



# PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da  
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora

[www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it)

56 **DUEMILADICIOTTO**  
settembre-dicembre

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,  
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,  
A. Lanzi, S. Lorusso, V. Maiello, V. Manes, A. Manna, A. Marandola,  
N. Mazzacuva, G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni



**Pacini  
Giuridica**

La rivista **Parola alla Difesa** è un periodico online gratuito e liberamente consultabile sul sito [www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it). Oltre ai fascicoli pubblicati con cadenza bimestrale, il sito ospita gli aggiornamenti, curati dalla redazione scientifica e dal comitato di redazione, riferiti alle più recenti pronunce provenienti dalle Corti, oltre alle news relative a novità legislative in materia penale. La rivista, senza scopo di lucro, nasce da una iniziativa dell'Unione delle Camere Penali Italiane, nella persona del suo Presidente Avv. Beniamino Migliucci, e dei Proff.ri Giorgio Spangher e Giovanni Flora, i quali hanno coinvolto, nella stesura dei contributi e nei comitati, docenti, ricercatori ed avvocati. Si precisa che tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

**Peer review.** Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review* che garantisce il livello qualitativo della rivista. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori entrambi scelti dalla Direzione. Un revisore viene selezionato tra i membri del Comitato scientifico per la valutazione; l'altro, invece, tra i membri del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico. I Revisori sono scelti a rotazione, tenendo conto delle loro competenze specifiche, ed esprimono, nel rispetto dei principi di trasparenza ed autonomia, il loro parere – in forma anonima – sulla meritevolezza della pubblicazione e sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore.

La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. In caso di discordanza di giudizio, è la Direzione a valutare se pubblicare il contributo. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

I contributi destinati, invece, alle rubriche web “Aggiornamenti” e “News” sono sottoposti in forma anonima alla valutazione da parte di due revisori, scelti dalla Direzione, uno tra i membri del Comitato di Redazione e uno tra i membri del Comitato Scientifico per la Valutazione i quali, in forma anonima, esprimono il loro parere sulla meritevolezza della pubblicazione. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

#### **DIREZIONE**

Beniamino Migliucci; Giorgio Spangher; Giovanni Flora

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

Agostino De Caro; Filippo Dinacci; Oreste Dominioni; Giovanni Fiandaca; Leonardo Filippi; Alfredo Gaito; Marcello Gallo; Alberto Gargani; Giulio Garuti; Angelo Giarda; Fausto Giunta; Gaetano Insolera; Alessio Lanzi; Sergio Lorusso; Vincenzo Maiello; Vittorio Manes; Adelmo Manna; Antonella Marandola; Nicola Mazzacava; Gaetano Pecorella; Delfino Siracusano; Luigi Stortoni

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

Lucian Chiriac; Artan Hoxha; Carlos Japiassu

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE**

David Brunelli; Piermaria Corso; Piero Gualtieri; Carlo Guarnieri; Roberto Guerrini; Luigi Kalb; Lucio Monaco; Gaetana Morgante; Gustavo Pansini; Costantino Visconti

#### **COMITATO DI REDAZIONE**

Fabrizio Galluzzo; Gherardo Minicucci

Valerio Aiuti; Gabriele Aronica; Davide Bianchi; Andrea Borgheresi; Ersi Bozheku; Pasquale Bronzo; Andrea Chelo; Antonella Ciraulo; Guido Colaiacovo; Irma Conti; Giuseppe Della Monica; Laura Dipaola; Federico Emiliani; Costanza Fenyes; Martina Galli; Luana Granozio; Luigi Ludovici; Edoardo Mazzantini; Ottavia Murro; Gherardo Pecchioni; Matteo Piccirillo; Gianrico Ranaldi; Fabio Stancati; Giuseppe Tabasco; Fabio Varone

# Indice

## Editoriale

GIOVANNI FLORA, *Il diritto penale sostanziale nella produzione normativa della XVII legislatura: una inquietante rapsodia disarmonica* ..... p. 301

## Opinioni

MATTIA ROMANO, *Gestione e controllo dei rischi d'impresa: prevenzione dei delitti associativi per mezzo dei compliance programs* ..... » 305

## Dal parlamento/al parlamento

MICHELE CAMOLESE, *Riserva di codice e art. 570 bis c.p.: aporie dogmatico-normative.* » 315

## Dalle Corti

Cass. Pen., Sez. V, 30 marzo 2018 (dep. 5 giugno 2018), n. 25124, con nota di LUCA BREZIGAR e FRANCESCO VARVARO, *È abnorme l'ordinanza di remissione degli atti alla corte costituzionale se con la stessa il giudice non sospende il procedimento principale*.....» 319

Cass. Pen., Sez. II, 7 giugno 2018 (dep. 5 luglio 2018), n. 30399, con nota di MATTEO PICCIRILLO, *Attività economiche, tracce del reato e uso personale: la Cassazione riscrive l'autoriciclaggio* ..... » 321

Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018, (dep. 9 maggio 2018), n. 20569, con nota di VALENTINA BEVILACQUA, *Decreto penale di condanna: non è abnorme la restituzione degli atti al PM per valutare la particolare tenuità del fatto* ..... » 331

Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, FEDERICO EMILIANI, *L'art. 590 sexies c.p. al vaglio delle Sezioni Unite. Quale futuro per la colpa medica?* .....» 341

## Focus

*Quale diritto penale sostanziale nella prossima legislatura?*

a cura di GIOVANNI FLORA

Introduzione, di GIOVANNI FLORA – *Il governo della paura*, di GAETANO INSOLERA – *Quel che (non) resta della riforma penitenziaria, una meteora dissoltasi al contatto con l'atmosfera politica*, di GABRIELE TERRANOVA – *La prescrizione a cinque stelle*, di DARIO MICHELETTI ...» 357

**Stanza di Gaetano** ..... » 377

di GAETANO PECORELLA



# Il diritto penale sostanziale nella produzione normativa della XVII legislatura: una inquietante rapsodia disarmonica

**GIOVANNI FLORA**

Al pensiero di tracciare un bilancio consuntivo delle iniziative legislative (promulgate o anche solo progettate) della scorsa legislatura si affacciano alla mente una serie di immagini che hanno un unico denominatore comune: la mancanza di un disegno chiaro, complessivo, razionalmente fondato di politica criminale. Si dirà che sarebbe stato troppo pretendere scelte più coerenti e “illuminate” in un periodo storico di “perenne campagna elettorale”, di incertezza del quadro politico, di precario equilibrio sociale ed economico, di influenze sempre più invadenti delle fonti sovranazionali; in tempi di repubblica giudiziaria, in cui non solo ha dominato il “formante giurisprudenziale”, ma il diritto penale della prassi (e più particolarmente delle indagini delle procure) e dei processi mediatici hanno sconvolto completamente il quadro della giustizia penale, lasciando il legislatore ad inseguire affannosamente, in inevitabile perenne ritardo, le “aspettative” (chiamiamole così) della società civile. Eppure governare, anche nel campo della giustizia penale, dovrebbe significare non solo cogliere le esigenze di tutela e finanche i bisogni di sicurezza dei consociati, ma soprattutto saperli incanalare, guidare entro i binari della legalità costituzionale.

Così, se non sorprende che non si sia nemmeno tentato di “provare a provare” di scrivere un codice penale nuovo (istituendo una commissione, certo auspicabilmente meno elefantiaica di quelle passate, ma nemmeno necessariamente ispirata al “modello fratelli Rocco, Manzini, De Marsico” – peraltro gli ultimi “legislatori penalisti” degni di questo nome –); non si può però fare a meno di rilevare che il tempo per fare un nuovo codice lo si è trovato: il “codice antimafia” o, se si preferisce, delle misure di prevenzione, ra-

ro esempio di indigeribile, amaro frutto per cui il legislatore del passato quinquennio si consegnerà al giudizio della storia. Un vero e proprio sistema compiuto di sdrucite” fattispecie” di pericolosità soggettiva e di conseguenti misure afflittive, svincolato dunque dal quadriminio *reato-colpevolezza-processo-pena*, sostituito da un sistema di vere e proprie pene personali e patrimoniali, (“pene nascoste” per riprendere una felice espressione di Francesco Mazzacuva), senza reato e, sostanzialmente, senza processo, basate sulla pericolosità, anche generica, del tipo d’autore e dove esercitare seriamente il diritto di “difendersi provando “è pressoché impossibile.

So che molti hanno tentato e tenteranno di “salvare” questa specie di *monstrum*, ma la sostanza delle cose è questa – come ha impietosamente sottolineato nella sua *dissenting opinion* il Giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella celebre sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 23 febbraio 2017 - Ricorso n. 43395/09 - Causa De Tommaso c. Italia (leggere per credere!) –.

Né il giudizio può cambiare, pur dovendosi dare atto di un intento minimamente razionalizzatore, in ragione della timida introduzione nel sistema di una norma pomposamente qualificata come (“tendenziale”) riserva di codice, “*al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell’effettività della funzione rieducativa della pena presupposto indispensabile perché l’intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali*”, e “*al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell’effettività della funzione rieducativa della pena presupposto indispensabile perché l’intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali*“. Il comma 85, lett. q) dell’art. 1 della legge n.103 del 2017, prevedeva infatti, per realizzare le sopradette finalità, l’introduzione (appunto tendenziale) del principio della c.d. “riserva di codice in materia penale”. Principio ora inserito nella parte generale del c.p., all’art. 3-bis, con i d.lgs. 1° Marzo 2018, n. 21 (“*nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*”). Norma che, anche a prescindere dalla erroneità delle finalità che sarebbe chiamata ad assolvere (la funzione rieducativa non c’entra nulla, semmai si sarebbe potuta evocare la funzione di prevenzione generale c.d. “positiva” e la migliore attuazione del principio di colpevolezza), già dalla sua formulazione testuale, si rivela intrinsecamente contraddittoria, ammettendo che non tutte le fattispecie incriminatrici debbano essere inserite nel codice penale, e la cui prima attuazione, contestuale alla sua introduzione, è consistita nel puro e semplice trasloco nella parte speciale codicistica (e anche in quella generale nel caso della confisca “allargata”) di incriminazioni sparse nella legislazione complementare, senza alcuna preoccupazione di minimo coordinamento.

Ma non è la sola *damnosa hereditas*.

Vi sono norme che costituiscono espressione del più tipico populismo legislativo, come l’omicidio stradale (art. 589-bis c.p.) e le lesioni stradali gravi o gravissime (art.590-bis c.p.), lo *stalking* (*pardon*: gli atti persecutori, art. 612-bis) la cui norma è stata salvata, nonostante la sua palese indeterminatezza, dalla Corte Costituzionale dietro la considerazione che c’ha pensato la giurisprudenza (il *diritto vivente*) a renderla determinata (leggere per credere!), il c.d. femminicidio (che naturalmente è fattispecie tipica inesistente come tale), ma sta ad

indicare il complesso delle disposizioni sul (severissimo) trattamento delle violenze di genere (D.L., sì, proprio decreto legge, 14 agosto 2013 n.93, conv. in L. 15 ottobre 2013, n.93).

Alla medesima matrice populista sono poi riconducibili anche tutte quelle che hanno contemplato l'innalzamento delle pene edittali per i reati ritenuti più odiosi (corruzione, furto, rapina, scambio elettorale politico mafioso), con la neanche tanto nascosta finalità di rendere meno probabile la fruizione della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova e di allungare i termini di prescrizione. Termini che si è provveduto comunque ad innalzare anche prevedendone il raddoppio per certi illeciti (come ad es. l'omicidio e le lesioni stradali) ed in via più generale intervenendo sui meccanismi di sospensione per un periodo complessivo di tre anni nelle more dei giudizi di appello e di cassazione promossi dall'imputato condannato ed introducendo nuove cause di interruzione; oppure statuendo la decorrenza del termine, per i reati sessuali a danno di minori, dal momento del raggiungimento della loro maggiore età. Tutte disposizioni, queste ultime, che, da un lato, sono frutto della "demonizzazione" della prescrizione, dall'altro fanno emergere un palese disorientamento nell'individuare il ruolo dell'istituto nel sistema (in realtà lo si vorrebbe abolire, ma ne manca il "coraggio").

Altre norme della passata legislatura si caratterizzano per la loro sconcertante indeterminatazza (nel caso del falso in bilancio, espressamente riconosciuta in occasione del dibattito parlamentare e quindi "voluta", con espressa delega alla giurisprudenza per una sua precisa determinazione). Tra queste, oltre ai già citati esempi del falso in bilancio e dello stalking, spiccano quelle sul disastro ambientale (art. 452-quater c.p.) e sulla tortura (art. 613-bis c.p.), quest'ultima scritta con una forma espressiva a dir poco (volutamente?) raccapricciante. Per non parlare di quella che ha nuovamente modificato il regime della "colpa sanitaria" (la ben nota "legge Gelli-Bianco"), sorprendentemente collocata all'interno della parte speciale del codice, nel quale sono state inserite due nuove figure autonome di omicidio e lesioni colposi (artt. 589-*sexies* e 589-*sexies*) e per l'interpretazione della quale sono già dovute intervenire le Sezioni Unite che l'hanno sostanzialmente riscritta, ben si può dire "prescindendo" dall'indecorosa espressione testuale, ancorché in modo non del tutto convincente (Sez. Unite, 22 febbraio 2018 – ud. 21 dicembre 2017 – n. 8730).

Né è mancata l'introduzione di qualche fattispecie incriminatrice "rivisitata" rispetto alla precedente versione. Tra queste merita particolare menzione, anche per la sua attualità in relazione al noto caso della nave Diciotti, quella che, in esecuzione della Convenzione Internazionale di New York sulla cattura degli ostaggi del 1979, incrimina, comminando una pena da venticinque a trenta anni di reclusione, una ipotesi speciale di sequestro (o minaccia di mantenimento in sequestro) di persona "estorsivo", cioè finalizzato specificamente a costringere anche "uno Stato o una Organizzazione Internazionale tra più governi, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene" (art. 289-ter c.p.).

Certo – mi si dirà – si è tentato anche di inserire nel sistema qualche meccanismo deflattivo: non punibilità/procedibilità per tenuità del fatto, art. 131 bis c.p.; sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis*), estensione dei casi di procedibilità a querela (D. Lgs. N.36 del 2018), non punibilità a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), taluna delle quali ha certo anche il merito di valorizzare la finalità rieducativa della pena.

Ma non si è avuto il coraggio di rimediare all'insostenibile sovraffollamento carcerario (che ci è costato plurime condanne della Corte EDU) né con un indulto, né con una amnistia: provvedimenti reclamati perfino da Sua Santità, Papa Francesco, ma troppo impopolari in vista di elezioni, sempre alle porte. Né si è pensato di restringere drasticamente l'area dei comportamenti penalmente rilevanti, magari scegliendo una delle due "vie maestre": intraprendendo una radicale opera di depenalizzazione, oppure introducendo un regime di discrezionalità legislativamente vincolata dell'esercizio dell'azione penale.

Infine, le "elezioni alle porte" hanno "convinto" l'esecutivo a non dar seguito alla legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario, che aveva visto la convergenza di ampi settori della politica, di tutta la magistratura (salva qualche rara eccezione) dell'Accademia e dell'Avvocatura Penale che si erano impegnate nell'arco di tre anni di lavori (negli "Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale") per un riassetto del sistema tendente a garantire un più calibrato equilibrio tra esigenze di "certezza della pena" e finalità rieducativa, puntando soprattutto su un allargamento delle ipotesi di applicazione delle "misure alternative" alla pena detentiva, ritenute a buona ragione possedere una maggiore efficacia risocializzativa (in relazione a pene da scontare non superiori a quattro anni) rispetto al carcere.

Non solo, ma la delega ridisegnava completamente l'indigeribile sistema delle misure di sicurezza, in senso più razionale ed aderente alla loro specifica funzione curativo-riabilitativa.

Come è andata a finire ben si sa. Senza comprendere (e senza leggerla ?) che la riforma non si sarebbe affatto risolta in un indiscriminato "svuotacarceri", ma affidava alla Magistratura di Sorveglianza una attenta analisi della "meritevolezza", in relazione a ciascun singolo caso concreto, in ordine alla concedibilità o meno di misure di esecuzione extramuraria della pena da scontare, l'attuale compagine governativa, coerentemente con il "contratto" stipulato tra le forze politiche che la compongono, ha ritenuto di lasciar scadere la delega, in ossequio ad un ottuso e sicuramente mal inteso principio di "certezza della pena". Basti qui ricordare che "certezza della pena" non implica automaticamente che debba trattarsi di "pena carceraria", che plurisecolari studi, da Beccaria ai giorni nostri, hanno stabilito che l'efficacia di prevenzione generale della pena, non dipende solo dalla certezza, ma anche dalla sua equità-ragionevolezza e dalla prontezza della sua irrogazione (quindi v'è insanabile contraddizione tra aumentare i termini di prescrizione e conseguentemente la lunghezza dei processi e perseguire un effetto di prevenzione generale affidato solo allo slogan della certezza); che "certezza", non equivale ad "immutabilità": altrimenti bisognerebbe istituire un sistema di pene edittali fisse che si porrebbe in insanabile conflitto con gli art. 3 (uguaglianza) e 27, primo comma (personalità della responsabilità penale) e terzo comma (finalismo rieducativo) della Costituzione; che tutti convergono nel predicare invece la flessibilità della risposta sanzionatoria. E se nessuno si è mai scandalizzato della flessibilità in fase giudiziale, non si comprende davvero perché ci si dovrebbe scandalizzare della flessibilità in fase esecutiva, che tenga conto **anche** del comportamento susseguente alla condanna, adattandosi ai progressi (e certo anche ai regressi) del condannato sulla via del recupero sociale, come ancora impongono gli artt. 3 e 27 Cost. Chi ha giurato sulla Costituzione dovrebbe rifletterci attentamente.

Ma ciò che si profila all'orizzonte non è certo tranquillizzante.



# Gestione e controllo dei rischi d'impresa: prevenzione dei delitti associativi per mezzo dei *compliance programs*

Opinioni

MATTIA ROMANO

SOMMARIO: 1. Modelli organizzativi e novelle al Decreto: profili problematici e criticità. – 2. Spunti per l'implementazione dei sistemi di controllo e delle modalità di mappatura dei rischi: le linee guida di Confindustria, le *White lists* prefettizie ed il *rating* di legalità. – 2.1. Un ulteriore spunto per l'implementazione dei modelli organizzativi: Il "Codice Vigna". – 2.2. Implementazione dei *compliance programs* su base statistica. 3 Considerazioni conclusive.

## 1. Modelli organizzativi e novelle al Decreto: profili problematici e criticità.

Con lo scardinamento del millenario brocardo per cui "*Societas delinquere non potest*" anche gli enti collettivi sono divenuti dei possibili destinatari di sanzioni di natura latamente penale<sup>1</sup>. Tuttavia il Legislatore ha previsto una possibilità di esonero da tale responsabilità per gli enti collettivi che si dimostrino "virtuosi", avendo approntato dei modelli di organizzazione, gestione e controllo<sup>2</sup>, altresì noti come "*compliance programs*".

