto la maggiore diffusione nei distretti di Corte d'appello dotati di un servizio di giustizia riparativa⁵¹, tanto da aver indotto a ritenere in questi casi "giustificata" l'inerzia del pubblico ministero nell'esercitare l'azione penale o nel richiedere l'archiviazione. Qualora, infatti, nelle more dell'espletamento della procedura dovesse scadere il termine di durata massima delle indagini preliminari e l'organo di accusa non avesse assunto alcuna determinazione, non opererebbe la disciplina della avocazione da parte del Procuratore generale, contenuta nell'art. 412 c.p.p.

La questione è, peraltro, oggi ancor più delicata in virtù dell'introduzione, ad opera della l. 103 del 2017, del co. 3-*bis* all'art. 407 c.p.p., che ha previsto un termine acceleratorio in base al quale il pubblico ministero dovrà esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine di durata massima delle indagini preliminari. Da un lato, dunque, l'utilizzo dell'indicativo "*dispone l'avocazione*" (art. 412 co. 1 c.p.p.) combinato con il testo dell'art. 407 co. 3-*bis* («in ogni caso il pubblico ministero è tenuto ad esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione») induce a considerare *obbligatoria* l'avocazione da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello. Dall'altro, la previsione di un termine acceleratorio sembrerebbe non lasciare spazio ad atteggiamenti di inerzia o di ritardo da parte dell'Ufficio del pubblico ministero. Ciononostante, la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 18 giugno 2018 ha espressamente definito tali ipotesi come di "*inerzia apparente*", rispetto ai quali non sussisterebbe il dovere-potere di avocazione del Procuratore generale in ragione dei profili di incompatibilità della disciplina ordinaria con i tratti di specializzazione del rito minorile⁵².

Gli esiti positivi del percorso avviato in sede di accertamento della personalità, come si è detto, possono condurre ad una sentenza di irrilevanza del fatto *ex art. 27 del D.P.R. 448 del 1988*, istituito con il quale si è inteso garantire la immediata fuoriuscita del minore dal processo penale⁵³. I presupposti di tale declaratoria sono l'occasionalità della condotta e il rischio di un pregiudizio alle esigenze educative del deviante. Inoltre, essa non può prescindere dall'instaurazione di un previo contraddittorio tra le parti in apposita udienza camerale, condizione necessaria per l'emanazione della sentenza di non luogo a procedere (non essendo ancora stata esercitata l'azione penale) e occasione di riflessione per l'autore del reato sui fatti commessi⁵⁴.

⁵¹ I dati sono riportati nel Documento di studio e proposta "*Mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*" elaborato dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (52), ove, tra l'altro, è sottolineato come l'accertamento previsto dall'art. 9 del D.P.R. 448/88 sia utilizzato al fine di avviare percorsi di giustizia riparativa anche dopo la conclusione delle indagini preliminari e finanche in udienza preliminare o – più raramente – in dibattimento, a prescindere dalla sospensione del procedimento con messa alla prova.

⁵² Nella Risoluzione si osserva che spesso le strategie adottate per favorire il recupero e la risocializzazione del minore con uno strumentario diverso da quello punitivo (ad esempio un progetto di giustizia riparativa) richiedono tempi maggiori, incompatibili con l'osservanza dei termini previsti in materia di avocazione. Sebbene i presupposti e le modalità di esercizio delle avocazioni (indicati dal Consiglio nelle Risoluzione del 16 maggio 2018) e la speciale connotazione che assume l'istituto lo rendano applicabile anche agli uffici requirenti minorili, nei casi in cui vi sia da attendere gli esiti di accertamenti necessari per valutare la ricorrenza dei presupposti per una pronuncia di irrilevanza del fatto (art. 27 D.P.R. 448/1988) o la conclusione di percorsi rieducativi disposti con provvedimenti di messa alla prova *ex art. 28*, sussisterebbero situazioni di inerzia *apparente* dell'ufficio. Dunque, ci troveremmo di fronte a ipotesi tali da non poter fondare l'esercizio del potere di avocazione da parte del Procuratore generale, con tutte le conseguenze del caso, anche in ordine alla modulazione del dovere di comunicazione nei termini precisati dalla stessa Risoluzione con riferimento alle ipotesi di inerzia apparente.

⁵³ Diffusamente C. IASEVOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, 75 ss.

⁵⁴ G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit., 10.

Infine, anche nell'ambito della *probation* (artt. 28 e 29 del D.P.R. 448/88) il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato» (art. 28 co. 2) andando ad integrare il programma di recupero elaborato dai servizi minorili⁵⁵. Molti Tribunali hanno ritenuto di escludere previsioni di giustizia ripiativa in tale sede, onde sottolineare il profilo di volontarietà della mediazione, che rischierebbe altrimenti di confondersi con la natura prescrittiva del programma di messa alla prova.

Ciononostante, non può ignorarsi che con la sentenza che dichiara estinto il reato per buon esito della *probation*, ex art. 29 del D.P.R. 448/88, lo Stato rinuncia alla pretesa punitiva sulla base di un 'patto' con l'imputato che impone il suo impegno a dimostrare l'acquisita maturità ed evoluzione psicologica nell'ottica della sua rieducazione e reinserimento sociale⁵⁶. In questa visione l'incontro con la vittima non può che contribuire positivamente al percorso di crescita e di ravvedimento del deviante, ferma restando l'indipendenza di tale binario rispetto alla vicenda processuale.

Va rilevato, inoltre, che non v'è unanimità di vedute sulla natura prescrittiva della messa alla prova per i minori. In particolare, ci si è chiesti se, in caso di esito negativo della stessa, il periodo in cui è stato espletato il programma debba essere detratto dalla pena da eseguire in caso di condanna irrevocabile.

Quando, infatti, a sottoporsi alla *probation* è un imputato maggiorenne (artt. 464-*bis* e ss. c.p.p.), tre giorni di messa alla prova possono essere convertiti in un giorno di detenzione (o 250 euro di pena pecuniaria) in caso di revoca del provvedimento sospensivo o di esito negativo del percorso, secondo quanto disposto dall'art. 657-*bis* c.p.p.

Il Tribunale per i minorenni di Milano, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha ritenuto che non fosse invocabile tale ultima disposizione anche nei confronti dei minori e ha rigettato, dunque, l'istanza di scomputo del periodo di *probation* dalla pena, già sollecitato in precedenza al pubblico ministero al quale competerebbe tale operazione secondo l'art. 657-*bis* c.p.p.

Le ragioni della decisione si fondano sulla distinzione sostanziale tra l'istituto del processo minorile e quello dettato per i maggiorenni. *In primis*, il giudice dell'esecuzione sottolinea che nel caso di messa alla prova per l'imputato minorenni non vi siano limiti soggettivi né oggettivi di accesso, contrariamente a quanto previsto dal codice di rito, e non sia necessario il consenso del reo, requisito assolutamente indispensabile, invece, nel procedimento a carico degli adulti. Inoltre, i contenuti del programma sarebbero caratterizzati da una minore affilittività, essendo concepiti secondo una dimensione strettamente educativa, a differenza di quello tradizionalmente elaborato per l'imputato maggiorenne, incentrato sul lavoro di pubblica utilità e, pertanto, maggiormente limitativo della libertà personale.

La prima sezione della Corte di cassazione, su ricorso proposto avverso l'ordinanza di rigetto del giudice dell'esecuzione, ha ritenuto non condivisibili tali argomentazioni ed anzi censurabile una simile interpretazione dell'art. 657-*bis* c.p.p. in combinato con l'art. 29 D.P.R. 448/88, perché

⁵⁵ Si ricordi, inoltre, che la l. 67 del 2014 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio) ha esteso la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova nel processo minorile anche agli adulti (imputati per reati sanzionati con pene fino a 4 anni di reclusione), ha previsto che i programmi di trattamento allegati all'istanza di sospensione prevedano, come nel processo minorile, condotte riparatorie e la mediazione con la persona offesa (art. 4).

⁵⁶ R. SALVATI, *L'istituto della sospensione del processo penale per messa alla prova dell'imputato e l'ammissione di responsabilità*, in questa rivista, 1/2012, 28.

irragionevolmente determinerebbe una disparità di trattamento tra imputati maggiorenni e minorenni a fronte di un'analogia limitazione della libertà personale.

Il giudice *a quo* richiama altresì la previsione di cui all'art. 47 co. 11 ord. penit., che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 343 del 1987, consente di tenere conto dei giorni in cui il condannato è stato sottoposto all'affidamento in prova al servizio sociale in caso di revoca della misura. La stessa previsione è stata poi espressamente sancita per l'esecuzione minorile dall'art. 8 comma 5 del d. lgs. 121/2018, in base al quale il Tribunale di sorveglianza calcolerà la pena residua da espiare a seguito della revoca della misura alternativa tenendo conto della sua durata e del comportamento tenuto dal soggetto durante il suo svolgimento.

Al riguardo il giudice delle leggi, con sentenza n. 68 del 2019⁵⁷, ha ritenuto la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 657-*bis* c.p.p. e dell'art. 29 D.P.R. 448/88 infondata, sostenendo – conformemente alle tesi del giudice dell'esecuzione – che la messa alla prova per gli adulti e l'affidamento in prova al servizio sociale siano connotati da una natura sanzionatoria⁵⁸, mentre la *probation* minorile assumerebbe una funzione strettamente educativa e di recupero del reo tesa a prevenire una condanna e, quindi, l'applicazione di una pena.

In tale ottica non si configurerebbe alcuna irragionevole disparità tra due discipline, poiché solo quando il programma applicato può definirsi un "trattamento sanzionatorio" sorge il dovere di tenerne conto per il pubblico ministero, qualora si tratti di determinare una pena da eseguire, e per il giudice dell'esecuzione, qualora vi sia l'esigenza di ricalcolarla a seguito della revoca di una misura alternativa.

La Corte evidenzia gli elementi dai quali può desumersi che l'applicazione del principio di proporzionalità della pena debba avere luogo solo in occasione del rito speciale previsto per gli adulti: la previsione di limiti oggettivi, concernenti la gravità dei reati commessi («nei casi previsti dall'art. 168-*bis* c.p.»), e soggettivi, relativi alla biografia penale del reo, sommata alla previsione per cui il giudice è chiamato a valutare l'idoneità del programma di trattamento «in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale» (art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p.), e cioè in base ai criteri di commisurazione della pena. L'operatività del principio di proporzionalità della pena e il grado di afflittività del contenuto del programma di messa alla prova, in particolar modo del lavoro di pubblica utilità, hanno indotto la Consulta a ritenere ragionevole la disciplina risultante dalle norme censurate. Proprio la negazione della natura sanzionatoria del trattamento renderebbe poi la *probation* minorile pienamente compatibile con gli artt. 31 e 27 Cost.

Al di là delle opinioni positive o negative sui suoi contenuti, la pronuncia evidenzia come la promessa di uno sconto di pena *in futuro* possa indurre *oggi* il minore a non cogliere il reale significato dell'occasione che gli viene offerta e, così, a violare quel patto sulla base del quale si rende non più necessaria la risposta punitiva dello Stato.

5. Il principio costituzionale di protezione della gioventù (art. 31 comma 2 Cost.) e il criterio di ragionevolezza (art. 3 co. 2 Cost.) impongono l'estensione del modello di *restorative justice* anche

⁵⁷ Corte cost., 20 febbraio 2019 (dep. 29 marzo 2019), n. 69. Sulla funzione specialpreventiva della messa alla prova Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272 in *www.giustizia.it*.

⁵⁸ La Consulta avalla le argomentazioni fondate sull'afflittività del lavoro di pubblica utilità per gli adulti.

all'esecuzione della pena nei confronti del minore, durante la quale non possono abbandonarsi gli obiettivi di tutela che informano l'intero sistema della giustizia minorile.

Ai valori costituzionali fanno da sfondo le fonti sovranazionali ed internazionali, che impongono un approccio differenziato nei confronti del minore in ogni fase del procedimento ed anche in seguito alla sua conclusione. La Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo impone il riconoscimento di un trattamento speciale per il giovane deviante, che tenga conto della sua età e della sua dignità e valore personale, anche qualora sia riconosciuto «colpevole di reato penale»⁵⁹ ed invita gli Stati ad adottare leggi, procedure o a costituire autorità ed istituzioni destinate specificamente a tali soggetti.

In modo ancor più specifico, la Raccomandazione nr. 87/20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1987 invita gli Stati ad abbandonare gradualmente il ricorso alla detenzione ed aumentare il numero di misure alternative, nonché a dare preferenza a strumenti che diano maggiori possibilità di reinserimento e riducano i tassi di recidiva e a favorire azioni di riparazione del danno causato dal minore e il *community work*⁶⁰.

Proprio rispetto alla recidiva, i dati statistici di carattere generale (non concernenti esclusivamente la devianza minorile) evidenziano un calo di circa l'84% per gli autori di reati violenti che abbiano intrapreso percorsi di giustizia riparativa; una riduzione abbastanza soddisfacente anche per i responsabili di reati contro il patrimonio, ove non è stato, però, previsto nei programmi espletati un incontro con la persona offesa; il tasso resta, invece, invariato nei reati senza vittima. Ciò fa pensare che il confronto con l'altro produca un effetto dirompente sulla sfera emotiva del reo⁶¹ e lo spinga a ritornare alla legalità⁶².

Si pensi, ad esempio, ai risultati positivi ottenuti con gli autori di reato minorenni in Germania, Australia e Svizzera attraverso la *diversion* processuale e la *probation* in sede di esecuzione della pena (espiata nelle forme della detenzione o di una misura alternativa), senz'altro determinati dal ruolo attivo della vittima nel processo di emenda del condannato⁶³.

In seno all'Unione Europea si è ormai radicata l'idea di una *restorative justice* intesa come meccanismo della giustizia penale in grado di contemperare tanto gli interessi della vittima del reato quanto quelli del minore deviante, nell'ottica della valorizzazione della funzione pedagogica dell'incontro/confronto tra le parti coinvolte⁶⁴.