Una delle novelle legislative maggiormente dirompenti sotto il profilo del necessario adeguamento dei modelli organizzativi è senza dubbio quella correlata all'introduzione dei reati associativi in detto *corpus* normativo, in quanto la natura omnicomprendiva degli

---

<sup>1</sup> Per un'attenta analisi circa la natura giuridica della stessa si rinvia a MEZZETTI, *Diritto penale, Casi e materiali*, Zanichelli, 2017, 136 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Art. 7 co. 2 D.Lgs. 231/01.

stessi, comporta che qualsiasi fattispecie delittuosa possa astrattamente costituire un reato-fine di un'associazione per delinquere contigua all'azienda<sup>3</sup>.

In altre parole, una tale situazione pare comportare una serie di insormontabili difficoltà correlate all'esercizio da parte dell'ente tanto delle attività di *risk assessment*, quanto delle attività di *risk management*<sup>4</sup>, entrambe imprescindibili per la fruizione dell'esclusione della responsabilità.

Le succitate difficoltà sono correlate al fatto che, nella prassi, tali attività di prevenzione dei rischi si siano, fino ad oggi, basate su di una metodologia di progettazione dei modelli e di approntamento delle relative procedure di prevenzione che ha come perno la specificità dei reati ricompresi nel catalogo del Decreto. Con l'avvento dell'art. 24-ter si sarebbe dunque giunti, per forza di cose, ad una espansione indefinita delle fattispecie di reato da prevenire, in quanto queste potrebbero astrattamente assumere rilievo ai fini della responsabilità degli enti collettivi in qualità di reati-scopo dell'associazione per delinquere o come delitti aggravati dalle modalità o finalità mafiose<sup>5</sup>.

Ciò a cui si perviene è dunque un risultato che mal si concilia con l'originaria *ratio* del *numerus clausus*, prediletta dal Legislatore<sup>6</sup> nel 2001, il quale aveva proposto per un modello di espansione progressiva del catalogo di parte speciale del Decreto, proprio al fine di rendere possibile un graduale aggiornamento di tali modelli di organizzazione e gestione, operazione divenuta ben più problematica a causa di tale improvviso ampliamento indeterminato dei rischi di reato connessi alla commissione in forma associativa o in forma aggravata *ex art. 7 D.L. 152/1991* di qualsiasi delitto.

Il maggior rischio che si prospetta consiste nel fatto che, per ovviare a tale indeterminazione del novero dei reati-scopo dell'associazione, si dovrebbe necessariamente ricorrere a mappature vaghe<sup>7</sup> e procedure comportamentali non ben definite e di conseguenza non idonee ad assurgere alla qualifica di esimenti della responsabilità della persona giuridica. Infatti, non v'è chi non veda che si possano annidare responsabilità di carattere oggettivo in capo all'ente giuridico, in quanto, *sic stantibus rebus*, si rivelerebbe inutile una qualunque attività virtuosa di analisi e prevenzione dei rischi, stante la inidoneità dei modelli approntati ai fini dell'esenzione della responsabilità da reato.

<sup>3</sup> Cfr. ARENA, *231 e associazione per delinquere: profili di criticità*, in *Filodiritto*, [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com).

<sup>4</sup> Le une volte all'individuazione dei settori maggiormente a rischio per quanto concerne la commissione dei reati, le altre volte invece alla gestione e minimizzazione di tali rischi.

<sup>5</sup> Stante la previsione dell'aggravante *ex art. 7 del D.L. 152/1991* nel catalogo di parte speciale del Decreto.

<sup>6</sup> In contrapposizione rispetto a quanto previsto dal legislatore d'oltralpe che ha piuttosto proposto per un sistema generalizzato di responsabilità da reato degli enti, c.d. *nature der sache*.

<sup>7</sup> Così vengono definite le linee guida per la mappatura dei rischi redatte dall'associazione di categoria "Assosim", alle quali viene attribuita tale – poco pregevole – caratteristica da parte di Guerini, in CONSORTE – GUERINI, *Reati associativi e Responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in *Rivista231*, n. 2, 2013.

## 2. Spunti per l'implementazione dei sistemi di controllo e delle modalità di mappatura dei rischi: le linee guida di Confindustria, le *White lists* prefettizie ed il *rating* di legalità.

Sin da subito si è assistito ad un fiorire di interessanti spunti per l'implementazione dei modelli organizzativi, al fine di ovviare alle carenze strutturali degli stessi connesse alle nuove legislative.

Un primo interessante punto di partenza per l'implementazione dei modelli potrebbe essere rinvenuto nelle linee guida emesse da Confindustria. Di grande rilievo può essere il criterio proposto dalla confederazione degli industriali ai fini della corretta selezione dei *partner* commerciali; quali *discrimina* per tale scelta degli interlocutori vengono proposti, ad esempio, la sussistenza della qualifica di impresa aderente al Protocollo di legalità siglato fra Confindustria ed il Ministero degli Interni<sup>8</sup> o ancora il possesso di una regolare certificazione antimafia.

Viene inoltre attribuito un cruciale rilievo alle c.d. «certificazioni di qualificazione etica» dell'attività imprenditoriale, come ad esempio l'iscrizione nelle cosiddette “*white list*” delle prefetture<sup>9</sup> o ancora il c.d. “*rating* di legalità”. Nello specifico, le liste prefettizie appena citate, sono degli elenchi che ricomprendono unicamente i soggetti i quali, in via volontaria, hanno richiesto un accertamento istituzionale della propria immunità alle infiltrazioni criminali e mafiose<sup>10</sup>.

Sulla base di ciò, ove l'ente collettivo scegliesse i propri interlocutori e *partners* commerciali fra i soggetti ivi registrati, ben si ridurrebbero le possibilità di eccipire un qualsivoglia comportamento incauto da parte dello stesso sul piano della prevenzione del rischio di “contagio” con la criminalità organizzata<sup>11</sup>.

Per quanto concerne invece il cosiddetto “*rating* di legalità”, esso è volto alla promozione e all'introduzione di principi etici che possano orientare l'attività imprenditoriale ed è inoltre funzionale all'ottenimento di finanziamenti pubblici e crediti da parte degli istituti bancari. Tale valutazione della legalità delle imprese è effettuata, su richiesta delle stesse<sup>12</sup>, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In estrema sintesi, i requisiti per il conferimento di tale giudizio positivo di legalità consistono nell'assenza di

<sup>8</sup> Risalente al 2010, integrato nel 2014 con l'emanazione delle nuove linee guida. Nello specifico la *ratio* del Protocollo è quella di rafforzare la collaborazione al fine di contrastare le infiltrazioni criminali nell'attività d'impresa. Il protocollo permette inoltre di attestare la propria affidabilità e di verificare quella dei propri partner, fino a giungere all'attivazione di una Banca dati nazionale della documentazione antimafia, operativa da gennaio 2016.

<sup>9</sup> Previste dalla L. 190/2012.

<sup>10</sup> In particolar modo, la Prefettura si occupa di accertare che tali soggetti soddisfino i requisiti previsti dall'art. 84 co. 3 del Codice antimafia.

<sup>11</sup> Cfr. CISTERNA, *White list contro l'ingerenza mafiosa negli appalti*, in *Guida al diritto*, 47/2010, 92 ss.

<sup>12</sup> A condizione che le stesse conseguano un fatturato minimo di due milioni di Euro.

condanne penali a carico dell'imprenditore e dei vertici aziendali e l'assenza di sentenze di condanna a carico dell'impresa stessa<sup>13</sup>.

L'elenco delle imprese che possono fregiarsi di tale giudizio positivo dell'*Antitrust* è inoltre facilmente consultabile da parte degli enti che volessero effettuare un'attività di indagine sui propri interlocutori, in quanto pubblicato sul sito ufficiale dell'Autorità garante in questione con aggiornamento periodico relativo al conferimento, alla revoca e alle sospensioni di tale *status* attribuito alle imprese.

## 2.1. Un ulteriore spunto per l'implementazione dei modelli organizzativi: Il "Codice Vigna".

Altro punto di partenza per implementare i modelli può essere fornito dal cosiddetto "Codice Vigna". Il testo in questione costituisce un codice antimafia per le imprese, volto alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose nelle attività imprenditoriali, ma utile – a detta di taluni autori<sup>14</sup> – anche alla prevenzione della mera associazione *ex art. 416 c.p.*, mediante l'utilizzo di indici di affidabilità dei *partner* commerciali ed in generale dei terzi interlocutori dell'ente oltre che per selezione del personale da assumere<sup>15</sup>. La pregevolezza del testo in questione è stata peraltro asseverata persino da enti istituzionali di rilievo quali Confindustria e l'Associazione Bancaria Italiana<sup>16</sup>.

La peculiarità che connota tale "Codice" è correlata al fatto che esso intervenga precipuamente sulle modalità di analisi del rischio, sulle tipologie di controlli – es. *test di compliance* – e sulla responsabilità in capo ai membri degli O.d.V.<sup>17</sup> nel caso di omesse segnalazioni di infiltrazioni mafiose da parte degli stessi.

Più nello specifico, si prevede in capo all'impresa un dovere di ricognizione a riguardo dei rischi di infiltrazione o di possibile contatto con le organizzazioni criminali organizzate stabilmente operanti nel territorio in cui è sita l'impresa. Mediante una costante analisi preventiva dei rischi correlati alla specifica area geografica di operatività del soggetto giuridico, pare infatti possibile ridurre il pericolo di un coinvolgimento dei soggetti riconducibili alle consorterie criminali. Tale analisi potrà essere svolta anche in totale autonomia da parte della stessa impresa, sfruttando le risultanze statistiche delle indagini ISTAT, le relazioni periodicamente stilate dalle istituzioni pubbliche o le elaborazioni delle Camere di Commercio<sup>18</sup>. Per quanto riguarda invece la selezione dei soggetti terzi con i quali intrattenere rapporti commerciali, sono stati enucleati ulteriori indici volti alla valutazione

<sup>13</sup> Per un'analisi dettagliata si rinvia alla Circolare Assonime n.16/2014, riportata dalla *Rivista delle società*, 2014.

<sup>14</sup> CONSORTE – GUERINI, *Reati associativi e Responsabilità degli enti*, op. cit.

<sup>15</sup> Cfr. LOTTINI, *In ordine ad alcune questioni ancora aperte su reati associativi e responsabilità degli enti*, in *Rivista231*, n. 1, 2015.

<sup>16</sup> Come rilevato, peraltro, da JANNONE in "231". *Allargamento alle ipotesi associative: verso un modello di prevenzione frodi*, in *Rivista231*, 2, 2010.

<sup>17</sup> Prevedendo una sanzione disciplinare per omessa segnalazione, sulla scia della L. 231/2007 che, prima della recente riforma avvenuta con D.Lgs. 90/2017, prevedeva una responsabilità persino di natura penale relativa alle omesse segnalazioni dei tentativi di riciclaggio *ex 648-bis c.p.*

<sup>18</sup> Come evidenziato da CONSORTE – GUERINI, *Reati associativi e Responsabilità degli enti*, op. cit.

dell'attendibilità degli stessi. *In primis* andrà valutata l'eventuale presenza di carichi pendenti in capo a tali interlocutori, la sottoposizione a misure di prevenzione previste dal D.Lgs. 159/2011 o a misure di sicurezza; sarà inoltre necessario attenzionare l'eventuale applicazione di misure cautelari, reali o personali o l'eventuale pronuncia di sentenze di condanna – non necessariamente irrevocabili – o di applicazione della pena su richiesta, nei confronti delle persone fisiche o giuridiche. Particolare attitudine dissuasiva dovrà essere rivolta alle pronunce relative alle fattispecie che incidano sull'affidabilità professionale, quali i delitti contro la P.A., le fattispecie *ex* 648-*bis* e *ter* o i delitti associativi. In via ulteriore sarebbe opportuno non intraprendere relazioni di alcun genere con i soggetti i quali si rifiutino di esibire il certificato generale penale o quello dei carichi pendenti in seguito ad un'espressa richiesta dell'ente. Pari rilevanza dovrà essere attribuita alla mancata esibizione della certificazione antimafia o dell'autocertificazione sostitutiva della stessa.

Nello specifico, per la selezione dei fornitori bisognerebbe ispirarsi ai principi di trasparenza, affidabilità, professionalità e pari opportunità prima ancora che al criterio – solo secondario – dell'economicità ed ove possibile sarebbe opportuno che le aziende redigessero delle liste di «fornitori di fiducia» per rapportarsi con i soli interlocutori in regola con le certificazioni antimafia e certamente estranei alle consorterie criminose<sup>19</sup>. Per quanto concerne invece i clienti, sarebbe opportuno acquisire tutte le informazioni che potrebbero essere indicative di un'eventuale vicinanza degli stessi a compagini criminali, in modo tale da sospendere immediatamente i rapporti con i soggetti presumibilmente collusi o di dubbia attendibilità.

Ulteriore elemento di basilare importanza per la prevenzione dei rischi di infiltrazione e conseguentemente di coinvolgimento dell'ente nella commissione di delitti associativi, consiste nelle accorte valutazioni da porre in essere durante l'attività di selezione del personale. L'assunzione del personale – con attenzione ancor maggiore ove si tratti di apicali – dovrà essere orientata dalle due direttrici della professionalità e dell'affidabilità del soggetto, rispettivamente relative all'attitudine dello stesso a ricoprire un determinato incarico ed alla assenza di ragioni ostative che facciano dubitare dell'estraneità del candidato rispetto al mondo criminale. Al fine di verificare la sussistenza di tale ultimo requisito potrebbe essere opportuno subordinare l'assunzione all'esibizione dei certificati attestanti l'assenza di carichi pendenti o l'incensuratezza dei candidati.

Una volta superato lo scoglio relativo alla selezione del personale, sarà comunque compito dell'ente quello di prodigarsi in attività ulteriori di prevenzione, attuando dunque un sistema di monitoraggio costante dei propri dipendenti. Ulteriore suggerimento del Codice Vigna alle imprese, consiste nella limitazione delle transazioni aventi ad oggetto denaro contante, in quanto ove i pagamenti fossero effettuati unicamente per mezzo di interme-

<sup>19</sup> Secondo quanto riportato da CONSORTE – GUERINI, ult. op. cit.

diari autorizzati, la tracciabilità degli stessi sarebbe una ulteriore arma volta al contrasto delle infiltrazioni nella compagine imprenditoriale.

Pare dunque opportuno concludere che, ove l'ente avesse preventivamente approntato in maniera effettiva tutti gli accorgimenti (relativi alla selezione degli interlocutori e del personale e relativi al monitoraggio dei rapporti con gli stessi), si potrebbe effettivamente ritenere integrata quell'attività di *risk assessment* prevista dal Decreto, in quanto tali accorgimenti parrebbero idonei a scongiurare i rischi della commissione dei così insidiosi reati associativi.

## 2.2. Implementazione dei *compliance programs* su base statistica.

Un ultimo spunto per l'implementazione dei modelli prende le proprie mosse da un'attività di analisi statistica delle pronunce giurisprudenziali relative ai delitti associativi, in modo tale da permettere la enucleazione delle fattispecie che più di frequente hanno assunto la qualifica di reati-scopo e approntare dei modelli organizzativi volti alla precipua prevenzione delle stesse, circoscrivendo l'ambito del *risk assessment*, che altrimenti perderebbe del tutto le originarie finalità *special-preventive*, assumendo le vesti di un generico sistema di prevenzione degli illeciti a 360°<sup>20</sup>.

Il punto di partenza di tale proposta d'implementazione dei modelli consiste in una quadripartizione delle ipotesi di contestazione dei reati associativi in capo all'ente collettivo. Le prime due ipotesi da attenzionare sono, *in primis* quella – più frequente – dell'associazione c.d. mista (composta sia da *intraanei* all'ente sia da *extranei*) per reati ricompresi nel *numerus clausus* del Decreto ed in secondo luogo quella – statisticamente più sporadica – dell'associazione meramente interna per reati ricompresi nel *numerus clausus*. In entrambe tali ipotesi l'ente collettivo sarà unicamente tenuto all'aggiornamento dei modelli di organizzazione e gestione ai fini della prevenzione della commissione di illeciti associativi, in quanto i reati-scopo dovrebbero essere già oggetto di analisi nell'attività di mappatura delle aree a rischio dell'attività di impresa.

Più nello specifico, per la prevenzione dei casi di associazione fra soli soggetti riconducibili all'ente collettivo andranno attenzionati i processi decisionali interni – ad esempio le scelte del CdA, per la prevenzione dei reati societari – mentre per prevenire l'infiltrazione di associazioni esterne all'interno dell'attività dell'ente sarà necessario rivolgere particolare attenzione nella scelta dei *partners*, del personale, dei clienti e degli interlocutori commerciali, secondo quanto già evidenziato poc'anzi. In altre parole, l'ente dovrà prevedere innanzitutto dei controlli a presidio dei reati societari ascrivibili ai soggetti apicali, i cui soggetti preposti sarebbero il Comitato di controllo interno, gli amministratori indipendenti, i sindaci ed i soggetti preposti alla revisione legale dei conti. In relazione ai rischi afferenti

<sup>20</sup> Tale ultima proposta in analisi è riconducibile a PANSARELLA, *Associazione per delinquere, spunti di riflessione ai fini dell'aggiornamento della mappatura delle aree di rischio*, in *Rivista*231, n.3/2010.

al c.d. ciclo passivo, i controlli saranno quelli tipici di «un buon processo degli acquisti»<sup>21</sup> ad esempio nell'ottica di una prevenzione del delitto di associazione per delinquere, tale processo dovrà essere volto ad evitare ipotesi di connivenza tra i responsabili aziendali ed i fornitori. Per quanto concerne invece il c.d. ciclo attivo i presidi volti alla prevenzione delle infiltrazioni criminose per mezzo dei clienti, saranno i medesimi già utilizzati per la prevenzione del riciclaggio<sup>22</sup>.

Presentano invece problematiche di ben più elevato rilievo le due ulteriori ipotesi, relative alle associazioni interne o miste che pongano in essere delitti-scopo non ricompresi nel catalogo di parte speciale. Nello specifico – come rileva parte della dottrina<sup>23</sup> – non vi sarebbero argomenti ostativi alla contestazione della responsabilità *ex* 231 per il delitto associativo finalizzato alla commissione di delitti *extra* catalogo, in quanto la fattispecie associativa ha una rilevanza autonoma che prescinde dall'effettiva commissione degli stessi. In tali ipotesi, tuttavia, sembrerebbe sussistere un ulteriore onere in capo all'ente collettivo, in relazione alla prevenzione di tali delitti che possono essere oggetto del programma criminoso dell'associazione per delinquere, in quanto, ove non fosse posta in essere tale attività preventiva, l'ente collettivo vedrebbe *a priori* pregiudicata la possibilità di fruire della causa di esclusione della responsabilità prevista dall'art. 6 del Decreto.

Sulla base di quanto appena detto si è per l'appunto ipotizzata da più parti la necessaria predisposizione di un'attività di *risk assessment* a 360° (come già avviene nel settore bancario), in aperta antitesi rispetto a quanto originariamente previsto dal Legislatore per il “sistema 231”, in quanto in origine, secondo il principio di «doppia tipicità»<sup>24</sup>, tale attività di prevenzione poteva essere circoscritta alle sole fattispecie presupposto. Tuttavia appare chiaro come un'attività così ampia comporti delle oggettive difficoltà che potrebbero pregiudicarne l'attitudine esimente *ex* art. 6 del decreto. Proprio su tale assunto si basano i contributi volti alla perimetrazione delle attività da sottoporre a mappatura dei rischi, contributi fra i quali spicca proposta in analisi. Taluni autori avevano già provveduto parzialmente ad una tale opera di perimetrazione, escludendo *a priori* il rilievo di taluni illeciti ai fini della responsabilità amministrativa degli enti correlata alle fattispecie associative. In primo luogo erano state escluse le contravvenzioni, in quanto la stessa definizione di associazione per delinquere prevede che il piano criminoso della stessa debba essere volto alla commissione di fattispecie delittuose e non meramente contravvenzionali. In secondo luogo, si potrebbero escludere le fattispecie colpose, in quanto, il delitto associativo è ontologicamente volto alla sciente e consapevole commissione dei delitti-scopo. Vi sarebbe tuttavia, come preannunciato, un'ulteriore possibilità di circoscrivere le fattispecie da

<sup>21</sup> Cfr. ARENA, *231 e associazione per delinquere: profili di criticità*, op. cit.

<sup>22</sup> In via esemplificativa l'adeguata verifica della clientela – o *know your customer* –, in secondo luogo la valutazione del rischio-cliente; la creazione di una banca-dati delle operazioni con questi effettuate.

<sup>23</sup> *Ex multis*, PANSARELLA, *Associazione per delinquere: spunti di riflessione ai fini dell'aggiornamento della mappatura*, op. cit.

<sup>24</sup> Mutuando la locuzione da SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in Aa. Vv. *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009* (a cura di Corbetta – Della Bella – Gatta), Milano, 2009, 373.



prevenire. Ciò in virtù del fatto che parrebbe sufficiente orientare l'attività di implementazione di tali modelli organizzativi sulla base dell'incidenza statistica delle varie "famiglie" di reati-scopo, all'interno della casistica riguardante la responsabilità amministrativa da reato degli enti derivante da reati associativi<sup>25</sup>. Le fattispecie maggiormente ricorrenti sulla base di tale analisi statistica sono rappresentate dalla «Truffa ai danni dello stato», dai reati di riciclaggio ed affini, dai delitti tributari ed in fine dai reati ambientali.

Da quanto emerso, per poter fruire dell'esimente, sarebbe dunque sufficiente che gli enti potessero in essere un aggiornamento dei modelli organizzativi volto alla prevenzione relativa ai soli reati tributari, in quanto le fattispecie di truffa ai danni dello stato, di riciclaggio e dei delitti ambientali, presenti nel catalogo del Decreto, dovrebbero già essere oggetto dell'attività di mappatura dei rischi prodromica all'approntamento di un modello di organizzazione e gestione idoneo ad escludere la responsabilità dell'ente collettivo. Nello specifico si suggerirebbe che tale necessaria evoluzione e corroborazione dei modelli organizzativi, necessaria per la prevenzione delle fattispecie fiscali, potrebbe essere effettuata ricorrendo all'utilizzo dei processi amministrativo-contabili, volti alla contabilità fiscale (c.d. *income tax accounting*), definiti in maniera puntuale tanto dalla normativa "SOX", quanto dalla L. 262/2005 (c.d. Legge sulla tutela del risparmio), secondo cui, con riferimento a tali processi, i Dirigenti Preposti alla redazione delle scritture contabili delle società sarebbero tenuti a rilasciare una ben specifica attestazione. Si rileva inoltre come il panorama delle attività volte al controllo del rischio fiscale sia recentemente stato innovato, in seguito alla promulgazione della L. 23/2014, in tema di gestione e controllo del rischio fiscale<sup>26</sup> e del D.Lgs. 128/2015 in attuazione della stessa. Con riferimento a tali interventi normativi, la dottrina ha rilevato che quanto previsto da tali normative potrebbe essere il punto di partenza per la costruzione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione delle fattispecie penal-tributarie, con conseguente esonero della responsabilità dell'ente<sup>27</sup>. Viene infatti evidenziato come l'approntamento di procedure quali quelle previste dalle summenzionate normative sarebbe idoneo a mitigare in maniera consistente il rischio di illeciti fiscali, affiancando le stesse al già previsto strumento di controllo delle funzioni interne rappresentato dall'attività del collegio sindacale e delle società di revisione. Tale attività di identificazione, catalogazione, approfondimento e tentativo di eliminazione di tali rischi, sembrerebbe dunque integrare il requisito dell'adeguatezza ed idoneità richiesta affinché al modello organizzativo possa essere conferita la valenza esimente.

Se tale prospettazione, basata sull'analisi statistica delle pronunce giurisprudenziali relativa ai reati associativi contestati agli enti, fosse ritenuta idonea a scongiurare il rischio di una responsabilità dell'ente per i reati-scopo *extra* catalogo – altrimenti molto vicina

<sup>25</sup> Le pronunce sulle quali si basa la statistica che ha condotto all'elaborazione di tale proposta dottrinale sono sentenza – principalmente di legittimità – riferibili al periodo 2007-2009.

<sup>26</sup> L. 23/2014, art. 6.

<sup>27</sup> Cfr. MONTERISI – TOMEI, in *Impatti «231» dei reati tributari tra modifiche normative e gestione del rischio fiscale*, in *Rivista231*, n. 1, 2016.



ad una responsabilità di natura oggettiva, a causa dell'impossibilità di fruire dell'ipotesi di esclusione della responsabilità – si semplificherebbe considerevolmente l'attività richiesta in capo all'ente collettivo. È infatti lapalissiana l'estrema differenza fra un'ipotetica necessità di porre in essere di una mappatura dei rischi relativa a tutte le fattispecie delittuose dell'ordinamento – c.d. *risk assessment* a 360° – rispetto alla mera richiesta di un'implementazione dei modelli di organizzazione e gestione unicamente in relazione alla prevenzione delle condotte integranti le fattispecie delittuose di natura fiscale. In conclusione, sembrerebbe dunque opportuno affermare che, in ogni caso, l'attività di *risk assessment* e di *risk management* posta in essere dall'ente collettivo debba essere innanzitutto relativa alle fattispecie previste nel catalogo tassativo del Decreto ed in secondo luogo debba essere estesa anche a tutte le fattispecie che possano rilevare ai fini dell'applicazione dell'aggravante del metodo e delle finalità mafiose ex D.L. 152/1991<sup>28</sup> o che possano ragionevolmente assumere la qualifica di delitto-scopo di un'associazione endoaziendale o mista.

Solo in tal modo l'ente potrà aspirare al godimento dell'ipotesi di esclusione della responsabilità prevista dal Decreto agli artt. 6 e 7 co 2, chiaramente senza dimenticare la necessità dell'ulteriore dimostrazione dell'assenza di un'omessa vigilanza dell'O.d.V. e della elusione fraudolenta del modello organizzativo adottato dall'ente, richieste ove i rei della commissione del delitto presupposto fossero dei soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o gestione dell'ente collettivo.

### 3. Considerazioni conclusive.

Una volta forniti tali spunti, volti – come evidenziato – non solo ad una mera riflessione teorica relativa alla necessità di aggiornamento e corroborazione dei modelli organizzativi, bensì soprattutto a fornire dei mezzi per una concreta implementazione degli stessi, non resta che trarre delle conclusioni sul punto.

Si rileva come, nonostante siano passati ben 17 anni dall'emanazione del Decreto 231/01, non vi sia ancora, in capo alle imprese, una piena consapevolezza del rischio di incorrere nella contestazione della responsabilità amministrativa da reato. Molto spesso, il rischio dell'esposizione degli enti collettivi a tal genere di responsabilità viene *tout court* non valutato o in altri casi le attività poste in essere si rivelano spesso inadeguate allo scopo prefissato.

Ciò comporta che, in molti casi, le aziende rinunciano a priori – e spesso inconsapevolmente – persino alla possibilità di esimersi dalla responsabilità correlata ai reati commessi dai sottoposti, correndo dei rischi ben prevenibili in radice.

<sup>28</sup> Con riferimento alla tale aggravante, si rileva come sia sostanzialmente inesistente una casistica giurisprudenziale attestante una tendenza a contestare le fattispecie non ricomprese nel catalogo di parte speciale ove aggravate dal metodo o dalle modalità mafiose, lasciando dunque intendere quanto il problema relativo alla lesione del principio di doppia tassatività ed il rischio di impossibilità di esimere l'ente dalla responsabilità derivante da tali reati, sia – per il momento – meramente astratto.

Concludendo, poiché l'ordinamento si sta orientando sempre più verso un'obbligatorietà di fatto dei *compliance programs*, è oramai imprescindibile una presa di coscienza da parte del mondo delle imprese ed in particolar modo da parte degli amministratori degli enti collettivi. Tuttavia, a tale presa di coscienza dovrà necessariamente essere abbinata una concreta attività di prevenzione – consistente nell'approntamento dei modelli – che dovrà essere quanto più possibile refrattaria a qualsivoglia censura, andando così a tutelare in concreto l'ente da ogni possibile contestazione a suo carico. Si auspica, dunque, che gli spunti forniti possano essere funzionali allo scopo di implementare i *compliance programs* e tutelare gli enti anche dai rischi correlati alle fattispecie associative.

## Riserva di codice e art. 570-bis c.p.: aporie dogmatico-normative\*

MICHELE CAMOLESE

In attuazione del principio di riserva di codice, il D.L.vo 21/2018 ha introdotto nel codice penale l'art. 570-bis.

La L. 23.6.2017 n. 103 art. 1, comma 85, lett. Q) delegava infatti al Governo l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio di riserva di codice in materia penale:

Nell'ambito della riforma dell'ordinamento penitenziario, è stato stabilito che dovesse essere perseguita la **“attuazione, sia pure tendenziale, del principio di riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi della effettività della funzione rieducativa della pena ... attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico e del mercato”**.

Il principio della migliore conoscibilità del precetto è sicuramente condivisibile ed è stato affermato anche dalla Corte Costituzionale allorché, nel 1988, con le sentenze nn. 364 e 1085 (quest'ultima richiama i principi enucleati con la prima), è intervenuta sull'art. 5 del codice penale: il presupposto per punire è quello di permettere la conoscenza del precetto.

Il problema che si pone, però, è quello di verificare la legittimità del decreto legislativo emanato dal Governo.

Col termine *“beni di rilevanza costituzionale”* si può indicare ogni bene giuridico, dato che in una Costituzione come la nostra, attraverso l'art. 2, può trovare ingresso la tutela di diritti nuovi e non espressamente elencati ma che vengano ad essere percepiti come diritti fondamentali della persona. Si dovrebbe tuttavia dubitare che norme a tutela della famiglia siano direttamente riconducibili all'elenco sopra ricordato (... *“in particolare valori della*

---

\* Trattasi dell'intervento tenuto all'Open Day di Rimini dell'UCPI il 9 giugno 2018

*persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico e del mercato").*

Anche però a voler ritenere di sì, affermando che la tutela della famiglia e dei figli è prevista espressamente dalla Carta Costituzionale e che quelli indicati espressamente nella legge di delega sono soltanto esempi di casi nei quali attuare il principio di riserva di codice, bisogna evidenziare come la **delega** – data la finalità di diffondere maggiore e migliore conoscenza – **non poteva che essere attuata attraverso una mera ripetizione dello stesso contenuto di norme come già formulate** senza ampliare l'ambito di rilevanza penale.

#### **Due sono le questioni:**

1) se il Legislatore delegante avesse voluto ampliare la portata delle norme, avrebbe dovuto indicare, *ex art. 76 Costituzione*, i principi ed i criteri direttivi in merito al nuovo contenuto della norma inserita nel codice;

2) se, come si ritiene, voleva solo rendere maggiormente conosciute alcune norme già esistenti, la delega era solo nel senso di inserire nel codice penale precetti come già formulati, senza ampliarne l'ambito di applicabilità o comunque modificarlo.

Nel primo caso ci si troverebbe di fronte ad una incostituzionalità della legge di delega, nel secondo caso, se si ampliava la portata della norma traspunta da legge speciale, si sarebbe di fronte ad un eccesso di delega.

Nel decreto legislativo di attuazione si parla esattamente di “riserva di codice” per comprendere meglio e per dare omogeneità alla norma affermando, nell'art. 1 del Decreto 21/2018, che leggi speciali possono essere approvate (e lo devono) se disciplinano in modo organico la materia.

Il nuovo art. 570 *bis* c.p., invece, toglie il contenuto dell'art. 3 L. 54/2006 da un sistema organico e amplia, a parere dello scrivente, la fattispecie penale: si è di fronte a una violazione dell'art. 3 Costituzione – e in particolare del principio di razionalità, laddove si svuota l'*intentio legis* del precedente Legislatore, togliendo la regola da un sistema normativo armonico e coordinato – e ad una violazione dell'art. 76 per eccesso di delega.

Tanto in quanto la legge delega indica come unico criterio la riserva di codice per una maggiore comprensione del precetto e quindi pone il divieto di modificarla. Delle difformità rispetto alla previgente normativa si riscontrano anche per il caso di divorzio.

Si passi all'analisi dei testi previgenti, art. 12-*sexies* L. 898/1970 e art. 3 L. 54/2006, e li si confronti col contenuto del nuovo 570-*bis* c.p. e si potrà riscontrare quanto segue.

Attualmente nell'art. 570 *bis* c.p., con riferimento allo **scioglimento del matrimonio, alla cessazione degli effetti civili (cd divorzio) o nullità del matrimonio**, si parla di mancata corresponsione di **qualsiasi tipo assegno**. Del tutto nuova la fattispecie in relazione alla mancanza di corresponsione di assegno per il caso di nullità del matrimonio, non prevista dall'art. 12-*sexies* L. 898/1970 dove si fa riferimento alla mancata corresponsione

sione degli assegni di cui agli art. 5 e 6 della medesima legge, assegni legati espressamente al cd. “*divorzio*”.

Per dare un senso alla questione si deve ritenere che il Legislatore abbia ricompreso nell’ambito penale quelle ipotesi di nullità accertata dopo la sentenza di divorzio rispetto alle quali la Giurisprudenza civile di legittimità ha avuto modo di stabilire che la nullità riconosciuta, tramite delibazione, successivamente al divorzio non fa venire meno l’obbligo di corrispondere l’assegno (vedasi Cass. Civ. I ord. 11.5.2018 n. 11553).

La sovrapposizione sembra sostanzialmente esserci.

Un problema si pone per quanto riguarda l’ipotesi di nullità in caso di matrimonio putativo, laddove sia disposta la corresponsione di un assegno *ex art.* 129 c.c. a favore del coniuge putativo. Ora, che ci si riferisce ad ogni assegno dovuto in caso di nullità di matrimonio (anche al coniuge, dunque), ci si deve porre il problema della applicabilità di sanzioni penali per omesso versamento di tali assegni. In ogni caso si ricordi come fino alla novella ricadeva nell’ambito penale soltanto quanto stabilito a favore dei figli (dato il combinato disposto dell’art. 3 e 4 L. 54/2006 e 337-*ter* c.c.).

Difficile attualmente non pensare ad una estensione della sanzione penale anche al caso del coniuge putativo, dato il tenore della norma che si riferisce ad ogni tipo di assegno.

**Più problematica la questione relativa alla separazione cui si riferisce la seconda parte dell’art. 570-bis c.p.** “*ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamenti condiviso*”.

Qui, la norma sembra punire la violazione di qualsiasi obbligo di natura economica.

Prima l’art. 3 della L. 54/2006 si riferiva alla violazione degli obblighi di natura economica previsti dalle norme della stessa legge (rivolta alla tutela dei figli), statuendo sanzioni penali per comportamenti individuati specificamente in un contesto normativo omogeneo e coordinato.

Ad es. non c’era il riferimento nella legge alla **separazione consensuale**, disciplinata dall’art. 158 cc che non è stato toccato, nel riformare il codice civile, dalla legge 54/2006: la mancata corresponsione dell’assegno previsto non era ricompresa nell’ambito di operatività del precetto penale.

L’assegno in questione era quello stabilito **per i figli minori e non quello a favore del coniuge** per il quale vi era solo tutela di cui all’art. 570, comma 2, c.p.

Per quel che concerne i **figli maggiorenni** la sanzione penale era stabilita solo se l’assegno era previsto espressamente *ex art.* 155-*quinquies* cc, data la tipicità della norma penale. Per il *favor rei*, secondo lo scrivente, prima della riforma l’ambito penale riguardava solo i casi di assegno disposto espressamente per minorenni (fino a quando tali) ed espressamente poi, con provvedimento autonomo, per i figli maggiorenni.

Prima della riforma stavano fuori dell’ambito penale i **provvedimenti presidenziali** che costituiscono un istituto diverso dai provvedimenti di cui agli artt. 155 cc e ss. come modificati dalla L. 54/2006. Ora, ricadono o no nella sfera penale? Crediamo di sì, dato che si fa riferimento a qualsivoglia assegno corrispondente ad un qualsiasi obbligo di natura economica nell’ambito del procedimento di separazione (prima i provvedimenti presidenziali rilevavano penalmente solo se si fosse configurata l’ipotesi di cui all’ art. 570,

comma 2, c.p. per quel che riguarda il coniuge – si ricordi, sul punto, la presunzione di bisogno per figli minori). Prima della riforma, infatti, i provvedimenti presidenziali stavano fuori per un discorso di tipicità, in quanto si faceva riferimento a provvedimenti emessi dal giudice che pronuncia separazione (art. 155, comma 2, e art. 156 c.c.), non di obblighi (genericamente) in materia di separazione.

Si osservi inoltre come *ante* introduzione dell'art. 570-*bis* c.p. si faceva riferimento all'assegno periodico. E l'obbligo di corresponsioni di assegni per spese documentate e per spese straordinarie? Assegni, all'evidenza, diversi da quelli di cui agli artt. 155 e 156 (quest'ultimo per quel che riguarda l'assegno periodico al coniuge). Ora è ogni tipologia di obbligo economico che rileva.

**Attualmente non vi è più riferimento all'art. 4 L. 54/2006 per i nati fuori del matrimonio** (*“le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”*). Ora **ci si riferisce all'affidamento condiviso: e se manca l'affidamento condiviso e il figlio fosse affidato ad uno solo genitore?** Si configurerà soltanto la violazione dell'art. 570 c.p., sussistendone i presupposti?

Pare al sottoscritto che, a seguito della novella del 2018, vi sia un ambito di applicabilità penale del tutto diverso e nuovo, dettato dall'uso di termini diversi, scollegati dal contesto normativo della L. 54/2006, uso che ha portato ad una diversa punibilità, contrariamente allo spirito della delega data dal Parlamento, con violazione dell'art. 76 della Carta Costituzionale.