Un rilievo centrale è assunto dalla Direttiva 2012/29/UE che delinea una forma di conciliazione volontaria delle parti con l'ausilio di un terzo imparziale (art. 2) e garantisce alla vittima servizi di assistenza gratuiti durante e dopo il procedimento penale (art. 8)⁶⁵, ampliando gli obblighi informativi

⁵⁹ Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo, New York, 1989, art. 40 § 1 e 3. Ancora prima le cd. Regole di Pechino (Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, O.N.U. New York, 1985) all'art. 11 invitano gli Stati firmatari a "trattare i casi" di delinquenza giovanile senza ricorrere al processo formale ed a preferire misure *extra-giudiziarie*.

⁶⁰ Cfr. G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit.

⁶¹ Sulla funzione dei *conference groups* e dello *story telling* G. MANNOZZI, *Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione*, cit., 1533.

⁶² G. MANNOZZI, *Il documento finale degli "Stati generali dell'Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa*, cit., 566, riporta tali dati sulla recidiva (Sherman e Strang, 2007 e 2015) giungendo a questa valutazione.

⁶³ M. MONZANI, F. DI MUZIO, *La giustizia riparativa. Dalla parte delle vittime*, Milano, 2018, 220.

⁶⁴ Parere del Comitato economico e sociale europeo, La prevenzione e il trattamento della delinquenza giovanile e il ruolo della giustizia minorile nell'Unione europea (2006/C 110/13), §§ 4, 7.

⁶⁵ G. MANNOZZI, *Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione*, cit., 1532. Tale ultima previsione sembra riconoscere l'esperibilità di tali procedure anche in fase di esecuzione ed in virtù di ciò l'A.

nei confronti di quest'ultima, di modo che il ricorso agli ausili di giustizia riparativa avvenga nel suo interesse e sia determinato da un consenso libero e informato. Se non vi è una volontà in tal senso, infatti, è buona prassi individuare una vittima di un reato della medesima indole, che abbia manifestato il proprio desiderio di sottoporsi al programma di mediazione con il reo.

Va sottolineato che il consenso obbligatorio delle parti non può essere equiparato ad una rinuncia alla giurisdizione penale, essendo, comunque, rimessa all'autorità giurisdizionale la valutazione degli esiti della procedura, seppur con la mediazione illustrativa dell'operatore esperto, quantomeno nei casi in cui questa incida sulla vicenda punitiva (producendo l'estinzione del reato o una rideterminazione della pena)⁶⁶. In sintesi, nella dimensione della direttiva la riparazione costituisce una preziosa occasione per risanare le fratture sociali mediante il dialogo, conferendo nuovamente vigore al «patto democratico di cittadinanza»⁶⁷, ma senza sostituirsi – nella sua trasposizione all'interno dell'ordinamento – all'«edificio tradizionale delle fattispecie incriminatrici» e della risposta punitiva, ancora dotato di efficacia general preventiva⁶⁸.

La valorizzazione della posizione della vittima non ha ancora indotto a concepire il reato come un'azione contro il singolo soggetto passivo, che giustificerebbe il ricorso a composizioni private della controversia, rimanendo pur sempre una condotta che si pone in conflitto con l'ordinamento e che giustifica l'intervento dello Stato nella sfera di libertà degli individui.

Tuttavia, il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 112, nel dare attuazione alla direttiva europea, si è limitato ad intervenire solo sugli aspetti processuali concernenti il diritto all'informazione e alla partecipazione al processo della persona offesa⁶⁹ non disponendo alcunché riguardo a tali procedure. Che il tema ricevesse una certa attenzione è indubbio, se si considera che in parallelo venivano istituiti gli «Stati generali per l'Esecuzione penale», il cui tredicesimo tavolo è stato dedicato proprio al tema della giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime di reato. L'iniziativa si presentava come un'innovativa procedura di consultazione pubblica volta a creare una confluenza di pareri ed opinioni da parte di tutti gli operatori in campo giuridico al fine di elaborare delle proposte concrete, a seguito di un'analisi profonda sul tema della detenzione carceraria e delle misure alternative⁷⁰.

Pur essendo già stati avviati programmi e sperimentazioni di giustizia riparativa nella maggior parte delle realtà territoriali⁷¹, si era avvertita la necessità di garantire un'autonomia normativa alla

rimarca l'obbligo di interpretazione conforme delle norme dell'ordinamento penitenziario alla Direttiva, in assenza di una riforma *ad hoc*.

⁶⁶ F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, 361.

⁶⁷ G. MANNOZZI, *Il documento finale degli «Stati generali dell'Esecuzione Penale» in materia di giustizia riparativa*, cit., 566.

⁶⁸ F. PALAZZO, cit., 357. La giustizia riparativa mette in discussione «il monopolio della risposta al fatto tipico, monopolio da sempre detenuto dalla pena statuale», su cui si fonda la concezione tradizionale del diritto penale, C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi ad Urbino, 23/24-9-2005*, Milano, 2007, 116.

⁶⁹ Introducendo una serie di cautele a tutela della cd. vittima vulnerabile.

⁷⁰ Diffusamente, G. MANNOZZI, cit., *passim*. Tale procedura è stata istituita nel maggio 2015 dal Ministro di Giustizia On. Andrea Orlando ed i lavori si sono conclusi nell'aprile 2016. Alle consultazioni hanno partecipato avvocati, magistrati, assistenti sociali, docenti universitari, operatori penitenziari e sociali, garanti delle persone detenute, volontari ed associazioni.

⁷¹ Sono, infatti, ormai pochissime le realtà territoriali a non essere ancora dotate di un servizio di mediazione e giustizia riparativa: la Provincia di Catania, di Taranto, di Bari, di Campobasso, dell'Aquila, di Bologna e di Trieste. Ad incidere negativamente sulla diffusione locale di tali servizi è senz'altro la scarsità dei mezzi di finanziamento e di risorse e desta, dunque, una certa perplessità la clausola di invarianza finanziaria contenuta nella legge delega n. 103 del 2017.

mediazione penale all'interno del processo a carico di imputati minorenni, anche in ragione dell'esigenza di garantire l'uniformità di trattamento sul territorio nazionale.

Una delle proposte avanzate dagli Stati generali (il tavolo 5 incaricato del tema "minorenni autori del reato") era stata, infatti, proprio l'armonizzazione dell'ordinamento processuale minorile italiano alla Direttiva 2012/29/UE attraverso l'introduzione di una disciplina normativa di tali procedure.

V'è da registrare, però, che lo schema di decreto legislativo in materia di giustizia riparativa in fase di esecuzione del giugno 2018, elaborato parallelamente alla riforma dell'ordinamento penitenziario minorile, non ha trovato approvazione in sede parlamentare. L'atto seguiva l'impostazione di fondo della Direttiva 2012/29/UE, sancendo altresì la garanzia dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione (art. 2, evidentemente in riferimento ad altri procedimenti) e disponendo l'istituzione di servizi di giustizia riparativa nel territorio di ogni distretto di Corte d'appello, promossi mediante convenzioni tra il Ministero di giustizia e le Regioni e gli enti locali, sui cui sarebbero ricaduti i relativi oneri finanziari (art. 3)⁷².

In breve, secondo lo schema, una volta informato della possibilità di accedere a tali servizi, il condannato avrebbe potuto fare richiesta per un qualsiasi programma riconosciuto, in una forma di mediazione diretta tra autore del reato e vittima, o di mediazione "aspecifica", tra condannato e persona offesa da altro reato lesivo del medesimo bene giuridico, o dei cd. *conference groups*.

Era stato precisato, inoltre, che l'eventuale esito negativo della procedura, comunicato al magistrato di sorveglianza mediante la relazione scritta del mediatore, non avrebbe, comunque, pregiudicato l'accesso a misure alternative alla detenzione o altri benefici penitenziari (art. 8 lett. d).

Stante l'insuccesso dello schema di decreto legislativo del giugno 2018, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ha concluso l'elaborazione del documento di studio e proposta, dal nome "La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile", in cui viene dichiarato l'intento di mettere in luce i percorsi indicati dall'art. 1 co. 2 del d.lgs. 121/2018, per il processo minorile e per la fase dell'esecuzione, sulla base dei dati acquisiti dalle consultazioni con i 29 Tribunali per i minorenni e le 29 Procure minorili sul territorio italiano.

Tra i principi di fondo ai quali il legislatore era stato invitato ad adeguarsi spiccava la presunzione di non colpevolezza, come *regola di trattamento*, che esclude l'afflittività delle misure e valorizza la dimensione dialogica tra le parti, e come *regola di giudizio*, dal quale non può che derivare l'assoluta inutilizzabilità delle informazioni raccolte in sede di mediazione.

A tal riguardo, va precisato che la previsione dell'inutilizzabilità si riferisce alle forme di mediazione anteriori alla definizione del processo (o all'inutilizzabilità *erga alios*), mentre è evidente che in fase di esecuzione la garanzia della presunzione di non colpevolezza sfuma a fronte di una sentenza irrevocabile di condanna, che indubbiamente rende la conciliazione più libera per la disponibilità del reo ad ammettere le proprie colpe⁷³.

⁷² Presso il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia è già istituito l'*Osservatorio permanente sulla giustizia riparativa e la mediazione penale*, incardinato presso la Direzione generale dell'esecuzione penale esterna. L'Osservatorio, tramite referenti regionali, svolge attività di supporto agli UEPE (Uffici per l'esecuzione penale esterna) e agli istituti di pena allo scopo di uniformare le azioni di giustizia riparativa promosse dagli enti locali sul territorio.

⁷³ D. VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, 385.

Sulla scia della Raccomandazione CM/Rec (2018) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in materia di giustizia riparativa in ambito penale, adottata il 3 ottobre 2018, il legislatore domestico è intervenuto, come si è visto, disciplinando in via autonoma le norme in materia di esecuzione nei confronti del condannato minorenne lasciando, però, irrisolte troppe questioni⁷⁴.

Il paragrafo 58 della Raccomandazione ha affermato espressamente, ad esempio, che l'affidamento del condannato a servizi di *probation* dovesse essere affiancato da un percorso di *restorative justice*, da valutare anche al momento della determinazione del contenuto dei programmi, ben potendo incidere sulla “pianificazione” della pena. L'art. 4 del d.lgs. 121 del 2018, invece, non richiede espressamente un'integrazione dell'affidamento in prova con specifiche attività di mediazione con la vittima, ove esistente. Come si è visto, invece, l'art. 47 co. 7 ord. penit. prevede espressamente che nel verbale delle prescrizioni si richieda all'affidato di adoperarsi, per quanto è possibile, in favore della vittima del reato e tale norma costituirebbe un punto di partenza per l'adozione dello schema della mediazione in fase di esecuzione⁷⁵. Anzi, l'aspetto innovativo dell'affidamento in prova al servizio sociale era stato ravvisato proprio nella possibilità di non scindere la riparazione materiale del danno criminale dall'aspetto morale – ove le condizioni economiche del reo non possono incidere negativamente – costituendo la seconda componente un *quid pluris* della misura e non un presupposto per la sua concessione⁷⁶.

Il disallineamento tra le norme richiamate amplifica le criticità già rilevate in ordine alla carenza di determinatezza dei programmi di affidamento in prova al servizio sociale, notevolmente vari a seconda delle diverse interpretazioni e ed applicazioni della relativa disciplina da parte dei Tribunali di sorveglianza⁷⁷. Che debba ricorrersi a norme generiche nel campo dell'affidamento in prova per garantire una certa elasticità trattamentale è indubbio; sarebbe opportuna, però, una base comune minima che impedisca disparità di trattamento nell'applicazione concreta della misura.

6. L'idea che la dimensione della giustizia riparativa debba trionfare nel campo delle misure alternative è un assunto piuttosto condiviso, nonostante l'esperienza dimostri che la gran parte dei soggetti che si presentano dinanzi al Tribunale di sorveglianza per esservi ammessi siano spinti da una “valutazione costi-benefici”, più che da una reale consapevolezza del disvalore sociale delle proprie azioni⁷⁸. Ciò basterebbe a indurre il condannato a non delinquere ancora, con una certa efficacia sul piano della prevenzione speciale, ma non è sufficiente affinché si abbandonino le logiche, tipiche del sentire comune, di convenienza da parte del reo e di svuotamento degli istituti penitenziari.

Si è parlato di un passaggio dal modello riabilitativo ad uno riparativo, in cui le misure penitenziarie si riempiono, al fianco della componente prescrittiva ‘di controllo’, di quei contenuti di

⁷⁴ In particolare il paragrafo 21 della Raccomandazione prescrive agli Stati membri di creare una chiara base giuridica per i casi in cui l'autorità giudiziaria rimandi alla giustizia riparativa o in cui questa possa, comunque, incidere sul procedimento penale.

⁷⁵ D. VICOLI, cit., 383.

⁷⁶ G. ROSSI, *La Direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2/2015, 11, evidenzia che in ciò si ravvisa la differenza con la liberazione condizionale, ove invece è richiesto quale presupposto un “sicuro ravvedimento”, cioè una revisione critica del fatto che si manifesta proprio in una condotta riparativa in favore della vittima (Corte cost. sent. 138 del 2001).

⁷⁷ M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, cit., 1527.

⁷⁸ G. P. CASARI, *La riforma dell'Ordinamento Penitenziario: soluzioni timide per problemi gravi*, cit., 18.

solidarietà sociale e di economia fino ad oggi ignorati, ma estremamente efficaci sul piano della risocializzazione⁷⁹.

Su questi stessi versanti ideologici, il Documento finale elaborato dagli esperti degli Stati generali per l'Esecuzione Penale avrebbe dovuto guidare il legislatore⁸⁰ nell'opera di riforma dell'ordinamento penitenziario per la costruzione di «un sistema costituzionalmente e convenzionalmente orientato di esecuzione delle pene» che riequilibrasse la funzione rieducativa, così arricchita nei suoi contenuti, e le istanze di difesa sociale⁸¹.

Una certa reazione polemica avevano suscitato le proposte di attenuare la rigidità del “carcere duro” ex art. 41-*bis* ord. penit.⁸² e di intervenire altresì sul doppio binario per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., configurando una presunzione solo relativa di pericolosità, vincibile dalla valutazione positiva del giudice di sorveglianza, e prospettando il mantenimento di tali restrizioni solo nei confronti dei condannati per reati associativi⁸³.

È paradossale l'evoluzione del percorso di riforma, che si è concluso – per opera della legge cd. “spazzacorrotti” (9 gennaio 2019 n. 3) – con l'estensione del regime ostativo dell'art. 4-*bis* ord. penit. anche ai condannati per reati contro la Pubblica Amministrazione e, con essa, assistiamo al tramonto del progetto di riequilibrio tra principio rieducativo e istanze punitivo-repressive⁸⁴.

Visti gli esiti, si pone evidentemente un problema di coerenza sistematica: se passa in secondo piano la volontà di evitare la carcerazione, quando possibile, onde favorire la riabilitazione ed il reinserimento del condannato⁸⁵, ci si chiede come possa trovare affermazione nell'ordinamento italiano la giustizia riparativa e, dunque, un diritto penale dell'inclusione sociale.

Né pare potersi avanzare alcuna argomentazione fondata sulla distinzione tra l'ordinamento penitenziario minorile e quello per i condannati maggiorenni, avendo già evidenziato come gli effetti positivi in termini di riduzione della recidiva e, quindi, di responsabilizzazione del reo abbiano pari rilevanza rispetto alle esigenze educative e di protezione del minore deviante. Si noti, inoltre, che l'art. 4-*bis* ord. penit. così come il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., trova applicazione anche nei confronti dei minori⁸⁶, almeno fino a quando non vi sia un intervento (del legislatore o della Corte costituzionale) che ne escluda l'operatività.

⁷⁹ M. BORTOLATO, cit., 1525.

⁸⁰ XVII Legislatura, A.C. n. 2798 e A.S. 2067.

⁸¹ F. FIORENTIN, *La conclusione degli “Stati generali” per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016, 7.

⁸² Da modulare in ragione della necessità effettiva di tagliare le comunicazioni del detenuto con il mondo esterno cfr. M. PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, cit., 1127.

⁸³ F. FIORENTIN, cit., 11.

⁸⁴ Sui profili di illegittimità costituzionale della configurazione dei delitti con la P.A. come “reati ostativi” V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2/2019, 107.

⁸⁵ Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 569 del 1989, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47, terzo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354, così come modificato dalla legge n. 663 del 1986, nella parte in cui non prevedeva che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato potesse essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale se, in presenza delle altre condizioni, avesse serbato un comportamento tale da ottenere un giudizio positivo sulla sua personalità ed idoneità alla rieducazione. Corte cost., 2 marzo 2018, n. 41, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5 c.p.p. nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

⁸⁶ F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in *Dir. pen. cont. trim.*, cit., 5, rileva che parlando di esecuzione minorile due sono le modifiche apportate dal Senato alle direttive

Ciò che viene in rilievo è l'indirizzo di una politica criminale schizofrenica e finalizzata alla raccolta di consensi⁸⁷, più che ad un uso proporzionato dello strumento penale.

Al di là dell'irragionevolezza di una simile scelta di sistema, non può ignorarsi che la dimensione riparativa del trattamento sanzionatorio è ormai radicata sul piano sovranazionale, con il conseguente obbligo per il legislatore domestico di adeguarvisi.

Sul versante interno, poi, essa ha assunto una posizione di complementarietà⁸⁸ rispetto al paradigma tradizionale della pena⁸⁹, ponendo le basi per un rinnovamento culturale e per un progresso della giustizia punitiva. Ebbene, la speranza è che l'abbandono dell'impostazione "carcerocentrica" sia dettata da un forte spirito di civiltà giuridica e non solo dall'esigenza di allinearsi – a tratti – al diritto sovranazionale e alla giurisprudenza europea.

Il tendenziale abbandono dell'ostilità verso la dimensione restaurativa non può che essere frutto degli esiti positivi dell'applicazione nella prassi di procedure di mediazione reo-vittima, tra i quali, come si è visto, vi è l'abbattimento della recidiva, ma anche un alleviamento dei disturbi post-traumatici da stress nelle vittime⁹⁰. Proprio rispetto a queste ultime, infatti, il modello riparativo costruisce uno spazio di ascolto e di rispetto, in cui la rielaborazione degli accadimenti passati attraverso il dialogo con il responsabile può rivelarsi l'occasione per ottenere delle risposte ed aprirsi ad una forma di accettazione dell'evento. Si pensi alla sperimentazione del percorso di giustizia riparativa della durata di sette anni tra autori e vittime del terrorismo italiano degli anni '70 o alle mediazioni aspecifiche condotte presso l'Ospedale Niguarda di Milano nell'interesse di vittime di reati sessuali, atti persecutori o omicidi, sulle quali è stato espresso un certo grado di soddisfazione da entrambe le parti⁹¹.

L'auspicio, però, è che l'*irruzione* della vittima nel processo si traduca in una valorizzazione del suo ruolo senza alterare i caratteri di un sistema reo-centrico, in cui il diritto penale continui a mantenere un carattere di sussidiarietà e la compressione della libertà personale sia ancora considerata l'*extrema ratio*.

Va ricordata, inoltre, l'esperienza della Casa di Reclusione di Tempio Pausania, che ha dimostrato come la *restorative justice* non si esaurisca nell'incontro tra le vittime e autori del reato, richiedendo altresì la costruzione di una "comunità riparativa" che coinvolga istituzioni, associazioni culturali e di volontariato, operatori giuridici, forze di polizia e tutti coloro che possano fornire un contributo positivo nel progetto rieducativo. Attraverso un confronto paritario tra i detenuti e i soggetti esterni si realizza l'obiettivo di rendere comunicanti il mondo circostante e la piccola realtà

della legge delega di maggior rilievo: l'articolazione degli otto criteri nell'art. 1 comma 85 lett. p) e la clausola iniziale («fermo restando quanto previsto dall'art. 41-bis» ord. penit.). Quest'ultima appare incompatibile con i principi dettati nella legge delega e, in quanto riferibile anche ai condannati minorenni, costituisce senz'altro un "nodo inestricabile" per il legislatore delegato. Allo stesso modo l'applicazione degli automatismi di cui all'art. 4-bis ord. penit. anche ai minori si pone in contrasto con gli orientamenti consolidati della giurisprudenza costituzionale e con la stessa direttiva ove ne prescrive l'abbandono in termini generali (art. 1 comma 85 lett. e) della l. 103/2017) *ivi*, 7.

⁸⁷ F. DELLA CASA, cit., 7, osserva come nel passaggio alla XVIII legislatura gli orientamenti in tema di riforma penitenziaria siano mutati e ne siano rimasti stravolti gli articolati di principio della Commissione Cascini, parlando di «una vera e propria "controriforma"».

⁸⁸ I principi costituzionali e, in particolare, quello di legalità impongono «una concezione di giustizia riparativa formalizzata ad *endosistemica*, quale alternativa alla pena piuttosto che al controllo penale», R. MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p., una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile ai fini deflattivi*, cit., 9.

⁸⁹ F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, cit., 353.

⁹⁰ F. PARISI, *La Restorative Justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2014, 24.

⁹¹ M. MONZANI, F. DI MUZIO, *La giustizia riparativa. Dalla parte delle vittime*, 221-222.

carceraria, secondo una logica di scambio reciproco in cui alle azioni riparatorie del condannato in favore di gruppi sociali svantaggiati si affiancano gli interventi della società civile per l'arricchimento trattamentale nell'istituto penitenziario.

Quanto più la collettività manifesta forme di solidarietà tese all'inclusione sociale dei soggetti devianti, tanto più alta è la possibilità di un sereno svolgimento del percorso trattamentale – reso possibile da un atteggiamento collaborativo della popolazione carceraria con l'Amministrazione Penitenziaria – e di successo delle attività rieducative (istruzione, formazione professionale, sport, teatro, musica), tra le quali rientrano le azioni riparative⁹².

In questo quadro si insinua l'idea che il dialogo sia ancora lo strumento per riconciliarsi con l'essere umano, che è condizione indefettibile perché possa parlarsi di una vera ed effettiva rieducazione.

⁹² Su tutti questi temi C. CIAVARELLA, *L'esperienza della Casa di Reclusione di Tempio Pausania per la costruzione di un modello trattamentale riparativo*, in *Minori giust.*, 1/2016, *passim*.

Dal Caso Vos Thalassa a quello Sea Watch ed al Decreto Sicurezza *bis*: una lettura convenzionalmente orientata

ANTONIO MENNA

ABSTRACT

The judgment in question defines, in the abbreviated judgment, the well-known story of the migrants who in July 2018 opposed the threat of the use of force to their repatriation to Libya by the Italian commercial ship that had rescued them, forcing the captain of the same to reverse the route and lead them to the Italian coast. The Tribunal recognized the two migrants identified by the public prosecution as heads of the rebellion – and in this capacity called to answer in competition for the aggravated crimes of violence or threat and resistance to public officials (articles 336, 337 and 339 of the criminal code) and of aggravated aiding and abetting of illegal immigration – the reason for justifying self-defense. Below we will retrace the argumentative points of this important decision, and then we will carry out some reflections on the general value of the statements contained therein, starting from the Sea Watch case up to the sentence drawn up by the Court of Trapani

SOMMARIO: 1. Premessa: persuasione e reclutamento. – 2. Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie. – 3. L’ordinanza del GIP di Agrigento sul caso Sea Watch (Carola Rackete). – 4. Il caso Vos Thalassa affrontato dal Tribunale di Trapani.

1. Dallo studio della giurisprudenza della Corte europea sembra emergere con chiarezza un dato: l’esistenza di una crescente *limitazione europea* (*rectius*, di una *condivisione europea della*) alla sovranità degli Stati nelle scelte di politica criminale e di politica giudiziaria¹.

Tale *condivisione europea* non deriva tanto, come sarebbe naturale aspettarsi, dall’adesione all’Unione europea e non è frutto, perciò, in misura rilevante di un costante processo di graduale autolimitazione di competenze da parte degli Stati a favore di un’istituzione come appunto l’Unione Europea in cui gli Stati nazionali – mediante il Consiglio europeo – mantengono, comunque, una posizione di preminenza.

La *condivisione europea* trova, invece, soprattutto la sua fonte in un trattato come la CEDU che, stipulato nel 1950, ha innescato, tra l’altro nella materia penale, un processo evolutivo di erosione della sovranità nazionale. La capacità erosiva della Convenzione europea si fonda su due momenti cronologicamente distinti. Il primo, che inizia con la presentazione del ricorso, individuale o statale, si conclude con l’emanazione di una sentenza di constatazione di violazione o di non violazione da parte della Corte europea.

Il secondo momento si instaura solo in caso di violazione delle prescrizioni convenzionali e vede quale attore principale il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, organo deputato al controllo dell’esecuzione delle sentenze dei giudici di Strasburgo.

¹ A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, quando i diritti umani incontrano i sistemi penali, Torino, 2008, 485 e ss.

Quanto al primo momento, la Corte, intervenendo, in base al principio di sussidiarietà, soltanto in presenza di una *defaillance* del sistema giuridico nazionale nella tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione, fissa i confini della discrezionalità degli Stati. Le indicazioni espresse nelle sue sentenze non sono mai precise, nel senso che affermando l'incompatibilità di una prassi o di una legislazione con la Convenzione, i giudici di Strasburgo non indicano alle autorità nazionali quali strumenti adottare, ma solo gli obiettivi da raggiungere. Spetterà agli Stati concretizzare le indicazioni provenienti da Strasburgo. In tal modo, nell'adeguamento delle scelte di politica criminale alla convenzione, gli Stati passano da una posizione di apparente passività ad una di maggiore dinamismo.

Tale loro partecipazione *dinamica* si spiega inquadrando i rapporti tra sistema di protezione dei diritti umani e sistema giuridico nazionale in un modello pluralista in cui i diversi ordinamenti, internazionale e nazionale, non sono legati da una relazione gerarchica di tipo piramidale, quanto da un modello circolare di reciproco scambio caratterizzato da una gerarchia *rovesciata* o *intricata*. Nella fase esecutiva, o di controllo delle sentenze, lo Stato è tenuto a confrontarsi costantemente con il Comitato dei Ministri. Infatti, se è compito dello Stato interessato, individuare le cause della riscontrata violazione e scegliere i mezzi per conformarsi alla statuizione della Corte, la scelta dei mezzi per conformarsi alla statuizione della corte, l'apprezzamento sull'idoneità della scelta operata dallo Stato è rimesso al Comitato dei ministri, dinanzi al quale, con la partecipazione del Direttore generale per i diritti dell'uomo, si svolge il procedimento di sorveglianza, che ha inizio immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza della Corte.

In altri termini, la partecipazione dello Stato in questa fase si concretizza nella scelta del mezzo tecnico per realizzare il suo obbligo di conformarsi², ma la misura adottata deve, sotto il profilo sostanziale, essere esaminata e condivisa dal Comitato dei ministri. Questo, attraverso un meccanismo di controllo collettivo (affidato, cioè a tutti gli Stati aderenti all'organismo), veglia a che il mezzo scelto sia idoneo e consenta effettivamente di perseguire il risultato indicato – in modo sempre più preciso – nella sentenza della Corte³.