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## È abnorme l'ordinanza di remissione degli atti alla corte costituzionale se con la stessa il giudice non sospende il procedimento principale

La sentenza in questione si distingue principalmente per aver affermato che l'omessa sospensione del procedimento principale a seguito della proposizione di questione incidentale di costituzionalità di una norma, costituisce un atto abnorme e come tale impugnabile direttamente in Cassazione.

Il Tribunale di Reggio Emilia ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 2 *bis* della legge 13 giugno 1990 n. 146 nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati permetta loro di astenersi anche nei procedimenti con imputati detenuti, previo il loro consenso.

Per tale ragione il Tribunale ha sollevato questione incidentale di costituzionalità della predetta norma per contrasto con gli artt. 1, 3, 13, 24, 27, 70, 97, 111 Cost. ed ha inviato gli atti alla Corte Costituzionale, sospendendo il giudizio limitatamente alla decisione sulla concessione del rinvio richiesto dai difensori in relazione alla proclamata astensione dalle udienze ma non sospendendo l'intero giudizio e rinviando ad ulteriore udienza per la prosecuzione dello stesso.

Avverso tale ordinanza la difesa di due degli imputati ha proposto ricorso per cassazione denunciando l'abnormità della stessa per violazione di legge poiché, ai sensi dell'art. 23, Legge 11 marzo 1953 n. 83, l'autorità giurisdizionale che sollevi questione di legittimità costituzionale deve sospendere il giudizio in corso e non ha alcuna possibilità di apprezzare né la necessità né l'opportunità della sospensione stessa.

A ciò si è aggiunta la considerazione per la quale la sospensione dovesse riguardare il "*procedimento principale*" non potendosi qualificare come subprocedimento autonomo – alla stregua di quello cautelare – il rigetto dell'istanza di rinvio per adesione all'astensione delle udienze.

A sostegno della denunciata abnormità del provvedimento impugnato, la difesa dei ricorrenti ha segnalato come l'omessa sospensione del procedimento avrebbe causato l'integrazione di una nullità assoluta *ex art.* 178 comma 1 lett. a) c.p.p. in relazione alla violazio-

ne delle condizioni di capacità – intesa come legittimazione – del giudice a proseguire il giudizio con conseguente nullità di tutti gli atti istruttori da questo compiuti ed una nullità assoluta, riconducibile *all'art. 178 c.p.p.*, comma 1, lett. c), e *all'art. 179 c.p.p.*, rilevabile anche di ufficio in ogni grado e stato del procedimento, per violazione del diritto di difesa.

In caso di mancato accoglimento della questione di costituzionalità si sarebbe realizzata, dunque, la nullità di tutte le attività istruttorie compiute successivamente all'invio degli atti alla Corte Costituzionale ed una definitiva alterazione del contraddittorio con conseguente insanabile violazione del diritto di difesa.

La Quinta Sezione Penale della Suprema Corte, dopo aver affermato l'abnormità dell'ordinanza nei termini denunciati con il ricorso, ha ribadito il principio per il quale, allorché sollevi incidente di costituzionalità, il giudice è tenuto alla sospensione del "giudizio in corso", posto che, secondo il *dictum* delle Sezioni Unite Vernengo, il giudice perde la "*potestas decidendi*" fino alla definizione della pregiudiziale medesima.

La Corte di Cassazione, poi, richiamandosi ad altri noti precedenti giurisprudenziali ha evidenziato che, salvo il caso di prove non rinviabili ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 467 e 392 c.p.p., il rigetto dell'istanza di rinvio dell'udienza motivata dall'adesione del difensore all'astensione collettiva attuata in ottemperanza alle prescrizioni delle norme speciali regolatrici della materia, determina una nullità assoluta riconducibile all'art. 178, comma 1, lett. c), e all'art. 179 c.p.p., rilevabile anche di ufficio in ogni grado e stato del procedimento, per violazione del diritto di difesa e che stante l'evidente mancanza di autonomia tra il giudizio principale e il giudizio incidentale sulla richiesta di rinvio, in ipotesi di mancato accoglimento dell'eccezione di costituzionalità, la regressione del procedimento determinata dalla nullità assoluta per violazione del diritto di difesa sino all'udienza per la quale avrebbe dovuto essere disposto il rinvio, imposta ai sensi *dell'art. 185 c.p.p.*, comma 3, determinerebbe un inutile dispendio di attività processuali – non altrimenti recuperabili e ciò in spregio del principio di ragionevole durata del processo.

LUCA BREZIGAR E FRANCESCO VARVARO



Cass. Pen. Sez. II, 7 giugno 2018, (dep. 5 luglio 2018), n. 30399 – Pres. Davigo – Rel. Rago

### **Delitti contro il patrimonio – autoriciclaggio**

*La clausola di non punibilità prevista dalla norma sull'autoriciclaggio (art. 648 ter.1 comma quarto c.p.) va interpretata nel senso che l'agente è esente da responsabilità solo se utilizza e gode dei beni del delitto presupposto in modo diretto e senza compiere su questi alcuna operazione tesa a ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.*

Dalle  
Corti

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## Attività economiche, tracce del reato e uso personale: la Cassazione riscrive l'autoriciclaggio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le linee essenziali del dibattito scientifico sull'autoriciclaggio. – 2.1. La condotta tipica. – 2.2. Il bene giuridico tutelato. – 2.3. La clausola prevista dal quarto comma. – 3. La sentenza della Corte di Cassazione. – 4. Osservazioni critiche: verso l'irrelevanza del reimpiego del provento del reato in attività economico-imprenditoriali?

### **1. Premessa.**

La Corte di Cassazione con la sentenza oggetto di questo contributo si sofferma per la prima volta dall'entrata in vigore della norma sul significato del quarto comma dell'art. 648 *ter.1. c.p.*<sup>1</sup>

In effetti in questa pronuncia la Corte si confronta con il vivace dibattito sorto in dottrina sul punto, mentre non fa alcun riferimento a precedenti giurisprudenziali specifici.

Pertanto in queste poche pagine di analisi si ritiene opportuno procedere secondo un ordine "cronologico": prima verrà ricordato in breve il panorama dottrinale con cui si è confrontata la Corte, in secondo luogo verrà analizzata nel dettaglio la sentenza, infine si tenterà di offrire al lettore qualche spunto critico.

---

<sup>1</sup> Il delitto di autoriciclaggio è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 3 l. n. 186/2014.

## 2. Le linee essenziali del dibattito scientifico sull'autoriciclaggio.

Iniziamo dunque a tratteggiare a grandi linee il quadro del dibattito scientifico sull'autoriciclaggio<sup>2</sup>.

Per meglio comprendere il ragionamento della Corte di Cassazione, merita suddividere l'analisi in tre parti: la condotta tipica, il bene giuridico tutelato e la clausola prevista dal quarto comma dell'art. 648 *ter.1* c.p.

### 2.1. La condotta tipica.

Il delitto di autoriciclaggio (art. 648 *ter.1* c.p.) consiste nel fatto di “*chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*” e viene punito con la pena “*della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000*”.

Guardando alla struttura della norma, essa ripropone sostanzialmente la condotta tipica del delitto di riciclaggio, richiedendo però il reimpiego del denaro o delle utilità illecite in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, espressione mutuata dal reato punito dall'art. 648 *ter* c.p.<sup>3</sup>

La descrizione del fatto punibile ruota attorno a due elementi fondamentali: l'elencazione dei comportamenti vietati e la destinazione dei beni oggetto del reato.

Sotto il primo profilo se si confronta la condotta del reato in parola con quella tipica del riciclaggio si notano immediatamente due significativi elementi di novità.

Anzitutto il legislatore ha voluto restringere l'area del penalmente vietato attraverso l'eliminazione del riferimento alle “altre operazioni”, anche nello sforzo di innalzare il tasso di determinatezza della fattispecie.

Inoltre l'autoriciclaggio presuppone un requisito modale della condotta, ossia “*in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*”. Sul punto si è notato che l'inserimento dell'avverbio “concretamente” ha agganciato l'offesa penalmente tipizzata al livello del pericolo concreto, accentuando in definitiva il nucleo del disvalore del fatto. Detto in altre parole, il delitto di autoriciclaggio è contrassegnato da una doppia descrizione assente nel reato di riciclaggio: un numero chiuso di condotte

<sup>2</sup> In questa sede non è possibile dar conto in modo esaustivo dei numerosi contributi in materia. Per un approfondimento completo si rinvia a MAZZANTINI, *I confini del delitto di autoriciclaggio*, in questa *Rivista*, 2017, 1, p. 63 ss.

<sup>3</sup> Secondo SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1637, questo connubio tra le previsioni degli artt. 648 *bis* e 648 *ter* risulta fonte di delicati problemi al momento di individuare il bene giuridico tutelato dalla fattispecie, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

(impiego, sostituzione, trasferimento) e i loro effetti (pericolo concreto)<sup>4</sup>.

Quanto al secondo profilo, l'art. 648 *ter*.1 c.p. richiede la destinazione delle *res* di provenienza illegale in “attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative”.

Se le espressioni “finanziarie”, “imprenditoriali” e “speculative” non danno luogo a grossi dubbi interpretativi, più problematico sembra a questi fini l'inquadramento del concetto di “attività economiche”. L'orientamento ormai costante della Corte di Cassazione ricava la nozione di attività economica dalle norme civilistiche (artt. 2082, 2135 e 2195 c.c.). In base alle richiamate disposizioni costituiscono attività economiche quelle finalizzate alla produzione, alla fornitura o allo scambio di beni e servizi<sup>5</sup>.

Sempre a tal proposito, la giurisprudenza ha anche rimarcato che la norma sull'autoriciclaggio nasce dalla necessità di evitare le operazioni di sostituzione ad opera dell'autore del delitto presupposto e che tuttavia il legislatore, raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono *post factum* non punibile, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la re-immissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate appunto ad ottenere un concreto effetto dissimulatorio<sup>6</sup>.

## 2.2. Il bene giuridico tutelato.

La scelta di richiedere il reimpiego dei proventi del reato in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative mostra l'obiettivo di fondo avuto di mira dal legislatore: da un lato impedire la dispersione delle tracce del reato presupposto immettendo nel circuito legale “denaro sporco”, dall'altro tutelare la concorrenza e il corretto funzionamento del mercato economico punendo l'autoriciclatore per essersi posto in una posizione di vantaggio rispetto agli altri competitori rispettosi delle regole, i quali invece non possono contare su disponibilità illecite. In sostanza si vuole congelare il profitto nelle mani del reo prima che questi possa ulteriormente trarre vantaggio dal reato danneggiando gli altri operatori e in generale l'economia “sana”.

In questa prospettiva la reimmissione nel circuito legale dei proventi del reato e l'ostacolo alla tracciabilità della loro provenienza allontanano la fattispecie dell'autoriciclaggio dalla componente patrimonialistica per collocarla tra i reati contro l'amministrazione della giustizia e contro l'ordine economico e il risparmio<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> TROYER – CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del “vicino ingombrante”*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 98-99.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. II, 11 dicembre 2013, n. 5546, in *CED – Sentenze Web*.

<sup>6</sup> Pertanto non costituisce autoriciclaggio la condotta di colui che, dopo essersi illecitamente impossessato di una borsa contenente un bancomat, abbia prelevato una somma di denaro depositandola su una carta prepagata, cfr. Cass. pen., Sez. II, 14 luglio 2016, n. 33074, in questa *Rivista*, 2017, 1, 63 ss., con nota di MAZZANTINI, *I confini del delitto di autoriciclaggio*.

<sup>7</sup> MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 112-113.

Secondo l'opinione più diffusa in dottrina l'offesa all'ordine economico da un lato e il reimpiego con modalità decettive delle *res* di origine delittuosa dall'altro, doterebbero la fattispecie di autonomo disvalore, rendendo priva di pregio l'obiezione secondo cui il reato punirebbe una seconda volta fatti espressivi di un medesimo disvalore sostanziale<sup>8</sup>. Infatti se effettivamente potrebbe sostenersi che il legislatore abbia "messo in conto" nella punizione del delitto presupposto anche il godimento da parte del reo dei frutti del reato, non altrettanto potrebbe dirsi quando il reo decida di reinvestirli in attività economiche o speculative a danno dell'economia sana e, al contempo, di "ripulirli" attraverso operazioni volte a nascondere la provenienza. Ebbene questa seconda ipotesi non potrebbe ritenersi esaurita nel disvalore del delitto presupposto e dunque meriterebbe un'ulteriore e adeguata risposta penale.

### 2.3. La clausola prevista dal quarto comma.

L'art. 648 *ter*.1, quarto comma, prevede che: "*Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale*"<sup>9</sup>.

Taluni ritengono questa disposizione una causa di non punibilità<sup>10</sup>, mentre per una diversa opinione essa costituisce un limite negativo del tipo, in quanto descrive una modalità della condotta espressamente esclusa dalla rilevanza penale<sup>11</sup>.

Al di là dell'inquadramento giuridico del quarto comma, la dottrina si è concentrata soprattutto sulla sua portata, visto che formulazione letterale della norma è tutt'altro che adamantina. Al riguardo sono emersi due diversi orientamenti.

Una prima e più diffusa tesi muove dalla considerazione che la clausola "fuori dei casi

---

Per una diversa opinione SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 1637-1638, secondo cui la fattispecie, pur derivando dalla fusione degli artt. 648 *bis* e 648 *ter*, mutua la propria lesività solo dalla prima norma, relegando l'offensività dell'altra a mera *ratio* politico-criminale. Infatti, mentre il requisito della concreta capacità della condotta dissimulativa va inteso come effettivo ostacolo alle indagini e la gravità del reato presupposto è assunta agli effetti sanzionatori del secondo comma come indice di minore lesività del fatto, diversamente vale per il corretto andamento del mercato, la cui offesa supporrebbe che la condotta abbia ad oggetto ingenti somme di denaro o rilevanti beni di provenienza illecita di talché risulti apprezzabile nel settore economico interessato, almeno a livello di pericolo concreto.

<sup>8</sup> MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 112.

Ritiene invece che il nuovo reato rappresenti un "ingombrante compagno" di ogni delitto generatore di profitto in violazione dei principi di tassatività, certezza e del divieto di *bis in idem*, SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 139.

<sup>9</sup> Molto critico della scelta legislativa di prevedere una clausola di non punibilità di questo tipo SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio"*, cit., 138-139. A suo avviso la norma privilegia l'edonismo a discapito della produttività. L'illustre Autore porta il seguente esempio. Un nipote ruba un'ingente somma di denaro all'anziana nonna: fermo che la non punibilità del delitto presupposto non esclude l'autoriciclaggio, egli sarà punibile se impiega la somma rubata per avviare una piccola attività artigianale, mentre non risponderà di alcun reato se la impiega per il consumo personale di droga.

<sup>10</sup> SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio"*, cit., 140; nonché MANNA, *La nuova fattispecie di autoriciclaggio (art. 648 *ter*.1 c.p.): problemi esegetici e profili di costituzionalità*, in *Aa. Vv., Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale*, diretto da Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa, 2015, 899.

<sup>11</sup> MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 120; TROYER – CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio*, cit., 102.

di cui ai commi precedenti” implica giocoforza l’estraneità delle fattispecie descritte nel quarto comma a quelle contenute nei commi precedenti, pertanto la clausola in parola non può che alludere a condotte diverse da quelle tipiche dell’autoriciclaggio e quindi diverse dalla reimmissione nel circuito legale di beni di provenienza illecita attraverso modalità ostacolate di tale provenienza<sup>12</sup>. D’altra parte una diversa lettura porterebbe ad attribuire all’espressione “fuori dei casi” il significato opposto di “nei casi”, cosa che, per quanto talvolta la formulazione poco chiara di alcune fattispecie abbia richiesto notevoli sforzi interpretativi, significherebbe addirittura capovolgere il senso del dato testuale.

In definitiva per questa via resterebbero fuori dal perimetro della tipicità solo le condotte di reimpiego diretto nel patrimonio dell’agente, e quindi non tendenti a far perdere le tracce del delitto presupposto<sup>13</sup>.

Così ricostruita la fattispecie prevista dal quarto comma, essa si rivelerebbe non solo non inutile, ma anzi opportuna perché da un lato renderebbe più chiara la norma nel suo complesso, dall’altro impegnerebbe l’interprete ad una lettura più rigorosa delle condotte descritte al primo comma, portandolo a respingere la “tentazione” di considerarlo reato a forma libera.

Seconda una diversa opinione ritenere che il quarto comma dell’art. 648 *ter*.1 c.p. non si applichi alle condotte di autoriciclaggio contemplate nei primi commi dell’articolo significa togliere ogni rilevanza alla predetta clausola. Essa infatti finirebbe per sancire, con perfetta inutilità, l’irrelevanza penale di condotte atipiche. Pertanto l’unica interpretazione plausibile porterebbe a concludere che il legislatore sia incorso in un vero e proprio *lapsus calami*, avendo scritto “fuori dei casi”, ma volendo intendere “nei casi”<sup>14</sup>.

È chiaro che in questa prospettiva anche condotte dissimulatorie della provenienza illecita resterebbero fuori dalla tipicità (o, a seconda delle opinioni, non sarebbero punibili) quando destinate al godimento personale.

A questa seconda ricostruzione è stato opposto fondamentalmente che essa finisce per intendere la sequenza dei comportamenti dell’agente in chiave prettamente teleologica perché valorizza essenzialmente il fine perseguito dall’agente. Vero è che in questa direzione la norma avrebbe una portata applicativa notevole, ma, si osserva, una tale lettura sintetica presterebbe il fianco a tre critiche di non poco momento.

<sup>12</sup> MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 120-121.

<sup>13</sup> In questo modo però, come nota DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio, la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 807, sarebbero punibili tutti i casi, invero moltissimi, in cui il provento del reato consista in utilità che rilevano per il loro valore di scambio e non per la diretta appetibilità agli occhi del reo, come il bottino di una rapina in gioielleria, il furto di borse o di altri accessori, il pagamento di una tangente in pietre preziose. È evidente che in simili casi il rapinatore, il ladro o il corrotto di norma saranno costretti a convertire il provento del reato in denaro o utilità spendibili per poi goderne personalmente, senza operare alcun investimento in attività economico-imprenditoriali. Ebbene, seguendo l’indirizzo prospettato, tutte queste condotte pur indubbiamente finalizzate al godimento personale sarebbero punibili, mentre un’interpretazione ragionevole della norma dovrebbe portare a ritenerle irrilevanti ai fini dell’autoriciclaggio.

<sup>14</sup> CARACCIOLI, *Incerta definizione del reato di autoriciclaggio*, in *Il fisco*, 2015, 4, p. 356; nonché DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 806.

In primo luogo si obietta che in tal modo lo sbarramento del quarto comma scatterebbe pressoché ogni volta, atteso che una finalità soggettiva più o meno mediata di uso personale è presente in ogni forma di impiego di denaro in attività economiche<sup>15</sup>.

In secondo luogo una simile impostazione si tradurrebbe in una operazione di ortopedia interpretativa in grado solo di disarticolare la fattispecie, sganciandola totalmente dalla tipicità dei primi commi per portarla sul terreno scivoloso delle dinamiche comportamentali dell'agente<sup>16</sup>.

In terzo luogo andrebbero anche considerate le incertezze e le difficoltà di ordine pratico con cui l'imputato dovrebbe fare i conti nel processo, dovendo mostrare di aver agito intimamente mosso da finalità di mero godimento personale<sup>17</sup>.

### 3. La sentenza della Corte di Cassazione.

Venendo alla vicenda oggetto della sentenza in commento, nella specie gli indagati avevano proposto ricorso per Cassazione contro il provvedimento del Tribunale del Riesame che aveva confermato la legittimità del decreto di sequestro preventivo emesso nei loro confronti. Costoro erano accusati del delitto di autoriciclaggio in relazione al reato presupposto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per aver estinto un'obbligazione mediante denaro provento di distrazione. Peraltro gli indagati avrebbero prima distratto le somme in questione, poi le avrebbero fatte oggetto di una fitta serie di operazioni volte ad ostacolarne la riconducibilità ai cespiti societari e da ultimo le avrebbero impiegate per pagare il debito personale.

Il Tribunale del Riesame aveva ritenuto non sussistente l'ipotesi prevista dal quarto comma dell'art. 648 *ter*.1. c.p. perché, a suo dire, la norma esclude la punibilità delle condotte di mera utilizzazione e godimento personale dei beni provento del delitto presupposto solo quando esse non abbiano in concreto ostacolato l'identificazione della provenienza delittuosa, ossia appunto solo quando "*non si verta in una tipica ipotesi di autoriciclaggio*".

Gli indagati allora proponevano ricorso per Cassazione sostenendo che, poiché il denaro proveniente dal delitto presupposto era stato utilizzato per estinguere un finanziamento e quindi per adempiere una propria obbligazione, la condotta non sarebbe punibile in quanto rientrante nella previsione del comma quarto.

Ad avviso della Corte di Cassazione, invece, la conclusione del Tribunale è corretta e condivisibile per più motivi.

<sup>15</sup> PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, 3, 67.

<sup>16</sup> NADDEO, in *Autoriciclaggio: i compromessi di un difficile inquadramento sistematico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 3-4, 700; TROYER – CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio*, cit., 103.

<sup>17</sup> TROYER – CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio*, cit., 103-104.

Preliminarmente la Corte osserva che sulla questione in dottrina si contendono il campo due letture opposte.

Un primo indirizzo muove dal senso letterale delle parole per cui l'espressione "fuori dei casi" non può che alludere ad ipotesi diverse da quelle dei commi precedenti, mentre a voler sostenere il contrario si finirebbe per attribuire alla norma un significato opposto alla sua lettera, operazione interpretativa assolutamente vietata. La norma in definitiva avrebbe una funzione interpretativa o di puntualizzazione del primo comma.

Secondo questa tesi restrittiva se l'agente pone in essere la condotta prevista dal primo comma, e dunque compie operazioni di mascheramento della provenienza illecita dei beni, non potrà invocare a proprio vantaggio la circostanza del mero utilizzo personale degli stessi.

Un secondo indirizzo obietta che il quarto comma dell'art. 648 *ter*.1. c.p. deve essere interpretato come a "scriminare" tutte le condotte di autoriciclaggio consistenti nell'utilizzo o nel godimento personale delle *res*, altrimenti la disposizione sarebbe del tutto inutile. In questa prospettiva si sostiene che l'espressione "fuori dei casi" è frutto di un'evidente svista del legislatore e deve essere letta come a dire "nei casi".

La tesi è ovviamente estensiva perché finisce per ritenere non punibili condotte tipiche di autoriciclaggio il cui risultato finale sia il godimento personale.

Ebbene, come detto, la Corte sposa la prima e più restrittiva teoria per le seguenti ragioni.

Anzitutto perché interpretare la locuzione "fuori dei casi" come "nei casi" a suo avviso significa stravolgerne del tutto la portata letterale in violazione dell'art. 12 delle preleggi.

Inoltre perché la prima soluzione è l'unica coerente con la *ratio legis*. Infatti con l'introduzione del reato di autoriciclaggio il legislatore ha avuto come obiettivo quello di sterilizzare il profitto conseguito con il reato presupposto e, quindi, di impedire all'agente sia di reinvestirlo nell'economia legale sia di inquinare il libero mercato ledendo l'ordine economico con l'utilizzo di risorse economiche provenienti da reati: fu proprio questa, continua la Corte, la ragione principale per cui venne messo in discussione e superato il cd. privilegio dell'autoriciclatore. Ed è quindi proprio il divieto di condotte decettive finalizzate a rendere non tracciabili i proventi del delitto presupposto che costituisce il "cuore" del reato di autoriciclaggio. Per queste ragioni secondo i giudici di legittimità sarebbe davvero paradossale consentire all'autore del reato presupposto di realizzare una tipica condotta di autoriciclaggio (rendere non tracciabile i proventi del reato) e, al contempo, consentirgli di usufruire della clausola di non punibilità, godendone lui stesso i frutti.

D'altra parte i lemmi "mera", "utilizzazione", "destinate" e "godimento" alludono chiaramente ad un uso diretto del provento del delitto presupposto e sono anzi incompatibili con i comportamenti decettivi perché l'agente non avrebbe alcuna necessità giuridica di ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene che utilizza.

Così ricostruito il significato del quarto comma, ad avviso della Corte la norma in parola non sarebbe affatto inutile, ma anzi assolutamente opportuna perché attraverso la tassativa indicazione dei casi di non punibilità contribuirebbe a delimitare in negativo l'area di operatività del primo comma, affiancandosi ad esso nella descrizione della condotta punibile.



In definitiva per la Cassazione la non punibilità trova fondamento nel divieto di *ne bis in idem* sostanziale, ma solo e solamente a condizione che l'agente si limiti al mero utilizzo o godimento dei beni provento del delitto presupposto, senza che venga posta in essere alcuna attività decettiva al fine di ostacolarne l'identificazione, quand'anche la suddetta condotta fosse finalizzata ad utilizzare o a meglio godere dei suddetti beni.

#### 4. Osservazioni critiche: verso l'irrelevanza del reimpiego del provento del reato in attività economico-imprenditoriali?

A chi scrive pare che la Corte si sia spinta ben oltre l'orientamento dottrinale restrittivo, nonostante la dichiarata volontà di aderirvi, e abbia finito per riscrivere quasi completamente la fattispecie. Si consideri a titolo di esempio che un illustre Autore, che pure sostiene la lettura restrittiva del quarto comma, ritiene che il pagamento di un'obbligazione con i proventi del reato presupposto rientri nel quarto comma<sup>18</sup>; esattamente il caso sottoposto alla giustizia della Suprema Corte e da essa risolto in termini opposti.

Vediamo di seguire il ragionamento della Corte.

In definitiva la Cassazione ricostruisce il significato del comma quarto dell'art. 648-ter.1 c.p. in modo che, si perdoni il linguaggio volutamente colloquiale, suona più o meno così: "State tranquilli, se non avete nascosto le tracce della provenienza illecita del denaro e ne avete fatto solo uso personale non risponderete di autoriciclaggio".

Se invece, come nel caso di specie, il denaro viene "*sottoposto a numerose e complesse operazioni dirette concretamente ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa*" sussiste il delitto di autoriciclaggio "*a norma del primo comma di cui all'art. 648 ter.1 c.p., quand'anche si volesse ritenere che il denaro, all'esito delle suddette operazioni di ripulitura, fu utilizzato per estinguere un debito personale. Invero la clausola di non punibilità non può essere invocata proprio perché l'utilizzo del denaro, da parte del ricorrente, fu indiretto e solo dopo che erano state effettuate condotte decettive finalizzate a concretamente ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa*".

In altre parole ancora: secondo la Corte, siccome il quarto comma si applica solo ad ipotesi diverse da quelle contemplate nei precedenti, ciò significa che il legislatore ha voluto lasciare fuori dalla tipicità solo l'uso diretto e personale del provento del reato, di talché il reato sussiste ogniquale volta l'uso o non è diretto o non è personale.

Questa impostazione pare censurabile sotto più profili.

Anzitutto conferma la "pericolosità" insita nelle norme di favore, le quali da apparenti e talvolta superflui presidi per i consociati diventano spesso strumenti di criminalizzazione inversa, relegando l'area del non punibile ad eccezione rispetto alla regola generale della punizione.



Secondariamente il pensiero della Cassazione sembra criticabile anche per un motivo di ordine sistematico. Se infatti fosse sufficiente la condotta di ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa per integrare il reato non si comprenderebbe per quale motivo il legislatore abbia voluto inserire nel codice un'autonoma fattispecie con elementi diversi rispetto a quelli del riciclaggio, invece di eliminare semplicemente la clausola di riserva contenuta in quest'ultima fattispecie.

In terzo luogo la Corte, tutta tesa a ricostruire i rapporti tra la componente modale della condotta e la clausola del quarto comma, sembra dimenticare l'altro elemento fondamentale del fatto materiale tipico, ossia la destinazione del denaro o delle utilità illecite ad attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

A questo proposito, come detto, anche la tesi dottrinale restrittiva menzionata dalla sentenza individua il disvalore dell'autoriciclaggio non solo nell'ostacolo alla giustizia, ma anche e soprattutto nell'inquinamento dell'economia legale. Su questa base, si sostiene, la norma non vuole certo incoraggiare l'edonismo a dispetto del lavoro e della produttività, ma ritiene giustificata una seconda incriminazione se ed in quanto il risultato illecito del reato presupposto venga reinvestito in attività economiche lecite a danno del mercato e dell'economia sana. In effetti proprio il reimpiego nell'economia legale, certamente unito alla decettività della condotta, consente di ritenere l'autoriciclaggio non irrispettoso dei principi di *nemo tenetur se detergere* e di *ne bis in idem*.

Ora, nell'affermare che la condotta ostacolativa della provenienza delittuosa delle *res* rende sempre punibile per autoriciclaggio l'autore del reato presupposto, la Cassazione sembra trascurare questi aspetti, "eliminando" in via pretoria un elemento fondamentale della fattispecie, appunto la necessità del reimpiego in attività economico-imprenditoriali.

Ed è a questo punto che, a sommosso avviso, emergono le maggiori criticità del ragionamento della Corte. Infatti, seguendo il ragionamento della sentenza, il legislatore nel primo comma richiederebbe l'impiego in attività economico-finanziarie del provento del reato, per poi cambiare idea inserendo nel quarto comma i termini "mera", "utilizzazione", "destinate" e "godimento" per affermare che se non vi è uso diretto allora la condotta costituisce sempre reato.

L'effetto paradossale appena descritto impone di tentare di cogliere l'esatto significato della disposizione del quarto comma non tanto nel confronto tra l'utilizzo/godimento personale e la dispersione delle tracce del reato (come invece ha fatto la Corte), quanto piuttosto in quello tra l'utilizzo/godimento personale e la necessità di reimpiego del provento del reato presupposto nel circuito economico-imprenditoriale<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Anche SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 1642 ss., ritiene che la clausola in esame abbia la funzione di porre in termini alternativi i fatti descritti al quarto comma rispetto quelli rientranti nel primo. A suo avviso, al fine di conferire un minimo di determinatezza alla nozione di atti di mera utilizzazione e godimento personale occorre evitare il terreno scivoloso dell'interpretazione letterale e considerare invece la diversità di destinazione indicata al quarto comma. Pertanto l'utilizzo e il godimento personale sono da intendere in antitesi alle attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative idonee ad ostacolare l'identificazione della provenienza del bene.

Sotto questo profilo si è già detto che le nozioni di attività “finanziarie”, “imprenditoriali” e “speculative” non pongono rilevanti problemi di interpretazione, mentre meno immediato pare in apparenza il corretto inquadramento della nozione di attività “economiche”, proprio per la latitudine di significati evocati dall’aggettivo. Ebbene, in questa prospettiva la disposizione del quarto comma consentirebbe di chiarire che per attività economiche ai fini dell’autoriciclaggio non si intendono il mero uso o godimento personale del provento del reato, anche quando l’uso o il godimento abbiano una connotazione economica. In tali ipotesi infatti non si ha un investimento imprenditoriale-finanziario dei frutti del reato, ma solo il “normale” godimento dell’attività criminosa il cui disvalore resta assorbito nel delitto presupposto. In pratica il quarto comma vorrebbe lasciare senza punizione non tanto i comportamenti inidonei a nascondere le tracce del reato, quanto piuttosto l’utilizzo del provento del reato per fini diversi da quelli tipici di un’attività economico-imprenditoriale-finanziaria<sup>20</sup>, quali certamente l’uso o il godimento personale.

In questa prospettiva non si intende sostenere che il legislatore abbia inteso che la destinazione finale delle utilità illecite a mero utilizzo o godimento personale escludano sempre il reato, ma solo che abbia voluto chiamare l’interprete a valutare volta per volta se in concreto l’agente abbia o meno investito nel circuito economico-imprenditoriale il provento del reato o l’abbia semplicemente “speso”.

È chiaro che così ricostruita la norma assumerebbe davvero una funzione di delimitazione del tipo di innegabile rilevanza pratica perché traccerebbe una netta linea di confine tra il “lecito” godimento dei frutti di reato, messo in conto dal legislatore nella punizione del delitto presupposto, e le condotte punibili in quanto effettivamente offensive del corretto funzionamento della concorrenza e dei mercati.

Beninteso, non si nega che la prassi applicativa potrà comunque rivelare ampie zone grigie, tuttavia questa impostazione sembra la più coerente sia rispetto alla struttura della norma, sia rispetto alla *ratio* della stessa, offrendo un criterio sufficiente a risolvere quantomeno i casi simili a quello oggetto della sentenza.

MATTEO PICCIRILLO

---

<sup>20</sup> D’altra parte la Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, istituita con D.M. 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. G. Fiandaca, così si esprimeva: «*Ma l’obiezione di incappare in una ingiustificata doppia incriminazione di un medesimo disvalore sostanziale è, ad avviso della Commissione, scongiurabile circoscrivendo appunto il reimpiego penalmente rilevante ai soli casi di investimento speculativo o imprenditoriale (come tale trascendente l’utilizzazione per mero godimento personale dei proventi dell’attività delittuosa)*».

Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018 (dep. 9 maggio 2018), n. 20569, – Pres. Fumo – Rel. Boni

### **Abnormità – Tenuità del fatto – Archiviazione**

*non è abnorme, e quindi non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al Pubblico Ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*

Dalle  
Corti

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## Decreto penale di condanna: non è abnorme la restituzione degli atti al PM per valutare la particolare tenuità del fatto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le argomentazioni a sostegno dell'abnormità e profili problematici. – 3. La decisione delle Sezioni Unite.

### **1. Introduzione.**

Le Sezioni Unite, investite della questione, hanno affermato il principio di diritto per cui “*non è abnorme, e quindi non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al Pubblico Ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*”.

La decisione conferma l'orientamento maggioritario formatosi nelle singole Sezioni, ma gli argomenti dell'interpretazione minoritaria, trasfusi nel ricorso del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna e nella memoria del Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, hanno determinato la Quarta Sezione Penale a rimettere la questione alle Sezioni Unite<sup>1</sup>.

La tematica è rilevante in quanto ha riproposto una riflessione approfondita su alcuni nodi problematici connessi all'applicazione dell'istituto della tenuità del fatto.

In particolare sono stati preliminarmente identificati mediante un necessario riferimento

---

<sup>1</sup> <http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2018/01/Cass.-pen.-Sez.-un.-18-gennaio-2018-informazione-provvisoria-1.pdf>.

alla casistica i presupposti per qualificare l'abnormità del provvedimento di restituzione degli atti al Pubblico Ministero, che abbia rivolto al GIP la richiesta di emissione del decreto penale di condanna.

La sentenza della Suprema Corte ha trattato altresì, incidentalmente, ulteriori aspetti, alcuni dei quali già immediatamente posti all'attenzione dei giuristi, all'alba della novella<sup>2</sup>, dall'Ufficio del Massimario<sup>3</sup> ed, in particolare, la sussistenza di una possibilità o meno, per il GIP, di emettere una pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* nell'ipotesi in cui riconosca operante l'istituto della tenuità del fatto, l'ambito di operatività del potere di restituzione degli atti al PM e le problematiche connesse agli effetti delle pronunce emesse *ex art. 131 bis c.p.* al di fuori del dibattito.

## 2. Le argomentazioni a sostegno dell'abnormità e profili problematici.

Nel ricorso presentato, il Procuratore della Repubblica sostiene che:

–il GIP investito della richiesta di decreto penale di condanna può respingerla solamente per ragioni attinenti alla legittima introduzione del rito, alla qualificazione giuridica del fatto oppure all'inidoneità e inadeguatezza della pena in relazione al caso concreto, ma non per ragioni di mera opportunità, cosicché l'unica alternativa possibile alla pronuncia di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* è l'emissione del decreto penale.

Tale considerazione si fonda sull'orientamento giurisprudenziale (pronuncia "Allocco") per cui *"una volta esercitata l'azione penale con la richiesta di decreto penale di condanna, al giudice non sarebbe consentita nessuna discrezionalità"*<sup>4</sup>;

–nel rito speciale *de quo* non vi è spazio per una sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* per particolare tenuità del fatto, in quanto la causa di non punibilità in parola presuppone l'instaurazione del contraddittorio con l'imputato e determina l'effetto pregiudizievole dell'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale;

–non si può procedere neppure nelle forme dell'art. 411 co. 1 e *1bis c.p.p.*, come ipotizzato dal GIP, poiché il provvedimento di restituzione sarebbe abnorme in quanto non rientrante nei *"profili di legittimità del rito – in quanto sottoposti al controllo del giudice –, di qualificazione giuridica del fatto (potere connaturale all'esercizio della giurisdizione) o di idoneità e adeguatezza della pena con riferimento al caso concreto, non sussistendo uno spazio di discrezionalità ulteriore"*.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> D. Lgs. 16.3.2015 n. 28 (Cfr. Legge Delega 28 aprile 2014, n. 67).

<sup>3</sup> Relaz. n. III/02/2015 Ufficio del Massimario, Consiglieri Antonio Corbo e Giorgio Fidelbo.

<sup>4</sup> Cassazione Penale Sezione I, n. 15272 del 21712/2016, Allocco.

<sup>5</sup> Cit. Cassazione Penale Sezione I, n. 15272 del 21712/2016, Allocco *"È pertanto da escludersi l'esistenza di uno spazio di discrezionalità ulteriore, correlato a diverse ragioni di opportunità, posto che il Gip risulta investito da una azione penale già esercitata nella particolare forma di cui all'art. 459 c.p.p., comma 1 e pertanto, lì dove non ritenga di emettere sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p. è tenuto, al di là delle suddette ipotesi, ad emettere il decreto penale oggetto di richiesta (in tal senso si richiama quanto di recente*

Nella memoria presentata dal Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte, è stato inoltre specificato che il provvedimento impugnato costituisce “*sviamento dell’esercizio di un potere dallo scopo per il quale l’ordinamento lo attribuisce perché incide sulle scelte già operate dal pubblico ministero all’atto di esercitare l’azione penale, con la implicita esclusione anche della causa di non punibilità di cui all’art. 131bis c.p.*”.