Inquadrando i rapporti tra sistema convenzionale e ordinamento interno secondo la concezione classica o formale, la fase dell'esecuzione si caratterizza per l'assenza di effetti diretti⁴ e per il carattere meramente dichiarativo delle sentenze della Corte. Si tratta però di un approccio che non è in grado di dar conto della realtà, ben più complessa ed articolata, dei rapporti tra Corte e/o Comitato dei Ministri da un lato, e Stato convenuto dall'altro. Approccio continuamente smentito dalla prassi⁵. Ciò che si verifica, anche in questa fase, è un continuo scambio di informazioni, una interazione continua, non obbligatoria ma vincolante, secondo un modello circolare non lineare.

I due momenti, quello della cognizione e quello dell'esecuzione, presentano un aspetto comune: lo Stato è sempre il primo garante dei diritti e la Corte e/o il Comitato intervengono in caso di inadeguata tutela statale. Nel garantire il rispetto dei diritti stabiliti dalla Convenzione, gli Stati

² Provvedimento amministrativo o giudiziario, azione disciplinare, circolare, legge, provvedimento di grazia, etc.

³ Cfr. sul punto l'ampia trattazione di V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della corte europea dei diritti umani*, relazione svolta il 6 giugno 2002 a Roma, Palazzetto di Venezia, in occasione del Convegno internazionale su *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, organizzato dal Ministero degli Affari esteri e dalla SIOI.

⁴ Si ritiene, invero, che la sola conseguenza immediata della sentenza a carico dello Stato convenuto sia l'obbligo giuridico di conformarsi alla stessa. Obbligo che in base ad una interpretazione stretta dell'art. 41 della Convenzione si concretizzerebbe nel pagamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione o, quando possibile ed esplicitamente richiesto in sentenza, in una *restitutio in integrum*.

⁵ Cfr. sul punto V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati*, cit.

godono di un certo margine di apprezzamento, la cui ampiezza presenta confini variabili. La discrezionalità statale viene valutata e verificata sia nel controllo effettuato dalla Corte sia nel controllo, successivo, effettuato dal Comitato. L'uso che lo Stato ha fatto della discrezionalità è, infatti, investito da una verifica da parte della Corte, che effettua una valutazione più o meno severa a seconda, da un lato, del diritto da proteggere e della gravità dell'ingerenza, e, dall'altro, dell'importanza dell'interesse perseguito. In pratica, il margine di apprezzamento e, inversamente, il controllo della Corte dipendono dal rispettivo peso dei due interessi (collettivo *vs* individuale) in gioco⁶. Il criterio della verifica è pertanto quello del bilanciamento. Ne deriverà che il margine nazionale sarà più ampio ed il controllo della Corte più sfumato quando il rischio per l'interesse generale sia più grande e più pressante ed il rischio per l'interesse individuale risulti minore. Il margine nazionale sarà, viceversa, più stretto ed il controllo della Corte accentuato quando la minaccia per il diritto individuale è più seria e la minaccia per l'interesse generale minore.

Deve poi sottolinearsi come, nella più recente giurisprudenza europea, nei casi delle cd. *violazioni strutturali*, dovute a previsioni legislative o a prassi consolidate, la discrezionalità degli Stati abbia, di fatto, subito un notevole ridimensionamento. Nelle sue decisioni, infatti, la Corte è giunta ad individuare le misure generali e/o individuali che lo Stato deve adottare.

Nella fase dell'esecuzione – e ciò anche in quelle ipotesi in cui la sentenza di condanna contenga indicazioni sulle misure da adottare per ripristinare il godimento dei diritti violati e per prevenire future violazioni – lo Stato è nuovamente invitato ad esercitare la propria discrezionalità. La scelta dei mezzi per adempiere è lasciata allo Stato, si tratterà, però, di una scelta controllata. La verifica in questo caso è effettuata secondo il criterio della idoneità.

La *condivisione europea* nelle scelte di politica legislativa e giudiziaria degli Stati membri della convenzione è il risultato, in definitiva, di una continua cooperazione evolutiva delle parti (Corte e/o Comitato e Stato). Cooperazione che trova senza dubbio il suo fondamento, da un lato, nella *promessa* fatta dagli Stati al momento dell'adesione al sistema convenzionale e, dall'altro lato, negli indubbi poteri di *persuasione e di reclutamento* degli organi convenzionali⁷.

Accertata l'esistenza di una *condivisione europea* anche nelle scelte di politica criminale e di politica giudiziaria, resta l'incertezza circa i confini entro cui gli Stati possono autonomamente e legittimamente continuare ad operare tali scelte.

Volendo declinare al *penale* la Convenzione, dalla sua giurisprudenza emerge un quadro tratteggiato in modo volutamente sfumato ma denso di tracce che, poi, trovano una diversa conformazione a seconda dell'ambiente sociale e dell'ordinamento giuridico in cui vanno ad inserirsi. La grammatica convenzionale, si è visto, non ha regole fisse, soffre di continue eccezioni, in considerazione della complessità – che genera incertezze e anche contraddittorietà – delle soluzioni adottate in sede europea. L'incapacità degli organi europei, talvolta dimostrata, di individuare con chiarezza le linee guida da utilizzare per affrontare determinate questioni – si pensi alle espulsioni degli stranieri di seconda generazione, a talune tematiche di diritto penitenziario o alla variabilità dei

⁶ Si è noti, in realtà, come nel bilanciare gli interessi in conflitto, la Corte effettui le sue valutazioni basandosi sui singoli elementi di fatto caratterizzanti le situazioni concrete, finendo così, il più delle volte, per decidere in seguito ad un bilanciamento tra fatti e non tra interessi.

⁷ Distingue tra effetto di *persuasione* e effetto di *reclutamento*, quali conseguenze dell'impatto di nuove idee in materia di sviluppo economico, A. HIRSCHMAN, *La confessione di un dissenziente. La strategia dello sviluppo economico rivisitata*, in *Ascesa e declino dello sviluppo economico e altri saggi*, A. GINZBURG (a cura di), Torino, 1983, 245 e ss.

marginari di liceità della libertà di stampa – dipende sicuramente dal loro procedere essenzialmente per *bilanciamento dei fatti* (di elementi dei singoli fatti concreti).

Tale modo di procedere – espressivo di un approccio quasi esclusivamente casistico, di confronto tra situazioni concrete piuttosto che tra valori o principi astrattamente intesi – rende le decisioni europee difficilmente ripetibili. Il discorso convenzionale, quasi come un pensiero complesso, abbandona, e ciò anche nel campo penale, il mito della chiarificazione e della sistematizzazione.

Non è così agevole trarre delle indicazioni precise, e risolvere, quindi, in modo certo il rapporto tra diritto penale e diritti dell'uomo. E' sicuramente vero che talvolta l'esigenza di tutelare diritti garantiti dalla Convenzione ha spinto la Corte a preferire (imporre) il ricorso allo strumento penale; ciò è accaduto quando si è trattato di assicurare tutela alle vittime di un reato o, in genere, in caso di offesa ad un diritto convenzionale⁸.

In tali casi si assiste ad un reale cambio di prospettiva: non è più il *bene giuridico* (nozione, chiaramente, assente dal vocabolario convenzionale), né l'autore del reato a dover interessare il diritto penale; l'attenzione dell'intervento si sposta sulla tutela di chi è stato *vittima* del reato e ciò comporta la necessaria costruzione di regole del diritto, anche penale, che tengano in debito conto il suo punto di vista. Quando ciò accade, la Corte – non si sa quanto consapevolmente – tende quasi ad una *privatizzazione* del diritto penale, finendo con l'individuare, quale funzione della sanzione penale, anche la *riparazione* della sofferenza inflitta ingiustamente alla vittima.

Quando l'*utente* del discorso convenzionale cambia, cambiano anche le regole giuridiche. Così, quando deve valutarsi il rispetto dei diritti accordati all'accusato, all'imputato o al condannato, il ricorso alla sanzione penale è bandito dalla Corte o, se ammesso, è contornato da rigorose garanzie, configurandosi una sorte di diritto penale *mite*, caratterizzato, tra l'altro, da una teorica della pena fortemente sbilanciata verso la prevenzione speciale. Se è il punto di vista dell'accusato a prevalere,

⁸ La valutazione di taluni istituti penalistici dal punto di vista delle *vittime* ha, ad esempio, portato la giurisdizione europea a sottoporre a verifica convenzionale la prerogativa dell'insindacabilità parlamentare. La Corte è stata, infatti, più volte chiamata a stabilire se la preclusione dello svolgimento di processi a carico di parlamentari derivante dalla presenza di immunità a loro favore possa intaccare il diritto dei cittadini a un giusto processo previsto dall'art. 6 della Convenzione. I ricorsi presentati in tali casi sono stati articolati nel senso di una violazione del diritto di accesso alla giustizia: a causa del carattere assoluto della prerogativa dell'immunità, la persona offesa non avrebbe accesso ad alcun tribunale per difendere il diritto leso. In tutti i ricorsi, ad essere messa in discussione dinnanzi all'istanza di Strasburgo è stata la prerogativa stessa dell'insindacabilità, considerata con riferimento alla natura ed all'estensione del principio. La Corte di Strasburgo, nell'interpretare il diritto di accesso ad un tribunale ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, ne ha sempre rilevato il carattere relativo; si tratta di un diritto che può, pertanto, subire delle limitazioni. Spetta alla Corte, tuttavia, decidere sul rispetto dei requisiti richiesti dalla Convenzione: il sacrificio del diritto di agire in giudizio (nei casi sottoposti al vaglio della Corte, i diversi ricorrenti o si erano costituiti parte civile nei processi penali o avevano agito in sede civile per una tutela risarcitoria), infatti, non può spingersi fino al punto da incidere sulla *sostanza stessa* del diritto in esame: tale limitazione è compatibile con l'art. 6 solo quando tenda ad uno scopo legittimo e vi sia un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (così Corte edu, *Al Fayed c. Regno Unito*, sentenza del 21 settembre 1994, Serie A n. 294 – B; *Kalfaoui c. Francia*, sentenza del 14 dicembre 1999; *Papon c. Francia*, sentenza del 25 luglio 2003). Questa cornice teorica ha consentito alla giurisprudenza europea di ritenere violato il diritto di accesso alla giustizia, perché gli organi nazionali non avevano compiuto un corretto bilanciamento degli interessi in gioco nei casi *Cordova c. Italia nn. 1 e 2*, sentenza del 30 gennaio 2003; *de Iorio c. Italia*, sentenza del 3 giugno 2003; *Ielo c. Italia*, sentenza del 6 dicembre 2005, e *Patrono, Stefanelli e Cascini c. Italia* sentenza del 20 aprile 2006. Nel caso *Esposito c. Italia*, decisione del 5 aprile 2007, a maggioranza, pronunciandosi sulla legittimità convenzionale della immunità riconosciuta ai membri del CSM, la corte ha invece escluso che tale prerogativa, limitata alle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e legata all'oggetto delle discussioni consiliari, potesse *eccedere il margine nazionale di apprezzamento di cui godono gli Stati quanto alle limitazioni del diritto di accesso di una persona ad un tribunale* (Corte, decisione *Esposito*, cit., p. 17).

le garanzie processuali previste saranno tali da incidere anche sul diritto penale sostanziale. Così ad es., nel caso *Goktepe c. Belgio*⁹, la giurisdizione europea ha affermato che l'imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti costituisce una violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione, l'automatismo dell'addebito impedendo la possibilità di difendersi adeguatamente¹⁰.

In definitiva, in tali casi, la domanda di impronta penalistica, a cui la Corte risponde, non attiene alla determinazione del bene giuridico meritevole di tutela, investendo l'individuazione dei limiti al cui interno è ammissibile un'ingerenza nelle altrui libertà o diritti. Indipendentemente dal *bisogno* di tutela dei beni, la giurisprudenza europea indica che l'*ingerenza* (*rectius*: incriminazione e/o condanna) deve rispettare talune condizioni prescritte dalla Convenzione.

È senz'altro, quello tratteggiato dalla giurisprudenza europea, un diritto penale *poroso*, denso di valori che traggono la loro origine all'interno e all'esterno del testo del trattato, grazie all'idoneità del *metodo* convenzionale ad elaborare proprie ragioni, ma soprattutto a dialogare con i sistemi nazionali. Così i risultati interpretativi, anche in materia di diritto penale e di politiche criminali, sono spesso il frutto del recepimento da parte della giurisdizione di Strasburgo di acquisizioni raggiunte in altri contesti normativi e giuridici. Il *metodo* convenzionale, infatti, oltre a realizzare un sicuro effetto di *persuasione* – in base al quale le interpretazioni della Corte sono adottate e recepite più o meno largamente dalle legislazioni e dai giudici nazionali –, produce un sicuro *effetto di reclutamento*, per cui le soluzioni della giurisdizione europea, stimolando discussioni in altri fori giuridici, si arricchiscono dei risultati ottenuti in tali sedi.

L'influenza della giurisprudenza europea è, in tal modo, molto più imprevedibile di quanto avverrebbe se operasse il solo *effetto di persuasione*.

Dall'esame della giurisprudenza di Strasburgo è emersa, abbastanza chiaramente, l'esistenza di obblighi positivi e di obblighi negativi di incriminazione. È emerso, altresì, che qualora gli Stati effettuino una scelta di incriminazione, questa deve rispettare i vincoli di *legalità* e di *proporzionalità*. La Corte e la Commissione sono intervenute, infatti, nella discrezionalità penale degli Stati individuando il *quando e/o il come punire e proibire*. I modi di intervento della Corte sono, ovviamente, variabili.

Il *quando* è indicato in modo *categorico*, tale da non lasciare discrezionalità agli Stati, se si tratta di tutelare beni prioritari nella gerarchia dei valori garantiti dalla Convenzione, quali il diritto alla vita o alla dignità della persona. L'intervento punitivo dello Stato sarà allora dovuto in presenza di abusi sessuali, in quanto per la Corte solo la sanzione penale è qui in grado di assicurare una tutela

⁹ Corte edu, *Goktepe c. Belgio*, sentenza del 2 giugno 2002.