Le considerazioni suesposte, pur non condivisibili nella sostanza per le ragioni specificate *infra*, lasciano trasparire alcune trasversali difficoltà di armonizzare con il sistema un istituto che, pur avendo natura sostanziale, spiega effetti diversi a seconda del momento processuale in cui interviene la declaratoria di non punibilità.

In relazione alla possibilità di emettere una sentenza per tenuità del fatto *ex art.* 129 c.p.p. al di fuori del dibattimento, già nella citata relazione dell’Ufficio del Massimario del 2015 si rilevava che la previsione dell’art. 129 c.p.p., pur rubricata “*Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*” in effetti nulla dice per l’ipotesi in cui ricorre una specifica causa di non punibilità.

Una parte rilevante della dottrina ritiene che il silenzio della legge “*non può essere evidentemente giustificato come un’innocua omissione cui porre rimedio attraverso interpretazioni estensive di altre formule tra quelle contenute nell’art. 129 comma 1, trovando al contrario radici profonde nei presupposti che giustificano il ricorso a tali pronunce*”, in particolare perché la causa di non punibilità può essere dichiarata “*esclusivamente dopo l’accertamento della sussistenza della penale rilevanza e dell’attribuibilità all’imputato del fatto per cui si procede*”<sup>6</sup>.

Effettivamente, nello schema di decreto predisposto dalla Commissione, la nuova causa di non punibilità rientrava nelle ipotesi contemplate dal comma 1 dell’art. 129 c.p.p., ma tale soluzione non è stata mantenuta in sede di redazione del testo definitivo.

Ciò nonostante, la Giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite si è limitata a registrare la divergenza di opinioni in dottrina circa la corretta formula da adottare per il proscioglimento dettato dalla presenza di cause di non punibilità, evitando espressamente di prendere posizione<sup>7</sup>, mentre le Sezioni semplici hanno più volte espressamente ammesso la rilevanza di queste ultime con sentenza pronunciata *ex art.* 129 cod. proc. pen.<sup>8</sup>

---

*affermato da Sez. 6 n. 23829/2016, rv 267272, nonché – in precedenza – da Sez. 3 n. 8288/2009, rv 246333). Dunque la restituzione degli atti basata – come nel caso in esame – su una ipotetica valutazione di applicabilità della particolare causa di non punibilità di cui all’art. 131 bis c.p. non può ritenersi consentita dal sistema processuale e concretizza, effettivamente, una ipotesi di abnormità”.*

<sup>6</sup> Cfr. GAETA – MACCHIA, *L’appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. V, Impugnazioni, a cura di Spangher, Torino, 2009, 323 ss.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra, Rv. 240814.

<sup>8</sup> Da relaz. n. III/02/2015 Ufficio del Massimario, Consiglieri Antonio Corbo e Giorgio Fidelbo: In particolare, Sez. VI, Fiori, cit., ha espressamente osservato che “*non sembra di ostacolo a questa soluzione il dettato dell’art. 129 c. 2 c.p.p., dal momento che la formula ‘perché il fatto non costituisce reato’ è stata sempre intesa come comprendente anche le cause di non punibilità; e, d’altronde, un’interpretazione diversa comporterebbe, così come sostiene il ricorrente, fondati dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale, traducendosi in disparità di trattamento difficilmente giustificabili sotto il profilo della logica e della razionalità*”. Sez. V, SANPAOLESI, cit., a sua volta, ha icasticamente affermato: “*La causa di non punibilità può essere riconosciuta anche in sede di legittimità ai sensi dell’art. 129 c.p.p.*”. Si può aggiungere, poi, che la Corte di cassazione ha espressamente proceduto più volte, anche recentemente,

Ciò che emerge dal quadro attuale, è che la questione sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 129 cod. proc. Pen. costituisce tuttora oggetto di discussione, approfondimento e applicazione giurisprudenziale, ma in tema di particolare tenuità del fatto permane il dato di fatto della necessità di contraddittorio e delle conseguenze pregiudizievoli consequenziali alla sentenza.

La lettura sistematica delle norme e le più recenti pronunce di legittimità paiono comunque aver risolto alcuni aspetti problematici.

Per ciò che concerne gli effetti che discendono dalla pronuncia per tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p. solamente la sentenza penale irrevocabile che segua il dibattimento (o *ex art.* 442 c.p.p. salvo opposizione della parte civile che non abbia accettato il rito) ha efficacia di giudicato – quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso – nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile citato o intervenuto nel processo penale.

Ai sensi del novellato art. 3 co. 1 let. f) DPR 313/2002, però, tutti i provvedimenti con i quali è dichiarata la non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. sono iscritti per estratto nel casellario giudiziale.

Il tenore letterale della norma ed i lavori preparatori avevano indotto a sostenere, come ha fatto il Procuratore della Repubblica nel ricorso che ha originato la pronuncia in commento, che l'ordinanza di archiviazione dovesse essere iscritta nel certificato penale.

La Suprema Corte ha però sul punto recentemente chiarito<sup>9</sup> che in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 1, lett. f) d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, la condizione per l'iscrizione nel casellario giudiziale è la definitività del provvedimento, perché non impugnato o altrimenti definitivo e dunque *“Il decreto di archiviazione ... non risulta impugnabile, e quindi lo stesso per la sua natura di provvedimento sempre provvisorio, per la possibilità di riapertura delle indagini (art. 414 c.p.p.), non può ritenersi definitivo. Conseguentemente il provvedimento di archiviazione non deve essere iscritto nel casellario giudiziario perché provvedimento non definitivo”*.

---

alla *“applicazione analogica del principio fissato dall'art. 129 cod. proc. pen.”* nel giudizio di legittimità, sia pure allo specifico fine di ricondurre alla soglia di legge la pena *“illegale perché superiore al massimo editale”* [così, testualmente, in motivazione, Sez. V, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, Rv. 262108, ma, nello stesso senso, già in 4 Così SCOMPARI, *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II-2, Milano, 2008, 225. Per questo rilievo, cfr. MARZADURI, sub *Art. 129*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 117. precedenza, tra le altre, Sez. III, 14 novembre 1995, n. 3877, Prati, Rv. 203205, nonché Sez. IV, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, Rv. 225693]. Non va trascurato, ancora, che in alcune decisioni si è ritenuto possibile rilevare di ufficio, nel giudizio di legittimità, l'esistenza di cause di non punibilità con la formula *“perché il fatto non costituisce reato”* e annullare senza rinvio la sentenza di condanna, così adottando un dispositivo espressamente previsto dall'art. 129 cod. proc. pen. In questo senso, è possibile citare: Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 11874, Cavaleri, Rv. 224259, la quale ha applicato di ufficio, sulla base dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., la causa di non punibilità di cui all'art. 384 cod. pen., in quanto immediatamente desumibile *“ex actis”*, in relazione al reato di false dichiarazioni al pubblico ministero; nonché, Sez. VI, 18 febbraio 2014, Grieco, Rv. 259110, la quale ha affermato l'applicabilità di ufficio della medesima causa di non punibilità con riferimento al reato di favoreggiamento.

<sup>9</sup> Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 26-01-2017) 20-06-2017, n. 30685, e più recentemente Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 15-01-2018) 26-01-2018, n. 3817.

Appare risolta, dunque, la problematica connessa agli effetti pregiudizievoli del provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto.

Preme sul punto segnalare che il principio su espresso è stato affermato in una pronuncia emessa antecedentemente alla riforma Orlando nell'ambito del più ampio quesito inerente l'ipotizzabile lesione degli interessi dell'indagato nella disposizione dell'art. 409 comma 6 c.p.p., e la non conformità di tale disposizione alla Costituzione (questione di costituzionalità non manifestamente infondata, relativamente all'art. 3 e 24 Cost. e all'art. 6 CEDU) e all'art. 2 del protocollo 7 CEDU.

Tale norma prevedeva la possibilità di ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza di archiviazione nei soli casi di nullità *ex art.* 127co. 5 c.p.p., escludendo dunque tale facoltà nel caso di archiviazione per tenuità del fatto, e da ciò sarebbe scaturito, secondo i ricorrenti, l'effetto pregiudizievole dell'iscrizione del provvedimento nel certificato penale.

L'entrata in vigore della Legge 103/2017 – che ha abrogato il comma 6 dell'art. 409 c.p.p. introducendo l'art. 410 *bis* c.p.p. e la procedura di reclamo avverso l'ordinanza di archiviazione – non ha spostato i termini della questione, perché anche se i profili di nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione rimangono circoscritti a motivi procedurali e/o formali, il provvedimento non sarà comunque iscritto nel casellario giudiziale e ciò esclude l'interesse giuridico ad impugnare.

### 3. La decisione delle Sezioni Unite.

La Corte nella composizione più autorevole, ben consapevole delle problematiche collegate alla richiesta di declaratoria di abnormità dello specifico provvedimento, ha innanzitutto richiamato e individuato i presupposti per l'ammissibilità del ricorso<sup>10</sup>, per poi affrontare le problematiche suindicate.

È pacifica l'inoppugnabilità del provvedimento di restituzione degli atti al Pubblico Ministero per il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 568 c.p.p. (rimasto inalterato anche dopo la riforma Orlando) così è stata analizzata la figura dell'abnormità, invocata dalla Pubblica Accusa con specifico riferimento ai rapporti tra Giudice e Pubblico Ministero.

La pronuncia contiene un preciso richiamo alla decisione a Sezioni Unite n. 25957 del 26.3.2009 che ha offerto la delimitazione dell'area dell'abnormità ricorribile, riconducendo la duplice accezione strutturale e funzionale ad un fenomeno unitario, caratterizzato dallo sviamento della funzione inteso non tanto come vizio dell'atto quanto come esercizio di

<sup>10</sup> L'abnormità, come noto, è una forma di patologia dell'atto giudiziario priva di riconoscimento testuale in un'esplicita disposizione normativa, ma frutto di elaborazione da parte della dottrina e della giurisprudenza tramite la quale si è inteso porre rimedio con l'intervento del Giudice di legittimità agli effetti pregiudizievoli derivanti da provvedimento non previsti *nominatim* come impugnabili, ma affetti da tali anomalie genetiche o funzionali che li rendono difformi ed eccentrici rispetto al sistema processuale e con esso radicalmente incompatibili.



un potere in difformità dal modello descritto dalla legge.

La citata sentenza, nel settore dei rapporti tra Giudice e Pubblico Ministero, ha chiarito che l'abnormità strutturale è riconoscibile solamente *“nel caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di potere in astratto) ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo del modello legale nel senso di esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto).”*

*L'abnormità funzionale, riscontrabile nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo, va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al Pubblico Ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso del futuro procedimento o processo”.*

Gli ermellini completano la riflessione ermeneutica aggiungendo che, l'eccezionalità e residualità dell'abnormità nel panorama delle forme di tutela impone di distinguere dalle anomalie irrilevanti perché innocue, oltre che dalle violazioni che comportano delle nullità.

Sotto il primo profilo non è abnorme quell'atto, pur compiuto fuori dagli schemi legali o per finalità diverse da quelle che legittimano la funzione, che sia comunque *“superabile da una successiva corretta determinazione giudiziale che dia corretto impulso al processo o dalla sopravvenienza di una situazione tale da averne annullato gli effetti, averlo privato di rilevanza ed avere eliminato l'interesse alla sua rimozione”.*

D'altro canto la violazione non travalica nell'abnormità nel caso in cui l'atto sanzionato in termini di nullità non è totalmente avulso dal sistema processuale e non determina una stasi irrimediabile del processo. In tal senso è riconfermato il principio per cui non può invocarsi l'abnormità per giustificare la ricorribilità immediata per cassazione di atti illegittimi, affetti soltanto da nullità o comunque sgraditi e non condivisi<sup>11</sup>.

Orbene nel caso di specie, il GIP non aveva negato esplicitamente l'emissione del decreto penale, ed aveva restituito gli atti affinché fosse valutata una possibile archiviazione.

In tal senso la Suprema Corte a Sezioni unite afferma un principio molto importante ed opposto rispetto alle considerazioni espresse nella pronuncia Allocco citata e negli atti dell'Ufficio di Procura, ovvero che l'ordinanza in questione costituisce espressione del legittimo potere cognitivo del Giudice per le indagini preliminari dall'art. 459 comma 3 c.p.p. la cui previsione testuale consente di *“escludere che la presentazione della richiesta operi con effetti vincolanti”*, perché tra i plurimi esiti decisorii alternativi rimessi alla valutazione discrezionale, oltre all'accoglimento della richiesta ed al rigetto per contestuale emissione di sentenza di proscioglimento, sussiste l'ipotesi di sostanziale rigetto tramite

<sup>11</sup> Cfr., Cassazione Sezioni Unite Penali n. 33 del 22.11.2000, Boniotti.



restituzione degli atti al Pubblico Ministero, e con riferimento a tale ipotesi, “*non è dato rinvenire nella formulazione testuale della disposizione, nessuna indicazione sull’ambito in cui deve svolgersi il sindacato del Giudice*”.

Le Sezioni Unite utilizzano, al riguardo, l’interpretazione richiamata dalla stessa Procura della Repubblica che estende l’area delle verifiche giudiziali sulla domanda di emissione del decreto penale ai presupposti condizionanti l’ammissibilità dell’introduzione del rito, quali la tipologia di reato ed il momento di formulazione della richiesta, nonché alla qualificazione giuridica del fatto ed alla congruità della pena.

Risulta sostanzialmente analogo altresì l’ambito di operatività dell’abnormità della restituzione quale interferenza con le attribuzioni della pubblica accusa circa la modalità di esercizio dell’azione penale e di strutturazione dell’imputazione che conduca a “*negare il provvedimento richiesto in forza di un personale criterio di opportunità, stimato preferibile rispetto alle valutazioni del Pubblico Ministero*”.

Ciò che distingue profondamente l’orientamento della Sezione rimettente e delle Sezioni Unite dall’interpretazione della giurisprudenza minoritaria è però la conclusione raggiunta mediante una certissima analisi della casistica<sup>12</sup> trattata dai Giudici di legittimità: la restituzione degli atti al Pubblico Ministero affinché valuti la sussistenza di una causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto non può ricondursi ad una valutazione di mera opportunità del procedimento monitorio da parte dell’organo giudicante.

Ad avviso delle Sezioni Unite soccorre in ausilio di tale lettura dell’art. 459 co. 3 c.p.p. la pronuncia della Consulta n. 447 del 1990<sup>13</sup> che, dichiarando la non fondatezza della

<sup>12</sup> “Le pronunce della Corte di Cassazione rivelano come l’ambito dell’affermata abnormità in tali situazioni sia limitato ai casi di diniego di emissione del decreto per le seguenti ragioni: ritenuta immotivata inopportunità del diniego (Sez. 1, n. 1426 del 24/03/1994, Nastri, Rv. 198289); prevedibile opposizione da parte dell’imputato con conseguente verifica dibattimentale per la gravità dell’addebito (Sez. 6, n. 38370 del 12/06/2014, Mancrasso, Rv. 260177); mancato accesso da parte dell’imputato alla possibilità di definire in via amministrativa l’illecito contestato, quale manifestazione della volontà di accedere al rito dibattimentale con conseguente inutilità del decreto di condanna, fonte di inutile dispendio di attività giurisdizionale (Sez. 3, n. 8288 del 25/11/2009, dep. 2010, Russo, Rv. 246333); applicabilità della continuazione con altri reati, contestati allo stesso imputato in separato procedimento, per il quale era stata formulata richiesta di emissione di altro decreto penale di condanna a carico dello stesso imputato (Sez. 3, n. 44296 del 03/10/2013, Giovannini, Rv. 257373); proposizione della richiesta nei confronti di un solo imputato previa separazione della sua posizione personale da quella degli altri indagati (Sez. 3, n. 16826 del 20/03/2007, Alicata, Rv. 236810); formulata prognosi negativa circa l’adempimento da parte dell’imputato dell’obbligo di pagamento della pena pecuniaria (Sez. 6, n. 17702 del 01/04/2016, C.M., Rv. 266741)... Tale indebita usurpazione di competenze è stata, al contrario, esclusa in casi in cui il disaccordo tra istante e decidente verta: a) sulla qualificazione giuridica da assegnare al reato, perché, pur accertato nella sua materialità, è ritenuto rientrare in una diversa fattispecie astratta (Sez. 5, n. 2982 del 15/12/2011, dep. 2012, Jiansheng, Rv. 251940; Sez. 1, n. 47515 del 29/10/2003, Cerasa, Rv. 226468; Sez. 2, n. 4339 del 06/11/1996, Arcidiacono, Rv. 206287; Sez. 3, n. 13998 del 28/02/2002, Faimi, Rv. 221783); b) sull’insufficienza delle acquisizioni probatorie, da approfondire ulteriormente anche per l’eventuale riscontro dell’estinzione del reato per prescrizione (Sez. 6, n. 36216 del 27/06/2013, Galati, Rv. 256331); c) sulla necessità di imporre la confisca di beni, non adottabile col decreto penale di condanna, specie se il pubblico ministero ne chieda il dissequestro (Sez. 3, n. 4545 del 04/12/2007, dep. 2008, Pennino, Rv. 238853); d) sull’insussistenza dei presupposti per la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria (Sez. 6, n. 6663 del 01/12/2015, dep. 2016, R., Rv. 266111), o sul giudizio di incongruità della pena da irrogare rispetto alla gravità della violazione accertata (Sez. 4, n. 45683 del 18/09/2014, Mirra, Rv. 261063); e) sull’inidoneità dell’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio da parte di cittadino extracomunitario privo di fissa dimora (Sez. 1, n. 13592 del 26/02/2009, Batista Mariano Da Silva, Rv. 243557; Sez. 1, n. 6614 del 17/01/2008, Bondari, Rv. 239360; Sez. 5, n. 8463 del 24/01/2005, Singh, Rv. 230884)”.

<sup>13</sup> <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0447s-90.html>

questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 460 c.p.p. nella parte in cui preclude al Giudice l'applicazione della pena in misura diversa da quella richiesta dal Pubblico Ministero, ha precisato che *“il giudice per le indagini preliminari ha un potere di controllo pieno, nel rito e nel merito, sulla richiesta di emissione del decreto penale presentata dal Pubblico Ministero”* ed ancora che *“a seguito della restituzione degli atti da parte del giudice che non intenda accogliere la richiesta di decreto, il pubblico ministero viene ad essere reinvestito di tutti i poteri ad esso spettanti”*.

Nella pronuncia in commento si precisa inoltre che il riscontro sulla lesività dell'illecito contestato nell'imputazione, al fine di un'eventuale archiviazione del procedimento, non certo individuata in termini conclusivi e certi come di minima entità ma rimessa ad un'ulteriore successiva delibazione, non implica alcuna invasione delle attribuzioni dell'organo requirente, ma appartiene all'attività di qualificazione giuridica del fatto nel senso che, una volta condotta la ricognizione degli elementi costitutivi della fattispecie tipica, *“il giudice procede alla considerazione dell'effettivo disvalore del comportamento antigiuridico, presupposto dell'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p.p.”*.