¹⁰ Corte edu, *Goktepe c. Belgio*. Il ricorrente era stato condannato – in virtù della cd. teoria de *l'emprunt matérielle de criminalité* – per l'omicidio di un uomo occorso in occasione di una rapina che aveva collaborato ad organizzare non avendovi però partecipato direttamente. Quanto dichiarato dalla Corte in questa occasione ha costituito la prima affermazione della giurisprudenza europea dalla quale poter derivare la non convenzionalità delle ipotesi di responsabilità oggettiva. In precedenza, invero, la Corte si era limitata ad escludere, senz'altro, la ammissibilità della responsabilità penale per fatto altrui: nel caso *A.P., M. P. e T.P. c. Svizzera*, sentenza del 29 agosto 1997, infatti, i giudici europei avevano ritenuto violato l'art. 6 par. 2 della convenzione, per essere stati i ricorrenti condannati a pagare un'ammenda per un reato commesso *de cuius*. I giudici europei avevano, però, in precedenza ritenuto compatibile con la presunzione di innocenza la rilevanza penale di un fatto pur in mancanza di un effettivo accertamento del dolo o della colpa nel soggetto agente. Nel caso *Salabiaku c. Francia*, sentenza del 7 ottobre 1988, infatti, riconoscendo la legittimità convenzionale delle *presunzioni di fatto e di diritto*, la corte si limitava a raccomandare che le stesse fossero circoscritte dagli Stati entro limiti ragionevoli *mettendo in conto la gravità della posta in gioco e salvaguardando i diritti della difesa*. In particolare, alcuna violazione, a parere della giurisdizione europea, potrebbe ravvisarsi nell'ipotesi di presunzioni relative. Nello stesso senso, *Pham Hoang c. Francia*, sentenza del 25 settembre 1991, Serie A n. 243 e *Janosevic c. Svezia*, sentenza del 23 luglio 2002.

adeguata, o, ancora, in tema di protezione dei minori da maltrattamenti, in considerazione della insufficienza della responsabilità civile. In alcuni contesti, quali quello delle attività pericolose, sembra che il principio di sussidiarietà del diritto penale, sicuramente presente nel pensiero della Corte, subisca un'eccezione: lo Stato non deve, infatti, giustificare il ricorso alla sanzione penale, quanto la sua assenza. La stessa tutela penale *rafforzata* si ha nei casi di gravi offese alla dignità della persona, quali la *schiavitù domestica*.

L'obbligo di punire assume contorni più sfumati – è un *quando* morbido – se si tratta di proteggere altri beni, quali la morale o la reputazione altrui, che sono ritenuti meritevoli di protezione a seconda del risultato di un giudizio di bilanciamento in cui diversi e variabili sono gli elementi da contemperare. In tali ipotesi, in sostanza, data l'impossibilità di risolvere il conflitto tra i diversi interessi coinvolti in modo certo e automatico, la Corte e la Commissione effettuano una verifica caso per caso. È un procedere, quello degli organi di tutela della Convenzione, improntato non ad una logica binaria, bensì *gradualistica*. La compatibilità o meno di una condanna (e ancora di più di una astratta previsione incriminatrice) con il diritto convenzionale può essere stabilita solo in modo *provvisorio*; una condanna per lo stesso tipo legale di incriminazione, in presenza di elementi fattuali diversi (o anche in presenza di un solo elemento di fatto diverso), può condurre a un riconoscimento di violazione o alla opposta conclusione di piena compatibilità con le previsioni convenzionali.

Così, dalle indicazioni sul *quando* punire emerge, a tratti, una visione che sembra essere improntata ad un *legal moralism*, laddove la Corte autorizza un intervento punitivo dello Stato anche per sostenere e per promuovere valori condivisi che permeano una comunità con un'unica o una fortemente maggioritaria identità. Altre volte, al contrario, le decisioni dei giudici europei risultano essere improntate ad un'idea forte di laicità e di neutralità dello Stato, tendente a non assecondare gli orientamenti culturali espressi dalla maggioranza.

In sintesi, le informazioni sul *quando* punire disegnano un diritto penale *sensibile*, in grado di mostrare un diverso grado di *flessibilità* a seconda dei contesti fattuali di intervento.

Quando lo Stato compie una scelta di incriminazione, sia questa indotta o autonoma, gli organi di Strasburgo si riservano di verificarne la legalità e la proporzionalità. Tale valutazione attiene, quindi, al *come* punire.

Il divieto di punire e/o proibire ha allora una duplice origine; può discendere dalla natura del bene leso dalla incriminazione: è il *quando* punire a non essere qui compatibile con il rispetto dei diritti convenzionali; oppure può derivare dalla constatazione del mancato rispetto della legalità o della proporzionalità della misura incriminatrice: è il *modo* di punire scelto dallo Stato ad essere allora censurato dalla Corte.

La prima indicazione europea sul *modo* di punire attiene alla legalità delle incriminazioni. In tale sede, il principio di legalità, che si connota per la preferenza verso l'idea di un diritto in continua evoluzione, ha portato gli organi convenzionali a fondare una visione della legalità incentrata sulla prevedibilità della rilevanza penale di un fatto, sganciata dalla riserva di legge e imperniata sul ruolo partecipativo della giurisprudenza alla formazione della norma.

È un *principio europeo di legalità* a sottintendere una radicale trasformazione del sistema delle fonti giuridiche, disegnando un modello con una netta prevalenza accordata al diritto giurisprudenziale e caratterizzato da forti aspetti di *informalità*. Il modello ipotizzato a Strasburgo di produzione del diritto, pur sancendo la netta prevalenza del diritto del giudice su quello del legislatore,

è attento al raggiungimento della *sicurezza giuridica*, intesa, se non esclusivamente, anche come necessità di garantire agli individui la consapevolezza della *legittimità* dei propri atti.

L'altra indicazione fornita dalla giurisprudenza europea sul come proibire e/o punire attiene alla necessaria presenza di una *ragionevole proporzione* tra la misura restrittiva e l'obiettivo perseguito. Nello sviluppare tale principio la giurisprudenza europea ha fornito talune, sparse, indicazioni riguardanti sia la costruzione delle fattispecie incriminatrici sia la loro applicazione.

Che cosa hanno, in definitiva, comunicato i *diritti umani* al diritto penale? Volendo sintetizzare al massimo l'insegnamento della Corte europea, l'indicazione principale, che da quella sede emerge, è il bisogno di guardare le cose anche in modo realistico e concreto. È necessario, infatti, far interagire la rappresentazione dell'obiettivo generale (*la tutela dei diritti umani*) con un cammino pratico e complesso. Perché il problema riguarda, ad un tempo, la costruzione europea di un sistema di regole condivise ed il rimodellamento dei sistemi penali europei in chiave *sensibile e flessibile*.

2. Sulla base di questi rilievi e considerando il decreto-legge n. 53/2019 proviamo a ricostruire quanto avvenuto nel caso Sea Watch¹¹, caso dalla forte risonanza mediatica.

Andando per ordine, va ricordato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto la richiesta di misure provvisorie, avanzata dalla capitana della nave Sea Watch 3 e da una quarantina di migranti presenti a bordo provenienti da Paesi dell'Africa occidentale e subsahariana. Invocando gli articoli 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) della Convenzione, i ricorrenti avevano chiesto alla Corte europea di invitare il Governo italiano ad autorizzare l'ingresso della nave nelle acque territoriali ed il successivo sbarco.

La vicenda è nota alle cronache. Il 12 giugno scorso un barcone con a bordo una cinquantina di migranti provenienti dalla Libia è stato soccorso in acque internazionali, nella zona SAR libica, dall'equipaggio dell'ONG Sea Watch. Dopo avere disatteso le indicazioni della guardia costiera libica che aveva indicato lo sbarco a Tripoli, ormai pacificamente ritenuto porto non sicuro, la nave si è diretta verso Lampedusa, luogo di attracco geograficamente più vicino, chiedendo all'Italia un *place of safety*.

Il 15 giugno, mentre la Sea Watch si trovava ancora in acque internazionali, è entrato in vigore il decreto legge n. 53/2019 (c.d. decreto *sicurezza-bis*), che, tra l'altro, conferisce al Ministro dell'Interno il potere di adottare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso di imbarcazioni nelle acque territoriali per finalità di contrasto all'immigrazione irregolare (art. 1, che ha modificato l'art. 11 T.U. imm. inserendo il comma *1-ter*); e prevede per i trasgressori sanzioni amministrative pecuniarie da 10 mila a 50 mila euro, nonché, in caso di reiterazione della condotta, la confisca del mezzo (art. 2, che ha modificato l'art. 12 T.U. imm. inserendo il comma *6-bis*). Nello stesso giorno veniva firmato il primo di tali provvedimenti nei confronti dell'equipaggio della Sea Watch¹², che da quel momento ha stazionato per un po' in acque

¹¹ S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹² Vicenda conclusasi con l'arresto della capitana Carola Rackete, la quale, con un "blitz" in piena notte, è entrata nel porto di Lampedusa, violando l'alt intimatogli dalla Guardia di Finanza e incorrendo pertanto nella violazione dell'art. 1100 del codice della navigazione: "*resistenza o violenza contro nave da guerra*". Con riferimento a quest'ultimo punto, il GIP di Agrigento, nella ordinanza che si esaminerà più avanti, ha fatto propria l'opzione ermeneutica della Corte Costituzionale (sent. N. 35 del 2000), secondo la quale le unità navali della GdF sono considerate "navi da guerra" soltanto

internazionali nei pressi dell'isola di Lampedusa con a bordo circa quaranta persone, mentre undici migranti (famiglie, minori e donne incinte) venivano sbarcati dalle autorità italiane per ragioni di salute e vulnerabilità, prima che il comandante della nave decidesse di far entrare la nave nelle acque territoriali italiane e di sbarcare, ritenendo che le persone a bordo fossero allo stremo delle forze.

Avverso il divieto di ingresso è stato anzitutto proposto ricorso al TAR del Lazio, con richiesta al Presidente di sospendere in via cautelare l'efficacia del provvedimento ministeriale. Quest'ultima richiesta è stata tuttavia rigettata il 19 giugno, in ragione della circostanza che i soggetti vulnerabili erano stati sbarcati e che, pertanto, non residuavano ragioni di eccezionale gravità tali da giustificare la sospensiva.

Si è giunti così alla richiesta di *interim measures* ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte EDU, basata come già evidenziato sul diritto alla vita ed il divieto di trattamenti inumani e degradanti, incompatibili con la prolungata permanenza dei naufraghi su una nave sovraffollata e inadatta ad ospitarli per un lasso di tempo di tale entità, senza possibilità di presentare domanda di protezione internazionale. I giudici di Strasburgo, dopo avere rivolto domande ai ricorrenti ed al Governo in merito alla situazione a bordo ed alla gestione delle situazioni di vulnerabilità, da un lato, hanno deciso di non indicare al Governo la misura dell'autorizzazione all'ingresso; dall'altro lato, hanno comunque richiesto alle autorità italiane di continuare a fornire assistenza di carattere umanitario.

La circostanza che la richiesta di misure provvisorie sia stata respinta, se per un verso ha suscitato preoccupazione per le sempre più precarie condizioni umanitarie a bordo della Sea Watch, per altro verso, non è sembrata discostarsi da quanto normalmente accade nell'ambito delle procedure d'urgenza dinanzi alla Corte di Strasburgo; proprio per tale ragione – questo il punto che vorremmo evidenziare – non deve essere interpretata né come un'anticipazione della posizione della Corte rispetto ad un eventuale ricorso proposto dalle stesse persone per violazione dei propri diritti fondamentali; né, tanto meno, come autorevole avallo sovranazionale della politica dei porti chiusi che sta portando avanti il Governo italiano.

La valenza della pronuncia va contestualizzata nel quadro di un consolidato orientamento restrittivo in materia di misure provvisorie, che sono concesse soltanto a fronte di un imminente rischio di danno irreparabile («an imminent risk of irreparable harm»). Si consideri a tal proposito che, in base agli ultimi dati disponibili, la Corte accoglie le richieste di *interim measures* soltanto nel 20% dei casi. Del resto, l'efficacia delle misure in questione, che sono a tutti gli effetti vincolanti per gli Stati, discende proprio dal loro carattere eccezionale, che favorisce il contenimento del loro numero assoluto e consente così alla Corte di evaderle con priorità assoluta nel giro di pochissime ore. Si noti, infine, che più della metà delle richieste accolte provengono da persone in procinto di essere espulse o estradate verso Paesi dove rischiano di subire trattamenti contrari all'art. 3 o di perdere la vita, situazione almeno in parte diversa da quella qui in esame, non essendo in corso un respingimento verso la Libia, giacché i naufraghi erano pur sempre nelle mani dei loro soccorritori.

«quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non ci sia un'autorità consolare»: circostanze queste non sussistenti nel caso in esame, atteso che la nave della GdF stava operando in acque territoriali.

Tuttavia, leggere il rigetto odierno come conferma della legittimità, alla luce della Convenzione europea, del decreto sicurezza-*bis* e dei provvedimenti in base ad esso adottati, costituirebbe un clamoroso fraintendimento della posizione espressa dalla Corte, la quale – giova insistere sul punto – si è limitata a ritenere che la situazione a bordo della Sea Watch non fosse al momento del ricorso tale da creare un rischio di danni irreparabili per la salute delle persone. Nessun riferimento al contrasto all’immigrazione irregolare, dunque, né tanto meno all’attività di coloro che vengono talvolta definiti “aiutanti dei trafficanti”, e che anzi dal comunicato stampa sono definiti come *soccorritori* di naufraghi in pericolo di vita.