La Corte conclude il ragionamento che l'ha condotta a ritenere condivisibile l'impostazione del GIP e della Sezione rimettente, ribadendo il principio già espresso dalle Sezioni Unite<sup>14</sup> che il giudizio sulla tenuità offensiva della condotta antigiuridica *“non riguarda la ricostruzione della dimensione storico-naturalistica e l'identificazione della sua componente materiale ma la valutazione del grado maggiore o minore di aggressione del bene giuridico protetto e della complessiva manifestazione dell'attività criminosa al fine di riscontrare se attraverso una ponderazione quantitativa rapportata al disvalore di azione, a quello di evento, nonché al grado della colpevolezza, l'incidenza lesiva insita nel fatto rientrante nel tipo legale di illecito sia talmente esigua da non meritare punizione”*.

La Suprema Corte chiarisce altresì che il GIP non avrebbe operato oltre i limiti fissati dal legislatore in quanto il potere di qualificazione giuridica del fatto è connaturale all'esercizio della giurisdizione, è una prerogativa che compete al giudice in tutte le fasi e gradi del processo ed investe anche gli elementi accidentali e la concreta punibilità del soggetto imputato.

Non a caso i recenti arresti delle Sezioni semplici hanno ritenuto la possibilità di rilevare anche d'ufficio la particolare tenuità del fatto con annullamento senza rinvio della sentenza, in presenza di un ricorso ammissibile<sup>15</sup>.

La pronuncia confuta altresì il rilievo della Procura secondo cui il provvedimento di restituzione degli atti sarebbe abnorme in quanto successivo all'esercizio dell'azione penale ed in assenza di interlocuzione preliminare con la difesa, preclusa dal rito.

Invero proprio tale preclusione e la configurazione della causa speciale di non punibi-

<sup>14</sup> Cassazione Penale Sezioni Unite n. 13681 del 25.2.2016, Tushaj, Rv. 266590.

<sup>15</sup> Cfr. Sez. I n. 27752 del 9.5.2017, Menegotti, Rv. 270271; Sez. VI, n. 7606 del 16.12.2016, Curia, Rv. 267989, Sez. V n. 5800 del 2.7.2015, dep. 2016, Markikou, Rv. 267989.

lità come istituto di diritto sostanziale, che pretende l'instaurazione del contraddittorio tra i soggetti, dimostrano che la facoltà di restituzione degli atti al PM perché valuti la possibilità di applicare la particolare tenuità del fatto nel rispetto del contraddittorio nelle forme dell'art. 411 *bis* c.p.p. è “*espressamente*” contemplata dal sistema.

Dunque, e la soluzione appare del tutto condivisibile, non sussiste alcuna carenza di potere ed il GIP non ha emesso un atto strutturalmente abnorme né in concreto né in astratto.

All'uopo preme aggiungere solamente un dettaglio, ovvero che il Giudice per le indagini preliminari aveva altresì invitato il PM ad un completamento istruttorio mediante l'acquisizione del certificato penale dell'imputato, che poteva risultare decisivo non solo per la valutazione *ex art.* 131 *bis* c.p., ma anche per la determinazione della pena nel rispetto dei criteri di cui all'art. 133 c.p.

Il provvedimento si conclude con l'analisi dettagliata delle questioni sottoposte escludendo altresì la sussistenza di un'abnormità funzionale atteso che non si è realizzato un indebito ritorno ad una fase del procedimento conclusa, né si ha paralisi irrimediabile del suo corso, in quanto a seguito della restituzione degli atti si verifica una piena riespansione dei poteri del Pubblico ministero, interamente reintegrato nelle sue facoltà quanto a esercizio dell'azione penale e a sue modalità.

In effetti la conclusione delle Sezioni Unite, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale che ne è seguita sull'istituto della particolare tenuità del fatto, si inserisce in un'ottica di armonizzazione dell'interpretazione normativa con i principi costituzionali di ragionevolezza e uguaglianza e con la *ratio* stessa della legge.

L'adesione all'impostazione della Procura, infatti, avrebbe condotto al paradosso che soggetti imputati di fattispecie bagatellari, per le quali è consentito l'accesso al rito premiale del decreto penale di condanna, non avrebbero potuto beneficiare della speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in ragione di una scelta discrezionale dei singoli Procuratori, o di differenti linee guida applicate nelle Procure territoriali.

VALENTINA BEVILACQUA



Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770 – Pres. Canzio – Est. Vessichelli

### **Omicidio colposo – responsabilità medica**

*In tema di colpa medica, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 590-sexies c.p.<sup>1</sup>, l'esercente la professione sanitaria andrà esente da responsabilità per la morte o le lesioni cagionate al paziente solo nel caso in cui l'evento si sia verificato per colpa "lieve" da imperita applicazione delle raccomandazioni previste dalle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.*

Dalle  
Corti

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## L'art. 590 sexies c.p. al vaglio delle Sezioni Unite. Quale futuro per la colpa medica?

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il contrasto in seno alla Quarta Sezione – 2.1 La sentenza De Luca-Tarabori – 2.2 La sentenza Cavazza – 3. Le Sezioni Unite Mariotti – 3.1 La soluzione adottata – 3.2 La natura delle linee guida – 3.3 La distinzione tra imperizia, negligenza ed imprudenza – 3.4 La natura della fattispecie di cui all'art. 590 sexies co. II c.p. – 3.5 L'ambito di applicazione della norma – 3.6 Il recupero del grado della colpa – 3.7 La successione di leggi nel tempo – 4. Considerazioni critiche – 4.1 L'assenza di una definizione chiara della nozione di imperizia – 4.2 La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli contesti regolati da linee guida o buone pratiche – 4.3 La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli errori in fase attuativa delle raccomandazioni – 4.4 La reintroduzione "giurisprudenziale" del grado della colpa – 4.5 Quanto fatto dalla Corte, le era consentito? – 4.6 Chi sono gli effettivi destinatari della norma?

### **1. Premessa.**

In meno di un anno dall'entrata in vigore della Legge 8 marzo 2017 n. 24, il nuovo art. 590 sexies c.p. è già stato protagonista di un ampio dibattito dottrinale, di un netto contrasto giurisprudenziale all'interno della stessa sezione della Corte di Cassazione e di una pronuncia delle Sezioni Unite.

---

<sup>1</sup> Per comodità si riporta il testo integrale dell'art. 590 sexies c.p.: "1 Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. 2 Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Ciò su cui tutti sono d'accordo, senza possibilità di smentita, è che tale proliferare frenetico di opinioni discordanti non sia da ricondurre alla fantasia degli interpreti, quanto piuttosto ad un intervento legislativo che, nonostante le originarie intenzioni chiarificatrici in una materia tanto delicata quanto quella della responsabilità medica, ha messo più dubbi di quanti ne abbia ereditati<sup>2</sup>.

Il presente contributo si pone il proposito di fornire una lettura il più articolata possibile della sentenza in commento, oltre ad evidenziarne gli aspetti più critici (e criticabili).

Già in questa fase però è possibile anticipare alcune conclusioni.

Da un lato è senz'altro da segnalare lo sforzo commendevole delle Sezioni Unite che, a fronte di una evidente – e non celata – difficoltà nel fornire una interpretazione corretta della norma di nuova introduzione, hanno reso una pronuncia che si caratterizza sia per la completezza delle questioni affrontate che per la densità dei principi di diritto affermati<sup>3</sup>.

Dall'altro però vi sono una serie di passi della motivazione di fronte ai quali i lettori più accorti non possono che ipotizzare che si sia ancora ben lontani dal poter scrivere la parola *fine* alle perplessità in materia di colpa medica.

## 2. Il contrasto in seno alla Quarta Sezione.

Il pronto intervento della Corte di Cassazione nel suo più ampio consesso si è reso necessario in quanto all'interno della Quarta Sezione, seppure in composizione parzialmente differente, a distanza di sei mesi sono intervenute due pronunce che hanno fornito interpretazioni radicalmente incompatibili l'una con l'altra circa il contenuto applicativo della nuova fattispecie introdotta nel codice sostanziale<sup>4</sup>.

### 2.1 La sentenza De Luca-Tarabori<sup>5</sup>.

La prima pronuncia nella quale la Corte di Cassazione è stata chiamata ad esprimersi sull'operatività della riforma Gelli-Bianco è la "De Luca-Tarabori"<sup>6</sup>.

Tale sentenza critica fortemente la formulazione letterale della norma segnalando da un lato come questa "*attinge alla sfera dell'ovvietà [in quanto] non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato*

<sup>2</sup> Per una prima lettura della norma in commento si veda: CALETTI – MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2017, fasc. 2/2017, 84 ss.; EMILIANI, *Legge 8 marzo 2017 n. 24: novità in tema di responsabilità medica*, in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, 285 ss.

<sup>3</sup> In dottrina si è parlato di "generosità dello sforzo", PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2018, 1.

<sup>4</sup> È facile ipotizzare come entrambe le pronunce siano state il risultato di un ampio dibattito tra i consiglieri: basti pensare che l'estensore della sentenza Cavazza era membro anche del collegio che ha reso la sentenza Tarabori.

<sup>5</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *CED*, *Rv.* 270214.

<sup>6</sup> Per un commento a questa sentenza si vedano: CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2017, fasc. 6/2017, 280 ss.; CALETTI – MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1373 ss.; RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2201 ss.

*le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che risulti adeguato in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa*"; dall'altro si risolverebbe in un cortocircuito logico data la *drammatica* incompatibilità tra i due postulati contenuti nella stessa norma (rispetto delle raccomandazioni/evento verificato a causa di imperizia): *"si è in colpa da imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate leges artis sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato"*.

Per tentare di risolvere il *rebus* legislativo la Corte ipotizza una lettura della norma nel senso che il sanitario andrebbe esente da responsabilità qualora, pur avendo cagionato l'evento per colpa da imperizia, in un qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque applicato le direttive qualificate.

Tale interpretazione viene però immediatamente ripudiata risolvendosi in un'evidente violazione di una serie di principi costituzionali quali il diritto alla salute, il principio di eguaglianza, il principio di colpevolezza ecc.

La lettura alternativa che forniscono i giudici di legittimità è quella per cui il medico vedrà giudicato il suo operato avendo come parametro di riferimento le stesse direttive che gli si impone di seguire.

Altrimenti detto, la nuova fattispecie dovrà riferirsi a quegli eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate ed appropriate al caso concreto (in tal senso assumerà notevole importanza l'accertamento del giudice circa l'adeguatezza delle scelte).

Entro questi confini dunque il sanitario vedrà *"giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione"*.

Da ultimo la sentenza auspica un recupero in ambito penale della regola d'esperienza di cui all'art. 2236 c.c. cui attenersi nella valutazione degli addebiti per imperizia.

## 2.2. La sentenza Cavazza<sup>7</sup>.

Come detto, pochi mesi dopo la prima pronuncia la Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sulla questione con la sentenza "Cavazza"<sup>8</sup>.

Con una maggiore valorizzazione della lettera e delle finalità della legge, la Corte afferma come il Legislatore abbia inteso introdurre una causa di esclusione della punibilità per le sole ipotesi di colpa da imperizia (esclusione che ricomprenderebbe tanto le ipotesi più lievi quanto quelle più gravi) la cui operatività ricorrerebbe ogni qualvolta il sanitario abbia individuato le linee guida adeguate e pertinenti al caso concreto, ma le abbia applicate in maniera "imperita".

<sup>7</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, in *CED, Rv. 270985*.

<sup>8</sup> CUPPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2017, fasc. 11/2017, 250 ss.



In altre parole, l'imperizia del sanitario rimarrebbe punibile solo laddove si risolvesse nell'assestamento di linee guida inadeguate.

Quanto ai dubbi di legittimità costituzionale, ed in particolare in riferimento all'art. 3 della Costituzione, la Corte, pur rendendosi conto della "pericolosità" di tale interpretazione, percorre la via dell'irrelevanza: *"Non è questa la sede allora di occuparsi funditus di tale scelta, nell'ottica del rispetto dell'articolo 3 Cost. (potrebbe invero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza "lieve"), per difetto di rilevanza nel caso di specie"*.

### 3. Le Sezioni Unite Mariotti<sup>9</sup>.

Il 7 novembre 2017 il Presidente della Quarta Sezione penale della Corte di Cassazione ha ritenuto d'ufficio di dover investire le Sezioni Unite al fine di dirimere il contrasto sopra evidenziato, ponendo la seguente questione: "Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni personali, l'ambito di esclusione della punibilità previsto dall'art. 590 *sexies* cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24".

#### 3.1. La soluzione adottata.

Le Sezioni Unite, nel complesso articolato delle motivazioni, ripercorrono i termini del contrasto e, prima di arrivare alla soluzione, mettono in luce gli aspetti positivi e negativi di entrambe le suddette pronunce.

In termini generali la sentenza "De Luca-Tarabori" ha senz'altro il pregio di porre particolare attenzione all'ossequio dei principi costituzionali.

Inoltre, nello specifico, correttamente chiarisce come la causa di non punibilità non possa essere invocata nelle ipotesi di responsabilità colposa dipendenti da negligenza o imprudenza, né in contesti non governati da linee guida o buone pratiche e neanche quando queste siano individuate in maniera inadeguata rispetto al caso specifico. Tale ultima ipotesi ricorre sia quando la scelta è stata del tutto errata, sia quando risulta incompleta (casi di co-morbilità) ed anche infine quando le peculiarità del caso avrebbero suggerito un radicale discostamento da esse.

La critica principale che le Sezioni Unite muovono alla pronuncia richiamata è quella di non aver rinvenuto alcun residuo spazio operativo alla norma, ritenendola inapplicabile e fornendo così una interpretazione di fatto abrogatrice della stessa – in patente contrasto con le intenzioni legislative.

La sentenza "Cavazza" ha invece pregi e difetti opposti.

Rimanendo fermamente ancorata al dato letterale riesce ad individuarne un perimetro applicativo ben definito ma, con un eccesso di valorizzazione, ne attribuisce una portata impropriamente ampia.

Così facendo la norma risulta applicabile a tutte le ipotesi di condotte imperite del sanitario (siano esse lievi o gravi) sul solo presupposto della corretta selezione delle linee guida pertinenti: di tutta evidenza i profili di illegittimità costituzionale cui si espone un'interpretazione del genere.

Con la decisione in commento la Cassazione prende il “buono” di entrambe le pronunce ed afferma il seguente principio di diritto:

*“L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:*

*a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza;*

*b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;*

*c) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;*

*d) se l'evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico”.*

Seguendo un ragionamento *a contrario*, si può dire che la causa di non punibilità troverà applicazione al ricorrere dei seguenti presupposti: il contesto nell'ambito del quale il medico si è trovato ad operare deve essere regolato da linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali; il sanitario deve avere individuato le raccomandazioni corrette ed adeguate al caso di specie e, nel corso del trattamento terapeutico, deve averle adattate alle eventuali evoluzioni della patologia; deve aver commesso un errore dovuto a colpa lieve da imperita applicazione delle suddette raccomandazioni.

Al di là delle conclusioni, risulta di particolare interesse il percorso argomentativo seguito dalla Corte.

### 3.2. La natura delle linee guida.

Circa la natura, finalità e cogenza delle linee guida, le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento consolidatosi in seno alle sezioni semplici sin dall'entrata in vigore del decreto Balduzzi e ribadito anche dalla sentenza “Tarabori”.

Ciò che muta a seguito della riforma è la procedura di selezione, monitoraggio e pubblicizzazione delle *guidelines* prevista dalla Legge, rendendone più agevole l'accesso a tutti gli operatori e ponendo in tal modo un freno sia alla incontrollata produzione di linee guida, che alla *malpractice* in generale.

Ne rimane invece invariata l'essenza, ovvero quella di essere un condensato di acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche nei singoli ambiti operativi e che rap-

presentano dei parametri sempre più affidabili per valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia del sanitario.

Con la specificazione che *“non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto”*.

Non si tratta dunque di norme regolamentari dal cui pedissequo rispetto deriva automaticamente l'esenzione da responsabilità, ma regole cautelari da seguire solo nel caso in cui esse siano adeguate al caso sottoposto all'attenzione del sanitario: con ciò da un lato si è voluto neutralizzare il problema della c.d. medicina difensiva, e dall'altro non viene frustrata l'attività del medico, il quale vedrà ancora tutelato il proprio sapere scientifico al fine di compiere la miglior scelta per il paziente.

All'interno di questo quadro acquista primaria importanza il momento valutativo ad opera del giudice circa la verifica della rispondenza o meno della condotta dell'agente al parametro delle linee guida: accertamento che dovrà necessariamente essere effettuato *ex ante*, sulla base delle circostanze conosciute o conoscibili dall'agente al momento in cui è intervenuto.

Sul punto le Sezioni Unite aggiungono una puntualizzazione: *“il sindacato ex ante non potrà giovare di una soglia temporale fissata una volta per sempre, atteso che il dovere del sanitario di scegliere linee-guida “adeguate” comporta, per il medesimo così come per chi lo deve giudicare, il continuo aggiornamento della valutazione rispetto alla evoluzione del quadro e alla sua conoscenza o conoscibilità da parte del primo”*.

Con ciò la Corte ha voluto ribadire l'importanza della distinzione tra l'accertamento circa l'adeguatezza (*ex ante*) delle linee guida al caso concreto e quello relativo alle modalità e agli effetti della loro concreta attuazione (che sarà necessariamente postumo e dunque estraneo alla individuazione della condotta esigibile).

### 3.3. La distinzione tra imperizia, negligenza ed imprudenza.

Uno dei temi più dibattuti in materia riguarda la difficoltà di fornire una netta distinzione tra le tre forme della colpa generica.

Sul punto l'attenzione di dottrina e giurisprudenza ha vissuto fasi alterne.

Se per lungo tempo si è assistito ad un generale e diffuso “disinteresse” a segnare dei confini particolarmente netti tra l'una e l'altra – con riflessi evidenti nei capi di imputazione laddove non è infrequente ritrovare l'inciso “per colpa dovuta a negligenza, imprudenza e imperizia” – con il d.l. “Balduzzi” la questione ha acquisito nuovo vigore.

Secondo un primo e prevalente orientamento<sup>10</sup> la riforma (il d.l. “Balduzzi”) era riferibile solo alle ipotesi di imperizia, da intendersi come terzo genere rispetto a negligenza ed imprudenza e non come una declinazione professionale di queste.

<sup>10</sup> Su tutte, Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 2015, n. 26996, in *CED, Rv. 263826*.

Gli argomenti principali a sostegno di tale tesi erano quelli per cui le linee guida – entrate nel panorama penalistico proprio con tale riforma – contenessero quasi esclusivamente regole di perizia; ed il fatto che già la Corte Costituzionale<sup>11</sup> avesse ritenuto razionale un sistema in cui, in materia di colpa medica, a fronte di situazione comportanti la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità, potesse ritenersi integrata la responsabilità del sanitario solo in presenza di profili di colpa grave da imperizia.

Le più recenti pronunce<sup>12</sup> prima della riforma “Gelli-Bianco” si erano però espresse in direzione opposta alle prime: in esse si sosteneva che la limitazione della esclusione della responsabilità alle sole ipotesi di imperizia non troverebbe alcuna giustificazione.