Del resto, la posizione del Consiglio d’Europa sulla questione dei soccorsi in mare è stata rappresentata dalla Commissaria dei diritti umani, la quale ha espressamente condannato le campagne denigratorie nei confronti delle organizzazioni internazionali impegnate nei soccorsi lungo la rotta del Mediterraneo centrale; nonché l’avvio di indagini penali e la previsione di sanzioni amministrative suscettibili di ostacolare l’attività di quelle organizzazioni, che mettono a rischio la vita di moltissime persone per mere esigenze di contenimento dei flussi migratori. A fronte della riduzione delle risorse statali impegnate nei soccorsi, e della drastica riduzione delle attività delle ONG, i dati dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite dimostrano infatti che, sebbene il numero totale delle morti sia diminuito, la percentuale dei decessi per numero di persone che hanno tentato la traversata è notevolmente aumentata.

Sicché la decisione della Corte merita di essere segnalata più per ciò che *non dice*, che per ciò che statuisce: se infatti sotto quest’ultimo profilo assistiamo ad un esito per nulla infrequente in materia di *interim measures*, sotto il primo profilo pare significativa l’assenza di argomenti a sostegno della legittimità dell’operato del Governo nell’attuale gestione della crisi migratoria.

Al contrario, non avendo indicato nessuna specifica misura provvisoria diversa dalla prosecuzione delle attività di assistenza nei confronti delle persone vulnerabili, la Corte ha in ultima analisi rimesso alle autorità italiane la responsabilità delle scelte su come garantire i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione nella vicenda Sea Watch, lasciando anche aperta la strada per futuri eventuali ricorsi, basati sulla regola che non può aversi alcuna ingerenza nelle libertà garantite a meno che essa non sia prevista dalla legge e non sia necessaria in una società democratica.

La clausola di liceità impone, quindi, tre condizioni: 1) l’ingerenza deve avere una base legale corrispondente ai requisiti formali e materiali richiesti dalla Convenzione (*legalità dell’ingerenza*); 2) la restrizione deve poi tendere al perseguimento degli scopi tassativamente indicati nel secondo paragrafo degli articoli in questione (*adeguatezza dell’ingerenza*); 3) vi deve essere una *ragionevole relazione di proporzionalità* tra la misura adottata e l’obiettivo perseguito (*proporzionalità dell’ingerenza*). Tali condizioni devono tutte sussistere per cui un’ingerenza deve essere *legale, adeguata e proporzionale*. Il controllo operato dalla Corte e dalla Commissione è allora triplice vertendo su tutte le condizioni indicate. Il margine nazionale di apprezzamento è richiamato in particolare nella terza verifica effettuata dalla Corte e dalla Commissione sulla *proporzionalità* della misura restrittiva adottata.

Per evitare che gli Stati abusino della libertà di ingerenza che la clausola di legittimità o liceità loro accorda, gli organi della Convenzione ne hanno individuato rigide regole di interpretazione stabilendo che *nessun altro criterio oltre quelli individuati dalla clausola di*

*legittimità può essere alla base di una limitazione ai diritti garantiti e questi criteri devono, a loro volta, essere interpretati in modo tale che il linguaggio non si estenda al di là del loro originario significato*¹³.

Nel caso di specie non è agevole stabilire se la linea di intervento del Ministro dell'Interno si risolva in un'ingerenza eccedente il consentito dalla CEDU, rispondendo la concessione di misure provvisorie ad una logica diversa rispetto alla violazione dei diritti convenzionali.

3. Tuttavia, nell'ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari di Agrigento si può verificare il rispetto dei diritti umani nella vicenda Sea Watch¹⁴.

Va subito posto in debito risalto che il giudice ha escluso la rilevanza penale delle condotte dell'indagata – con riferimento al divieto di ingresso ed allo sbarco dei migranti nel porto di Lampedusa – ed ha rigettato sia la richiesta di convalida del provvedimento di arresto eseguito dalla guardia di finanza di Lampedusa, sia la richiesta del pubblico ministero di applicazione della misura cautelare del divieto di dimora in provincia di Agrigento¹⁵.

Per quanto concerne il reato di cui all'art. 337 c.p., il giudice ha ravvisato gli estremi della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere di soccorso di naufraghi (art. 51 c.p.), alla luce del quadro complessivo delle rilevanti fonti di diritto nazionale e internazionale (dettagliatamente ricostruito nell'ordinanza: v. pp. 2-5), che coprono non soltanto la fase della presa a bordo dei naufraghi, ma anche quella successiva della loro conduzione fino ad un porto sicuro. A quest'ultimo proposito, l'ordinanza ha precisato altresì che gli obblighi gravanti sul capitano non possono venire meno né per effetto delle direttive ministeriali in materia di "porti chiusi", né in conseguenza del divieto di ingresso – adottato il 15 giugno nei confronti della Sea Watch 3 ai sensi del c.d. decreto sicurezza-*bis* – trattandosi in entrambi i casi di atti destinati a retrocedere, secondo il criterio gerarchico, a fronte del diverso dettato di cui alle fonti ordinarie e sovranazionali regolanti la materia.

4. Per meglio comprendere la questione dell'affermazione dei diritti fondamentali sulle esigenze di controllo dei confini territoriali, con tutte le implicazioni relative alle responsabilità penali di coloro che intervengono per respingere i migranti oppure per resistere ai respingimenti, può essere utile qualche osservazione in merito al caso affrontato dal Tribunale di Trapani.

Quest'ultimo ha definito, in sede di giudizio abbreviato, la nota vicenda dei migranti che nel luglio 2018 si erano opposti, con la minaccia dell'uso della forza, al loro rimpatrio in Libia da parte della nave commerciale italiana che li aveva soccorsi, costringendo il capitano della stessa ad invertire la rotta e a condurli verso le coste italiane¹⁶.

Sulla base dei fatti ricostruiti all'esito dell'istruttoria, il giudice ha verificato la sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi dei reati contestati, attribuendo centralità alla questione della sussistenza in capo agli imputati di una causa di giustificazione. Nel caso di specie il giudice ha ritenuto sussistente la legittima difesa, che si differenzia dalla scriminante *ex art. 54 c.p.* poiché

¹³ Commissione, *Sunday Times c. Regno Unito*, rapporto del 16 aprile 1979.

¹⁴ Trib. Agrigento, uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, giud. Vella, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁵ S. ZIRULIA, *L'ordinanza del GIP di Agrigento sul Caso Sea Watch*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁶ L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (Caso Vos – Thalassa)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

«in questo caso viene offeso l'aggressore, mentre nello stato di necessità persona offesa è un estraneo».

La decisione si sviluppa, dunque, intorno all'analisi dei diversi requisiti previsti dall'art. 52 c.p., che pongono alcuni quesiti.

Gli imputati avevano un diritto da far valere? Avevano il diritto a non essere ricondotti in Libia? Ed in caso di sussistenza del diritto, l'offesa arrecata poteva ritenersi 'ingiusta'? La difesa è stata proporzionata all'offesa?

Quanto al primo quesito, il punto di partenza è che «in base alle norme sopra riportate, i migranti, soccorsi in mare, ave(vano) un vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un POS (*place of safety*), diritto specularmente all'obbligo assunto dagli Stati firmatari delle convenzioni». Per valutare se, all'epoca dei fatti (estate 2018), la Libia potesse considerarsi un "porto sicuro", il Tribunale aveva richiesto formalmente informazioni all'UNHCR, il cui dettagliato parere viene ampiamente citato dalla sentenza (quasi 20 pagine della decisione rappresentano la citazione letterale di brani del parere): emergono così le drammatiche condizioni dei centri di detenzione per i migranti presenti in Libia, ove i soggetti ivi trattenuti (ed in particolare le donne) sono soggetti a continue e gravissime violazioni dei più basilari diritti umani, *in primis* il diritto alla vita ed all'integrità fisica e sessuale.

Le conclusioni che la sentenza trae dal rapporto dell'UNHCR sono chiarissime: «se si riflette un momento sul fatto che i 67 migranti imbarcati dalla *Vos Thalassa* avevano subito, prima della partenza dal territorio libico, le disumane condizioni sopra rappresentate, appare evidente come il ritorno in quei territori costituisse per loro una lesione gravissima di tutte le prospettive dei fondamentali diritti dell'Uomo. Da tale *excursus* emerge inconfutabilmente che tutti i soggetti imbarcati sulla *Vos Thalassa* – non solo i due soggetti identificati, ma anche tutti gli altri concorrenti nel reato, stavano vedendo violato il loro diritto ad essere ricondotti in un luogo sicuro e, specularmente, che l'ordine impartito dalle autorità Libiche alla *Vos Thalassa* fosse palesemente contrario alla Convenzione di Amburgo» (p. 65).

L'offesa (il ritorno nei campi libici) cui i migranti si sono opposti era dunque ingiusta, perché contraria ad una pluralità di fonti normative, anche se l'autore di tale offesa (il comandante della *Vos Thalassa*) non risponde di alcun reato perché erroneamente convinto di adempiere ad un ordine legittimo dell'autorità: «(La natura ingiusta dell'offesa) non significa che la condotta del comandante della imbarcazione fosse delittuosa, atteso che egli stava conformandosi – nella convinzione di eseguire un ordine legalmente dato – ad un ordine proveniente dalla competente zona SAR. E così la sua condotta era non giusta, ma semplicemente scusata» (p. 66).

La decisione esclude poi che il pericolo che incombeva sui migranti potesse ritenersi da loro "volontariamente determinato" (ipotesi che, secondo consolidata giurisprudenza, escluderebbe la possibilità di invocare la legittima difesa), in quanto «il viaggio in mare era parte di un lungo percorso intrapreso per allontanarsi da luoghi per loro pericolosi e non più vivibili» (p. 67).

Quanto al requisito della proporzione, il giudice precisa che ad essere in gioco erano «da una parte, il diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o a tortura, dall'altra, il diritto alla autodeterminazione dell'equipaggio, sicuramente sacrificabile *ex art. 52 c.p.* di fronte alla prospettiva delle lesioni che sarebbero conseguite allo sbarco in territorio libico» (p. 68).

In ordine poi all'elemento dell'attualità del pericolo, la sentenza si limita a citare una recente decisione della Cassazione, secondo cui tale requisito «implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente» (p. 68). Quanto da ultimo al requisito della necessità dell'azione difensiva, il Tribunale rileva come «(sia) pacifico che – senza la reazione posta in essere dagli imputati e dagli altri (più di dieci non identificati) – tutti i migranti raccolti dalla nave sarebbero stati ricondotti in Libia. Né era ipotizzabile una diversa difesa del proprio diritto ad essere condotti in un POS» (p. 68).

Questa pronuncia rappresenta un elemento di novità importante nel dibattito inerente alla gestione dei soccorsi in mare e degli sbarchi dei migranti che, fuggendo dalla Libia, si dirigono su imbarcazioni di fortuna verso le coste italiane: il percorso argomentativo seguito dalla sentenza per risolvere il caso concreto si connota per affermazioni di carattere generale, destinate ad incidere oltre la vicenda specifica.

Il caso deciso dal Tribunale trapanese concerne in effetti una situazione molto particolare, diversa dalle ormai numerose vicende che riguardano la legittimità delle attività di soccorso in mare compiute dalle ONG nel Mediterraneo centrale.

In queste situazioni il problema che si pone è quello di stabilire se le ONG, dopo aver soccorso i migranti in acque di competenza SAR libica, si rifiutino di consegnarli alle autorità libiche e li conducano in acque italiane, debbano poi rispondere del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998 (TUI), o invece possano invocare la scriminante dello stato di necessità o dell'adempimento del dovere, avendo appunto adempiuto al dovere – sancito dal diritto internazionale del mare – di soccorrere i naufraghi e di portarli nel più vicino “*place of safety*”.

Altra e diversa è la situazione descritta: ad essere imputati di favoreggiamento dell'ingresso irregolare non sono i soccorritori, ma gli stessi migranti soccorsi; e ad essere contestato non è il solo favoreggiamento, ma anche la violenza e la resistenza a pubblico ufficiale, che i migranti avrebbero realizzato per opporsi al loro rimpatrio in Libia. Proprio la circostanza che i migranti si siano opposti a quella che ritenevano (a ragione, secondo il Tribunale) una ingiusta violazione del proprio diritto a non essere riportati alle atrocità dei campi libici, conduce il giudice a non configurare, come di consueto la scriminante dello stato di necessità, ma a porre il problema della giustificazione sul piano della legittima difesa, posto che in questo caso l'offesa è rivolta, come dice la sentenza, nei confronti di “un aggressore”.

La configurazione della legittima difesa, in luogo dello stato di necessità, cambia radicalmente il punto di osservazione della vicenda. Se, infatti, lo stato di necessità presuppone la mera constatazione che l'agente si trovi in una situazione di “pericolo attuale di un danno grave alla persona”, la legittima difesa implica l'accertamento del “pericolo attuale di un'offesa ingiusta”, cioè di un'aggressione antiggiuridica ai diritti di chi ha reagito. Non basta, allora, verificare, come fa la giurisprudenza che applica lo stato di necessità ai soccorritori, che i migranti fossero in una situazione di pericolo al momento dei soccorsi; per riconoscere la legittima difesa, è altresì necessario provare che il pericolo sia stato causato da un'aggressione ingiusta, per contrastare la quale è stata necessaria la reazione dell'agredito.

In buona sostanza, la novità della decisione è da rinvenirsi nell'esplicito riconoscimento del carattere illegittimo della condotta di respingimento verso la Libia, a cui i migranti si sono opposti con il loro contegno aggressivo nei confronti dell'equipaggio della *Vos Thalassa*.

La sentenza sul punto è chiarissima. Il diritto internazionale (consuetudinario e pattizio) configura a carico della autorità responsabili dei soccorsi in mare l'obbligo di fornire un "porto sicuro" ai naufraghi, e tale non può intendersi, in ragione del divieto di *refoulement*, un luogo ove i soggetti soccorsi siano esposti a rischi di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Da tale constatazione deriva che i migranti hanno un diritto soggettivo ad essere accolti in un porto sicuro, e le condotte che conducono ad una violazione di tale diritto sono da qualificare come "ingiuste", e ad esse è opponibile una difesa legittima.

Una volta qualificata come "offesa ingiusta" il respingimento, l'accertamento degli ulteriori requisiti della legittima difesa risulta in effetti agevole. Nel caso di specie il pericolo di respingimento era sicuramente attuale al momento in cui la nave si dirigeva verso le coste libiche; la reazione era necessaria, posto che se i migranti non si fossero ribellati la nave sarebbe certamente approdata in Libia, e d'altra parte essi non avevano a disposizione alcuno strumento per opporsi legalmente alla decisione del comandante; la reazione era altresì proporzionata, il respingimento in Libia metteva a rischio la stessa vita ed integrità fisica e morale dei migranti.

Inoltre, il Tribunale ha ritenuto che il comandante della *Vos Thalassa* fosse erroneamente convinto di adempiere ad un ordine legittimo dell'autorità competente (la guardia costiera libica) e, dunque, che la sua condotta fosse scusata.

Il ragionamento del giudice è il seguente: i migranti hanno reagito ad un illecito, ma il comandante della nave, autore immediato della condotta illecita verso cui si è indirizzata la reazione, non risponde di alcun reato, perché giustificato dall'adempimento ad un ordine che riteneva legittimo.

Tuttavia, nella prospettiva decisoria il problema della qualificazione, in termini penalistici, della condotta di illecito respingimento tenuta dal comandante non era decisivo, posto che il processo era a carico dei migranti. D'altra parte, al fine del riconoscimento della legittima difesa ex art. 52 c.p. ciò che conta è che gli agenti abbiano reagito di fronte al pericolo di un'offesa "ingiusta", risultando indifferente che tale offesa integri o meno una fattispecie delittuosa. Certo, nella assoluta normalità dei casi in cui concretamente si pone un problema di legittima difesa, l'offesa che viene respinta configura almeno un tentativo di reato in capo all'aggressore (furto, rapina, lesioni personali, ecc.), ma la natura delittuosa dell'azione illecita cui ci si oppone non è un requisito essenziale della scriminante.

Ciò che però avrebbe dovuto fare il Tribunale, portando alle logiche conseguenze il ragionamento in ordine all'illegittimità del respingimento, era trasmettere gli atti alla Procura affinché si verificasse l'eventuale sussistenza di elementi di reato a carico dei responsabili dell'ordine: ed è proprio questa la questione che la sentenza non affronta, ma che tuttavia emerge implicitamente dal riconoscimento della legittima difesa in capo ai migranti.

È vero, come è sottolineato nella sentenza, che ad essere illegittimo è in primo luogo il *memorandum* italico-libico del 2017, sulla cui base le autorità italiane si adoperano perché in prima battuta siano i libici ad intervenire nei soccorsi, riportando i naufraghi nei terribili campi di detenzione libici. Dall'illegittimità della fonte deriva, come ovvia conseguenza, anche

l'illegittimità dei singoli episodi di respingimento che vengono gestiti con la cooperazione delle autorità italiane: considerazione che sta appunto a fondamento della decisione di riconoscere la legittima difesa ai migranti che si sono opposti al respingimento che stava per essere praticato nei loro confronti.

L'interrogativo che emerge dalla decisione non è più, allora, come nella prospettiva dei crimini contro l'umanità del diritto penale internazionale, se sia ipotizzabile una responsabilità penale per la scelta politica generale di cooperare con la GCL, quanto piuttosto se e quale fattispecie penale risulti integrata dalla singola vicenda di respingimento (o, come nel caso deciso a Trapani, di tentato respingimento).

Il problema, a quanto ci risulta, non è ancora stato oggetto di attenzione né in dottrina né in giurisprudenza, e vogliamo ora solo fornire qualche spunto per una prima riflessione in argomento.

La soluzione dipende ovviamente dalle concrete modalità in cui si esplica il respingimento, o almeno il suo tentativo. Quando il (tentativo di) respingimento viene operato senza l'uso della forza da parte dell'autorità, semplicemente riportando i migranti in Libia senza che essi si rendano conto della loro destinazione, la fattispecie che ci pare integrata dalla condotta è quella dell'abuso d'ufficio: il pubblico ufficiale che esegue il respingimento agisce in violazione delle norme di diritto internazionale che vietano il *refoulement* e, intenzionalmente, cagiona in questo modo un danno ingiusto ai migranti respinti, cui viene negato l'esercizio del diritto alla richiesta di protezione internazionale, e che vengono destinati alla sicura violazione dei loro diritti fondamentali nei centri di detenzione libici (la gravità del danno cagionato dal respingimento è senz'altro tale da configurare l'aggravante di cui all'art. 323 co. 2 c.p.).

Nella maggior parte delle situazioni il respingimento viene operato direttamente dalla GCL, che riceve dalle autorità italiane l'indicazione del luogo ove si trova il natante in difficoltà, e procede al soccorso ed al rimpatrio in Libia dei naufraghi. Da diverse fonti giornalistiche risulta che la GCL non esita a ricorrere alla violenza ed alla minaccia per costringere i migranti ad accettare di essere riportati in Libia: hanno scosso l'opinione pubblica le immagini del migrante che, per sfuggire alle percosse dei libici che lo avevano soccorso, a rischio della vita si gettava in mare per provare a raggiungere l'imbarcazione della ONG che aveva soccorso alcuni dei suoi compagni di viaggio. Qui, oltre che dell'abuso d'ufficio, le autorità libiche (e le autorità italiane che di esse sono concorrenti, avendole indirizzate sul luogo del naufragio in ipotesi ove potevano intervenire navi delle ONG o comunque altre navi italiane o europee) possono essere ritenute responsabili anche del reato di violenza privata, avendo con la forza costretto i migranti a tollerare il loro illegittimo rimpatrio verso la Libia.

Ogni singolo episodio di respingimento potrà poi dare occasione per la commissione di eventuali altre figure delittuose in capo ai soggetti che direttamente operano il respingimento, ed ovviamente l'eventuale responsabilità delle autorità marittime italiane sarà da vagliare solo ove emerga un loro concreto coinvolgimento nella gestione dell'episodio di soccorso da parte dei libici o di coloro che hanno materialmente operato il soccorso.

Immaginiamo che le autorità italiane, ricevendo la prima segnalazione di *distress* e diventando, ai sensi della Convenzione di Amburgo, responsabili della gestione dell'evento di *Search and Rescue*, contattino i libici perché si prendano carico dell'imbarcazione prossima alle loro acque territoriali, ed ingiungano agli altri attori, eventualmente intervenuti, di eseguire gli

ordini impartiti dalla GCL. Se, come da ultimo ed autorevolmente sostenuto dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, tali prassi, esecutive del *memorandum* italo-libico del 2017, sono contrarie al diritto internazionale, per ipotizzare la responsabilità delle autorità italiane non è necessario ipotizzare un concorso (assai difficile in concreto da provare) nei gravissimi reati (sequestro di persona, lesioni personali, violenza sessuale) di cui sono solitamente vittime i migranti respinti nei campi di detenzione libica; il concorso nei reati commessi nei campi di detenzione ci pare più ragionevolmente ipotizzabile se collocato all'interno della macro-fattispecie dei crimini contro l'umanità. Tuttavia, appare arduo sostenere la possibilità di imputare alle autorità italiane, in ragione della loro cooperazione con la GCL, una responsabilità penale per le singole vicende di violenza e soprusi cui i migranti sono esposti in Libia, a tacer d'altro per la difficoltà di ipotizzare un coefficiente soggettivo doloso delle autorità italiane rispetto ai singoli episodi di violenza commessi dai libici.

Anche senza ipotizzare il concorso nei crimini compiuti dalle autorità libiche nei confronti dei migranti, è la stessa pratica di collaborare con le autorità libiche nella gestione dei soccorsi, in modo da facilitare il rimpatrio dei migranti contro la Libia, a poter a nostro avviso configurare a carico della autorità italiane una responsabilità penale per i reati sopra evidenziati (abuso d'ufficio e/o violenza privata).

Ovviamente in un'ipotetica indagine per tali reati, sarebbe necessario individuare, all'interno della catena decisionale che gestisce le operazioni di soccorso, le precise responsabilità individuali di coloro che a vario titolo sono intervenuti nel caso specifico, e sarebbe altresì da affrontare il delicato problema della consapevolezza di ciascuno in ordine all'illegittimità del respingimento, a cui con la propria condotta si forniva un contributo.

Come abbiamo visto, è stato proprio l'erroneo affidamento sulla legittimità dell'ordine da parte del pubblico ufficiale (il comandante della nave italiana), responsabile del tentativo di respingimento, ad indurre il giudice ad escludere ogni imputazione a suo carico, in quanto la condotta illecita era comunque da ritenersi soggettivamente scusabile.

È chiaro, però, che una volta stabilito che la condotta di cooperazione con le autorità libiche è illecita in quanto contraria al diritto internazionale, sarà difficile argomentare che tutti coloro che sono intervenuti nel predisporre le politiche di respingimento, anche ai più alti livelli decisionali, fossero incolpevolmente convinti del contrario. D'altra parte, sono ormai innumerevoli le occasioni in cui le più autorevoli istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali (tanto a livello ONU che a livello europeo) hanno censurato le politiche di cooperazione con i libici nelle attività di respingimento, ritenendole lesive dei diritti fondamentali, riconosciuti ai migranti dalle fonti internazionali.

Concludendo, la decisione in commento ha lanciato un grosso "sasso nello stagno" nel dibattito in ordine alla gestione dei soccorsi dei migranti provenienti dalla Libia. Riconoscendo la legittima difesa ai migranti che si sono opposti al loro tentativo di respingimento, la decisione ha attirato l'attenzione sulla natura illecita delle politiche di cooperazione e sostegno alla GCL, che si risolvono in forme di respingimento indiretto in contrasto con il diritto internazionale del mare e con il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti.

Quando un giudice riconosce la legittima difesa nei confronti della condotta tenuta da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, è *in re ipsa* la qualificazione come illecita della

condotta dell'agente pubblico; e se già di per sé una tale conclusione deve far suonare un campanello d'allarme circa il rispetto della legalità da parte dei pubblici poteri, l'allarme diventa ben più serio quando la condotta illecita del pubblico ufficiale non deriva da una sua iniziativa personale, ma al contrario è la conseguenza dell'adempimento ad indicazioni operative che provengono dalle più alte autorità di governo.

Sicché occorre interrogarsi non soltanto sul se commettano o meno degli illeciti le ONG che, adempiendo ai doveri imposti dal diritto internazionale, si rifiutino di riportare in Libia i migranti soccorsi, ma anche se non vi siano estremi di reato nella pervicace e rivendicata volontà delle nostre autorità di favorire i respingimenti verso la Libia, nonostante la conclamata contrarietà di tale pratica ai doveri imposti dal diritto internazionale.

Proprio l'ultimo caso, non ancora risolto, della SeaWatch cui è stato impedito l'ingresso in acque italiane perché avrebbe dovuto riportare in Libia i migranti soccorsi, mostra come le autorità italiane siano del tutto indifferenti ai richiami che provengono dalla comunità internazionale, e non abbiano alcuna intenzione di recedere da pratiche che, per le ragioni ben esposte anche nella sentenza in commento, sono gravemente lesive dei diritti fondamentali dei migranti. Il consenso di parte dell'opinione pubblica (italiana ed europea) non può rendere tali pratiche legittime a prescindere dal rispetto dei principi costituzionali, internazionali e convenzionali, a cui tutti i pubblici poteri sono comunque subordinati nello svolgimento delle proprie prerogative.

Vero è che quando pratiche di governo contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico trovino sostegno in ampi settori della pubblica opinione, diventa più difficile il compito della magistratura, che sarebbe chiamata a contrastarle, con il rischio elevato che l'intervento dei magistrati sia avvertito come un'indebita ingerenza nelle scelte politiche adottate dalla maggioranza politica che governa il Paese. Ed è proprio in questi frangenti che il rigoroso controllo di legalità dell'operato delle autorità di governo risulta più che mai decisivo per garantire il rispetto dei diritti fondamentali di ogni essere umano, che sta a fondamento ultimo di tutto il nostro sistema ordinamentale. In questa direzione si è fatto soltanto un piccolo, ma significativo passo in avanti.

Neuro-scienze: la nuova frontiera del diritto penale

ANDREA ESPOSITO

ABSTRACT

The Italian legal system does not provide any benefit for the treatment of young adults

Alquanto delicata è la questione inerente al trattamento normativo dei giovani adulti in relazione alla capacità penale, in quanto per coloro che hanno compiuto il diciottesimo anno di età, ma non hanno superato il ventunesimo, il nostro ordinamento giuridico non prevede alcun beneficio.

Sicuramente costituisce un'opportunità – per gli infraventunenni – quella prevista dall'art. 163 c.p., il quale consente di sospendere condizionalmente la pena detentiva fino ad anni 2 mesi 6, in luogo dei 2 anni previsti per gli adulti.

Altre legislazioni europee, quali ad esempio quella spagnola e quella tedesca, prevedono per i giovani adulti incensurati, in caso di commissione di reati, l'applicazione delle norme minorili con un'estensione delle stesse in conseguenza della giovane età¹. Diversamente la legislazione interna restringe sempre più gli spazi agli infraventunenni – fatta eccezione dell'art. 163 c.p. –.

Nello specifico, l'art. 24 del d.lgs. 272/1989² prevedeva per gli infraventunenni o, addirittura, per gli infraventicinquenni (per i quali non ricorressero particolari ragioni di sicurezza da valutare da parte del giudice competente), che le misure cautelari, le misure alternative o sostitutive della detenzione, il trattamento penitenziario e le misure di sicurezza venissero eseguite secondo le regole speciali prescritte per i minori. Ad esempio un giovane infraventunenne, ove avesse riportato condanne anche da maggiorenne, per l'esecuzione della pena inflittagli da minore veniva in ogni caso ristretto negli I.P.M. minorili; viceversa, l'art. 10 co.5 del d.lgs. 121/2018 stabilisce che non solo la condanna, ma anche la carcerazione per fatti commessi dopo la maggiore età sposta la competenza dal Tribunale e dal Magistrato di Sorveglianza per minorenni a quelli ordinari.

In questo contesto, rappresentativo di un'involuzione normativa, va segnalata una recente pronuncia della Corte di Cassazione³, inerente alla vicenda di tre giovani infraventunenni, che avevano commesso un omicidio per divergenze economiche e familiari.

I giudici di legittimità, annullando con rinvio la sentenza pronunciata dalla competente Corte territoriale, hanno concesso le circostanze attenuanti generiche.

In tal modo a ciascuno degli imputati è stata applicata la pena degli anni 30 di reclusione in luogo dell'ergastolo, previsto per l'omicidio aggravato da essi compiuto.

La Corte è pervenuta a questa decisione, ritenendo incompleto lo sviluppo psichico dei giovani adulti. Più specificamente, nella motivazione si afferma che «pur non potendo la giovane età costituire in nessun caso una sorta di giustificazione o lasciapassare per comportamenti di particolare violenza,

¹ In Spagna Ley Organica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores n.5 del 22.12.2000 – In Germania Jugendgerichtsgesetz del 1923 e successive modificazioni

² Trattasi del Decreto di attuazione del D.P.R. 448/88 che disciplina il processo penale minorile

³ Cass. pen., sez. I, n. 11607/2018.

è pur vero che alla stessa si accompagna abitualmente nell'agente una minore consapevolezza del disvalore delle proprie azioni nonché una più ridotta capacità di tenere a freno le proprie pulsioni».

La questione impone una duplice riflessione.

In primo luogo, il nostro ordinamento penale è rimasto sostanzialmente ancorato alla concezione patologica delle malattie mentali. La stessa formulazione dell'articolo, nel richiedere per l'agente la capacità di intendere e di volere, si riporta alla più grave delle malattie mentali e, cioè, alla schizofrenia: patologia nella quale si ha la scissione della personalità del soggetto.

Al riguardo, il nostro codice richiede non solo la capacità di intendere, che è l'attitudine del soggetto ad avere consapevolezza del disvalore etico della propria azione e dell'antigiuridicità del comportamento posto in essere, integrante la fattispecie di reato⁴, ma anche quella di volere e, cioè, la possibilità del soggetto di determinare liberamente la propria volizione in relazione ad una determinata condotta; essa presuppone necessariamente la capacità di intendere il significato dei propri atti (*nihil volitum nisi praecognitum*)⁵.

Per la piena capacità penale devono evidentemente sussistere le due capacità.

Questa concezione, strettamente psichiatrica della patologia mentale, restringe eccessivamente l'ambito dell'incapacità, escludendo patologie anche gravi, quali i disturbi della personalità, ormai riconosciuti come tali nel DSM-5 internazionale, ma non ritenuti dalla Suprema Corte cause di incapacità⁶.

Dottrina e giurisprudenza hanno, a nostro avviso, poco valorizzato la sentenza n.9163/2005 della Suprema Corte la quale, al contrario, superando la concezione strettamente patologica dei disturbi di mente, affermava che anche i disturbi della personalità, quando siano di natura grave ed eziologicamente connessi al reato perpetrato, determinano l'incapacità di intendere e volere.

A titolo esemplificativo riportiamo, brevemente, la vicenda di un minore straniero, il quale non si è mai integrato, né nel contesto familiare, né in quello sociale.

Il minore proveniva da una situazione socio-ambientale di estremo degrado e di estremo disagio: istituzionalizzazione in tenera età, padre detenuto maltrattante ed alcolizzato, madre abbandonica ed esercente la prostituzione.

Giunto in Italia, sebbene fosse stato adottato da una coppia genitoriale di ottimo livello sociale ed economico, S.N. non è mai riuscito ad integrarsi nel contesto familiare ed ha avuto una serie di problemi da minore, tutti risolti con assoluzione per immaturità *ex art. 98 c.p.*, ad eccezione di un procedimento per rapina per il quale è stato condannato e, successivamente, riabilitato.

Il minore presentava un disturbo della condotta, che con gli anni non è stato superato positivamente, anzi è divenuto disturbo della personalità.

⁴ Essa può essere definita come: "L'attitudine ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, e quindi come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni positive o negative sui terzi" (Fiandaca – Musco Diritto Penale – Bologna, 2002 pag. 288)

⁵ La capacità di volere consiste "nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o prevedibile in base ad una concezione di valore: in altri termini è l'attitudine a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti" (Fiandaca – Musco Op Cit. pag. 289)

⁶ Va ricordato che l'art. 90 c.p. stabilisce che gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità. La stessa Suprema Corte di Cassazione è attestata sulla concezione organica della malattia mentale; *ex plurimis* 1° Sez. Pen. Sentenza del 6 agosto 2015, n.34466 della quale si riporta la massima: "La malattia di mente che rileva ai fini della esclusione o riduzione della imputabilità è soltanto quella medico-legale, con esclusione dei disturbi della personalità. Questi ultimi possono influire sulla capacità di intendere e volere soltanto quando costituiscono l'antecedente causale della condotta criminosa e sono di tale consistenza da impedire al soggetto che ne è affetto di gestire le proprie azioni".

Non è un caso che il soggetto, ormai maggiorenne, assume mensilmente e continua ad assumerlo anche nella Casa circondariale, ove trovandosi detenuto, un neurolettico con il sistema DEPOT, precisamente lo XEPLION 150 mg.

Sottoposto a perizia psichiatrica, a richiesta della difesa, il perito riscontrava nell'imputato il disturbo della personalità, che definiva cronico ed irreversibile, ma riteneva, che l'imputato fosse capace di intendere e di volere, nonché capace di stare in giudizio.

La difesa poneva in evidenza le contraddizioni dell'elaborato peritale, avendo il medico, da un lato, considerato il disturbo della personalità cronico ed irreversibile, dall'altro, avendolo dichiarato pienamente capace. Il difensore evidenziava altresì che, consistendo i reati commessi dall'imputato in violazioni del regime di sorveglianza speciale con obbligo di dimora nel comune di residenza, il disturbo della personalità era eziologicamente connesso al reato perpetrato dall'imputato, in quanto non si trattava di delitto contro l'integrità fisica o morale della persona, contro il patrimonio o contro l'amministrazione della giustizia, ma di reato consistente nella violazione di prescrizioni, determinato dal mancato controllo degli impulsi, che l'imputato non era in grado di evitare per la patologia dalla quale era affetto.

In accoglimento della tesi difensiva, ben tre giudici, nel decidere, superando le conclusioni dell'elaborato peritale⁷, sono giunti a riconoscere la semi-infermità mentale di cui all'art. 89 c.p., trattandosi della fattispecie di cui all'art. 76 d.lgs. 159/2011, consistente nella violazione di prescrizioni e, quindi, intrinsecamente connesso alle particolari condizioni dell'imputato.

Ci sembra utile riportare parte della motivazione⁸ della sentenza in cui si precisa che «è stata acquisita nell'ambito del presente procedimento la relazione peritale redatta dalla Dott.ssa A. R. nell'ambito del proc. n. 8909/18 R.G. Gip, pendente dinanzi a questo Tribunale. Il perito, Dott.ssa A. R., veniva chiamato a pronunciarsi, a seguito di accurata visita, sulla capacità di stare in giudizio dell'imputato, sulla sua capacità di intendere e di volere al momento del fatto e sulla pericolosità sociale dello stesso, con le specificazioni di cui all'articolato quesito peritale. A seguito di attività diagnostica ampiamente descritta nella relazione peritale, accuratamente motivata sotto il profilo scientifico, il perito concludeva ritenendo S.N. affetto da "disturbo antisociale di personalità (DSM .5)", avente "andamento cronico ed irreversibile"».

Tuttavia, al momento dei fatti, secondo la valutazione peritale, la capacità di intendere e di volere non era compromessa, inoltre non si ravvisavano elementi psicopatologici e/o neurologici tali da compromettere la capacità di partecipare al giudizio. Ciò posto, pur volendo ritenere sostanzialmente intatta la capacità dell'imputato di comprendere il significato delle proprie azioni, al momento dei fatti, in ossequio alla diagnosi formulata dal perito, talune considerazioni si impongono circa la capacità dello stesso di determinarsi liberamente.

Innanzitutto, la capacità di intendere e di volere può considerarsi piena esclusivamente allorquando, oltre a comprendere il significato delle proprie azioni, l'imputato abbia la capacità di determinarsi liberamente circa il compimento o meno delle stesse. E deve altresì considerarsi che, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza di legittimità «in tema di imputabilità, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i "disturbi della personalità", che non

⁷ Ciascuno dei Giudicanti è pervenuto a tale decisione quale *peritus peritorum*

⁸ della sentenza n°4106/19 resa addì 20.6.2019 dal Dott. Alessandro De Santis G.M. presso il Tribunale di S.M.C.V. nel proc. pen. n°6061/17 R.G.N.R.:

sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità", purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di infermità⁹»

Ebbene, nel caso di specie, il disturbo della personalità da cui S. risulta affetto, secondo quanto precisato dallo stesso perito, rende alquanto labili le sue capacità di autocontrollo e difesa, evidenziandosi un *deficit* di programmazione e di adeguamento sociale che spinge lo stesso ad una ripetitiva e persistente violazione delle regole. Puntualizza, inoltre, che S. non riesce a controllare la sua impulsività nel commettere azioni spiacevoli per sé e per gli altri, non completamente consapevole delle conseguenze e del peso dei suoi comportamenti.

Alla luce di tali considerazioni deve, quindi, considerarsi non totalmente compromessa, ma almeno significativamente scemata la capacità di intendere e di volere di S. al momento del fatto, non avendo egli il pieno controllo dei propri impulsi e delle proprie azioni e non essendo capace di determinarsi in piena libertà circa il compimento delle stesse, spinto da un livello emotivo scarsamente controllabile. Dunque, deve applicarsi allo stesso la circostanza attenuante del vizio parziale di mente, di cui all'art. 89 c.p.»

Va posto in debito risalto il secondo aspetto, che attiene alla necessità che il diritto si coordini con le neuro-scienze, le quali possono portare la giurisprudenza ad una visione più avanzata¹⁰. Il discorso sulle neuro-scienze è un discorso complesso, in quanto le stesse notoriamente spiegano i fenomeni psichici alla luce delle connessioni neuronali e delle impronte genetiche.

Trattasi di una visione deterministica, la quale contrasta con il diritto penale liberale fondato, da un lato, sul fatto e, dall'altro, su un soggetto il quale deve avere coscienza e volontà dei propri atti e, cioè, deve agire con libero arbitrio.

Stando così le cose, la recezione passiva dei risultati delle neuroscienze manifesta non pochi punti di frizione con i principi costituzionali e con quelli del sistema penale, riproponendo gli stessi limiti evidenziati dalla Scuola Positiva: un intervento penale giustificato anche dalla sola pericolosità sociale, ammissibile *ante-factum* e senza limiti di durata. Come è noto, invece, la pena deve essere certa e determinata nel tempo.

Le neuro-scienze, tuttavia, possono dare un apporto molto positivo, quando si tratti di accertare la capacità di intendere e di volere di un soggetto maggiorenne o la maturità di un soggetto minorenni o quando si tratti di riconoscere le circostanze attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.), tenendo conto del vissuto dell'agente.

Proprio in relazione alla capacità di intendere e di volere del maggiorenne l'apporto delle neuro-scienze ha contribuito a pervenire alla sentenza innovativa di cui sopra. In effetti, il passaggio dalla minore alla maggiore età, che si verifica alla mezzanotte del giorno del diciottesimo compleanno, è

⁹ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163.

¹⁰ Sui rapporti tra diritto penale e neuro-scienze cfr. BASILE-VALLAR *Neuro-scienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont. trim.*, n. 4/2017, 269-289.

un passaggio puramente formale in quanto contrassegnato dal trascorrere del tempo, ma non dalla piena evoluzione mentale del soggetto.

Le neuroscienze hanno contribuito a chiarire che il completo sviluppo mentale dell'uomo ha termine al compimento del 25esimo anno di età, per cui, solo in tale data, da un punto di vista neuropsichiatrico, l'essere umano ha completato il suo sviluppo¹¹.

La tecnica della Risonanza Magnetica (RM) ha consentito di superare la convinzione che il cervello degli adolescenti fosse già un "*prodotto finito*", evidenziando che la maturazione cerebrale è in continua evoluzione durante l'adolescenza e si completa fino alla prima età adulta¹².

In conclusione le neuro-scienze possono, senza alcun dubbio, agevolare il lavoro del diritto penale nell'accertamento della responsabilità dell'imputato, senza tuttavia stravolgere o rovesciare i capisaldi su cui si fonda il diritto penale liberale, e possono aiutare il giudice ad applicare una pena equa, commisurata al fatto ed alla personalità dell'agente.

In buona sostanza, i risultati delle ricerche suesposte evidenziano sempre più che il limite della maggiore età non solo rappresenta una mera *fictio iuris*, ma risulta completamente disallineato con la concreta evoluzione cerebrale dell'uomo.

¹¹ Una serie di importanti ricerche ha accertato che l'evoluzione del cervello umano si completa al compimento del 25esimo anno d'età. Inoltre, già nel diritto romano, sia pure dal punto di vista meramente patrimoniale, si considerava il *puber* pienamente capace di negozi giuridici e, quindi, di agire senza tutela solo al compimento del 25esimo anno d'età (la *lex Plaetoria* – anno 192-191 a. C. – prevedeva una pena pubblica nei confronti di colui che nei negozi avesse raggirato un minore di 25 anni, abusando della sua inesperienza).

¹² Addirittura i ricercatori dell'Università di Stanford, dopo aver scansionato il cervello di un campione di persone, hanno affermato che il processo evolutivo della mente umana si spinge fino al 30esimo anno d'età.