Anzitutto la lettera della legge non lo prevedeva; dipoi non era corretto l'assunto per cui le linee guida conterrebbero solo regole di perizia; infine non sono stati elaborati né in dottrina né in giurisprudenza dei criteri chiari e definiti per distinguere tra le tre diverse ipotesi di colpa generica (dunque sarebbe impensabile ancorare l'esenzione da responsabilità ad un requisito dai contorni così tanto sfumati).

Il Legislatore del 2017 ha però disatteso tale ultimo orientamento ed ha *consapevolmente* scelto di limitare la causa di esclusione della punibilità alla sola imperizia.

Sul punto le Sezioni Unite, ben consapevoli sia dell'importanza di dare a tale categoria un contenuto ben definito (se non altro per rispondere alle istanze di determinatezza del precetto) sia della difficoltà di tale operazione ermeneutica, citano il caso della omessa valutazione del sintomo e della seguente omessa o ritardata diagnosi: si tratta di ipotesi solitamente ascrivibile alla imperizia per inosservanza delle regole dell'arte che disciplinano il settore di riferimento, salvo il caso in cui sia dipesa da un comportamento del sanitario connotato da “*indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo*” tali da doversi considerare alla stregua di un comportamento negligente.

Casi del genere, prosegue la Corte, attengono all'inquadramento del caso concreto piuttosto che alle categorie astratte, e pertanto tali dubbi dovranno essere risolti “*mediante il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo*”

Per un commento sul ragionamento operato dai giudici di legittimità sul tema si tornerà in conclusione di questo elaborato; ad ogni modo è da segnalarsi come giurisprudenza e dottrina sull'argomento abbiano due posizioni totalmente differenti.

Mentre la prima è fermamente orientata nel senso di attribuire alla categoria della imperizia un significato ed un perimetro ulteriore e diverso rispetto a quelle della negligenza e dell'imprudenza, la seconda è da sempre più affezionata ad una lettura dell'imperizia come risolto tecnico o professionale delle altre due più che come terzo genere rispetto ad esse<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *giurcost.org*.

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *CED, Rv. 26690301*.

<sup>13</sup> In termini si veda: NIZZA, *La nuova colpa penale del medico. Analisi delle principali linee guida per la valutazione della responsabilità sanitaria*, Milano, 2018, 116 ss., il quale, aderendo sul punto all'orientamento maggiormente diffuso in dottrina distingue in questo

### 3.4. La natura della fattispecie di cui all'art. 590 *sexies* co. II c.p.

A fini chiarificatori la Corte affronta anche la questione circa la natura della fattispecie in commento; sul punto si afferma che il Legislatore ha introdotto una inedita causa di non punibilità la quale è “*esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile*”.

Vengono inoltre poste in luce le differenze rispetto alla disciplina previgente.

Mentre il d.l. “Balduzzi” incideva sulla limitazione della colpa, derogando pertanto alle regole generali di cui all'art. 43 c.p., diversamente la “*legge Gelli-Bianco non si muove in senso derogatorio ai detti principi generali, bensì sul terreno della specificazione, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concreti*”.

### 3.5 L'ambito di applicazione della norma.

Al 9 la sentenza entra nel “cuore” della questione.

Le Sezioni Unite ritengono non condivisibile il rilievo espresso dalla “Tarabori” secondo cui la norma conterrebbe due postulati incompatibili tra loro tali da renderla inapplicabile.

Ed infatti “*la norma descrive un presupposto per la operatività della causa di non punibilità – quella di versare, il sanitario, nella situazione di avere cagionato per colpa da imperizia l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee-guida adeguate al caso di specie – che non è incongruente con la soluzione che promette*”.

Tale assunto trova giustificazione nel fatto che il “rapporto” tra il terapeuta e le raccomandazioni contenute nelle linee guida può essere partito in tre fasi: individuazione, selezione ed esecuzione.

Queste sono talmente articolate che la mancata realizzazione di uno solo dei tre segmenti del percorso – e dunque il rispetto degli altri – comporta che le linee guida nel loro complesso possano dirsi rispettate e che al contempo, in caso di evento eziologicamente connesso proprio a quella mancanza, questo possa dirsi dovuto ad imperizia.

Questa ricostruzione viene mutuata dalla giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 3 del decreto Balduzzi<sup>14</sup>.

Ciò che è chiaro, afferma la Corte, è che ai fini dell'operatività della causa di non punibilità l'errore non possa mai ricadere nella fase di selezione delle linee guida in considerazione del fatto che la lettera della legge richiede espressamente l'adeguatezza al caso concreto delle raccomandazioni seguite.

---

modo: “*In linea teorica si parla di negligenza se la regola di condotta violata prescrive un'attività positiva che è stata violata o trascurata, ed il soggetto agente pertanto non ha compiuto l'azione doverosa prevista dalla norma precauzionale violata...L'imprudenza consiste invece nella trasgressione di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute...Infine, l'imperizia consiste in una forma di imprudenza o negligenza qualificate e si riferisce ad attività che esigono particolari conoscenze tecniche*”; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 572; MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 308; CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 479.

<sup>14</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *CED, Rv. 255105*.

Viene così individuata l'unica possibilità interpretativa residua: la causa di non punibilità sarà destinata ad operare ogni qualvolta, a fronte di una corretta selezione ed individuazione delle linee guida adeguate al caso concreto, il sanitario abbia commesso un **errore nella fase di attuazione** di queste.

Tale conclusione svelerebbe la *ratio* della causa di non punibilità, ovvero quella di pretendere che il sanitario sia preparato e aggiornato sulle regole dell'arte medica, che formuli in maniera corretta la diagnosi (anche quelle differenziali), che dimostri di seguire il percorso terapeutico in modo da aggiornarlo in caso di evoluzione della patologia.

Nel caso in cui tutto questo dovesse concretizzarsi e, ciononostante, si verificasse un evento riconducibile al comportamento del sanitario, potranno comunque dirsi rispettate le linee guida in quanto *“lo scostamento da esse è marginale e di minima entità”*.

### 3.6. Il recupero del grado della colpa.

Ciò posto, le Sezioni Unite richiamano la necessità di circoscrivere come in passato un ambito – grado – della colpa da imperizia che, per la sua entità limitata, giustifichi l'applicazione della causa di non punibilità.

Così facendo la Corte ritiene, con delle considerazioni che saranno successivamente oggetto di separato commento, che il grado della colpa, pur non essendo stato esplicitato nel testo, sia un elemento intrinseco della norma in esame.

Tale conclusione troverebbe conferma in una serie di argomenti:

1. pur non potendosene invocare la diretta applicabilità, l'art. 2236 c.c. in ambito penale ha *“la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza”*. Ciò a dire che l'attività del medico può essere caratterizzata da un grado di difficoltà talmente elevato da giustificare una misurazione nella valutazione della sua condotta. Queste considerazioni trovano peraltro l'avallo della Corte Costituzionale<sup>15</sup>;

2. con l'introduzione, nel decreto Balduzzi, della “colpa lieve” il Legislatore ha mostrato di ritenere legittimo un sistema in cui l'addebito di responsabilità possa dipendere dall'entità della colpa.

Nella vigenza di tale norma la giurisprudenza ha elaborato una serie di criteri da utilizzare per la verifica del grado della colpa, che le Sezioni Unite ritengono ancora attuali. È stato detto che la colpa sarà sicuramente da considerarsi grave quando l'approccio seguito sia marcatamente distante rispetto alle necessità di adeguamento alle peculiarità della patologia ed al suo sviluppo, oppure quando vi fossero inconfondibili fattori che suggerivano di discostarsi dalle prassi più accreditate ma il sanitario non l'abbia fatto. Inoltre si dovrà avere riguardo a parametri sia di tipo oggettivo che soggettivo, quali: le specifiche

<sup>15</sup> Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, *cit.*

condizioni dell'agente ed il suo grado di specializzazione; l'oscurità e la rarità della vicenda clinica; la difficoltà obiettiva a cogliere e collegare le varie informazioni; la situazione di urgenza in cui il sanitario si è trovato ad intervenire ecc<sup>16</sup>.

Dunque *“la valutazione sulla gravità della colpa (generica) [deve] essere effettuata “in concreto”, tenendo conto del parametro dell’omo eiusdem professionis et condicionis, che è quello del modello dell’agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzate”*;

3. così facendo inoltre verrebbe drasticamente ridotto lo spazio discrezionale del giudice il quale avrà dei criteri di riferimento tendenzialmente stabili grazie alla procedura pubblicistica per la formazione delle linee guida rilevanti;

4. infine la Corte afferma che la soluzione adottata trova conferma anche nella evoluzione dei lavori parlamentari. Benché il testo originario approvato dalla Camera prevedesse ancora espressamente il grado della colpa, la scomparsa di tale elemento non può essere considerato un ripudio di questo ma anzi conferma il fatto che il Legislatore si sia voluto mantenere nel solco tracciato dal decreto Balduzzi.

Pertanto in conclusione *“la colpa dell’ esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e altresì in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in questo caso – e solo quando configurante ‘colpa lieve’ – le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione, ritenendo l’ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti”*.

La Corte in questa conclusione mostra di aderire alla ripartizione già indicata in dottrina tra “adempimenti imperfetti” – che, al ricorrere di determinate condizioni, rappresentano il terreno d’elezione della riforma – e “adempimenti inopportuni” – che invece rimangono al di fuori della causa di non punibilità<sup>17</sup>.

### 3.7. La successione di leggi nel tempo.

Al termine del proprio percorso argomentativo la Suprema Corte affronta anche la questione della individuazione della legge più favorevole ai fini dell’art. 2 c.p., nel raffronto tra l’art. 590 *sexies* c.p. (alla stregua dell’interpretazione offerta dalla stessa sentenza) e l’abrogato art. 3 del decreto Balduzzi.

L’approccio della Corte è di tipo pratico, analizzando caso per caso quale sia la norma da applicare, ovviamente in riferimento a fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge Gelli-Bianco:

<sup>16</sup> In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.; Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *CED, Rv. 26690301*; Cass. Pen., Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, in *CED, Rv. 263736*; Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, in *CED, Rv. 260740*.

<sup>17</sup> CALETTI – MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 92.



1. per le condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza sarà applicabile la disciplina previgente in quanto, a determinate condizioni – e secondo la giurisprudenza più recente – i sanitari potrebbero andare esenti da responsabilità;

2. per le condotte connotate da colpa lieve da imperizia, con errore che sia ricaduto nel momento selettivo delle linee guida, sarà applicabile la disciplina previgente<sup>18</sup>;

3. per le condotte connotate da colpa lieve da imperizia, con errore che sia ricaduto nella fase attuativa delle linee guida, sarà indifferente la disciplina applicabile in quanto per entrambe il sanitario andrebbe esente da responsabilità.

Di tutta evidenza, al di là delle considerazioni che potranno svolgersi, che la disciplina introdotta con la riforma del 2017 sia, per i sanitari, più rigida rispetto a quella abrogata, contraddicendo così sia le originarie intenzioni del Legislatore che l'entusiasmo manifestato dagli esercenti le professioni sanitarie all'indomani dell'entrata in vigore della legge.

## 4. Considerazioni critiche.

Come detto, una lettura attenta della sentenza in commento non può che suscitare una serie di dubbi e perplessità circa la soluzione adottata.

### 4.1. L'assenza di una definizione chiara della nozione di imperizia.

La legge Gelli-Bianco, superando i dubbi insorti nel vigore della disciplina previgente, ha chiarito come la causa di non punibilità sia riferita solo alle ipotesi connotate da imperizia del sanitario.

A prescindere dall'opportunità o meno della scelta, ciò che non si comprende sono le argomentazioni utilizzate dalla Corte per superare le perplessità ampiamente mostrate in passato da dottrina e giurisprudenza (di cui si è detto in precedenza) circa la difficoltà di distinguere tra le tre forme della colpa generica.

Orbene sul punto la Cassazione, consapevole della necessità di dover “operare una plausibile distinzione tra colpa da negligenza e colpa da imperizia”, cita il caso della omessa valutazione del sintomo e della ritardata diagnosi: ipotesi da ricomprendere nel novero della colpa di imperizia, salvo i casi più eclatanti che saranno invece connotati da negligenza.

Al di là della correttezza di tale assunto, il *modus operandi* seguito in sentenza non pare idoneo a soddisfare i lamentati *deficit* di tassatività e determinatezza della norma: non è citando un esempio (tra i tanti ipotizzabili) che si fornisce all'interprete una definizione chiara e precisa.

<sup>18</sup> In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, cit.

I giudici di legittimità suggeriscono di superare tali difficoltà che atterrebbero non tanto alle categorie astratte quanto all'inquadramento del caso concreto mediante il ricorso ai criteri sulla prova ed al relativo onere.

Già l'affermazione pare fumosa; inoltre ciò di cui si avrebbe bisogno sono proprio le definizioni delle categorie astratte<sup>19</sup>.

#### 4.2. La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli contesti regolati da linee guida o buone pratiche.

Sul punto va subito chiarito che la conclusione, già avallata dalla sentenza "Tarabori" e recepita dalle Sezioni Unite, a stretto rigore è corretta essendo proprio l'art. 590 *sexies* c.p. a fare riferimento al rispetto delle raccomandazioni in esse contenute.

Qui la critica è più alla norma che alla sentenza.

Non vi è infatti chi non veda che, per i sanitari, i contesti più complicati – e che dunque necessiterebbero maggiormente di una disciplina specifica di esenzione da responsabilità – sono proprio quelli non previamente regolati da linee guida.

Aver limitato la causa di esclusione della punibilità ai soli contesti già governati da regole generali ed astratte pare una scelta irragionevole che, è ipotizzabile, potrebbe porre dubbi di costituzionalità della norma in esame.

#### 4.3. La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli errori in fase attuativa delle raccomandazioni.

Sul punto, come già rilevato, le Sezioni Unite affermano che, dal momento che la norma richiede il rispetto delle linee guida adeguate al caso concreto, *"la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi nella fase attuativa delle linee guida"*.

Anche qui però le argomentazioni a sostegno della conclusione non convincono a pieno; si confondono infatti i concetti di rispetto delle linee guida con quello della adeguatezza alle specificità del caso.

Si arriva a dire che si può avere rispetto di una regola cautelare qualora ci si discosti solo leggermente da essa. Ma rispetto di una regola e scostamento (seppur minimale) da essa sono concetti difficilmente compatibili<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> In dottrina PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 7, evidenzia anche come sia incomprensibile che la Corte abbia dato rilievo, nel caso di specie, circa l'inquadramento della fattispecie tra le ipotesi di negligenza invece che di imperizia, al fatto che sul punto non vi era stata contestazione da parte dell'interessato: *"Anche qui ci troviamo di fronte ad un novum assoluto: la mancata eccezione della difesa che influisce sulla qualificazione della forma di colpa. Ma questa qualificazione è di carattere sostanziale, non processuale...Come fa l'imperizia a diventare negligenza o imprudenza solo perché il difensore nulla eccepisce sulla qualificazione data nell'imputazione?"*.

<sup>20</sup> Fortemente critico sul punto PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 7: *"Siamo abituati a pensare che il rispetto di una regola cautelare non dipende dal quantum d'inosservanza, ma dall'aderenza della condotta concreta alla regola cautelare...Se in centro abitato si guida a 60Km/h anziché a 50, la relativa regola cautelare non è rispettata, anche se lo scostamento è di minima entità"*; per un'altra posizione critica in dottrina su tale conclusione si veda VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 24 ss., secondo il quale, salve le ipotesi di errori grossolani, la causa di

#### 4.4. La reintroduzione “giurisprudenziale” del grado della colpa.

Questo è senza dubbio il tema che ha suscitato e susciterà maggiori critiche e perplessità.

Orbene è ormai noto come sul punto la Corte abbia affermato “*che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto*”.

L'affermazione è già sorprendente in sé; ciò che più stupisce sono però le argomentazioni utilizzate per arrivarvi:

a) il richiamo all'art. 2236 c.c. quale criterio di razionalità e regola d'esperienza, avallato dai precedenti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, dimostrerebbe l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una differenziazione del grado della colpa in tema di responsabilità medica. Tale assunto non è rilevante ed è soprattutto superato dal fatto che il Legislatore ha espunto ogni riferimento al grado della colpa;

b) l'ulteriore prova della permanenza della colpa lieve a seguito della riforma starebbe nel fatto che il decreto Balduzzi prevedeva espressamente che “*L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”. Se la passata disciplina la disponeva esplicitamente significa che anche quella successiva la contempla (o che comunque è ammissibile). Si fatica veramente a comprendere tale argomentazione, anche e soprattutto alla luce del fatto che l'art. 6 della Gelli-Bianco abroga espressamente l'art. 3 del decreto Balduzzi;

3) infine, e qui “*l'estro creativo delle Sezioni unite raggiunge l'acme*<sup>21</sup>”, la circostanza troverebbe conferma nei lavori parlamentari. Infatti, afferma il Supremo Collegio, il testo originariamente approvato dalla Camera differenziava, ai fini della esenzione da responsabilità, i gradi della colpa e “*la scomparsa della detta previsione dal testo successivamente passato al vaglio dell'altro ramo del Parlamento non può però dirsi un ripudio tout court della differenziazione del grado della colpa, non risultando in tal senso esplicitata la volontà del legislatore in alcun passo dei lavori preparatori*”. La Corte sembra dire, parafrasando: in prima battuta c'era il grado della colpa, poi è stato eliminato, però rimane intrinseco nella norma perché nelle discussioni parlamentari non si è detto espressamente che l'eliminazione di ogni riferimento ad esso significa un suo ripudio. Qui davvero le perplessità si sprecano: non si vede in che modo il Legislatore avrebbe potuto essere più esplicito (nel senso di voler escludere il grado come elemento del precetto) se non avendo abrogato la disciplina previgente che lo prevedeva (il decreto Balduzzi), ed avendo superato una prima bozza di norma che allo stesso modo continuava a tenerne conto.

---

esclusione della punibilità dovrebbe operare proprio nel caso in cui siano state seguite delle linee guida accreditate, benché inadatte al caso concreto.

<sup>21</sup> L'espressione è di BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 maggio 2018, 7.

Ma non solo. Una lettura sistemica di tutta la riforma (che è proprio l'operazione ermeneutica auspicata dalla Corte) porta a ritenere che la scelta di escludere, ai fini della responsabilità penale, il grado della colpa sia assolutamente voluta e consapevole, se si pone mente al fatto che, ad esempio, l'art. 9 in tema di rivalsa e di responsabilità amministrativa fa più volte riferimento al dolo o alla colpa grave.

Dunque non è un Legislatore "pigro" che mantiene in vita un elemento essenziale della norma senza esplicitarlo; la volontà è stata chiaramente espressa ed è inequivocabilmente nel senso di escludere, ai fini della esenzione da responsabilità penale, ogni rilevanza del grado della colpa.

Peraltro la soluzione adottata dalla Corte porta con sé una serie di interrogativi allo stato irrisolti quale, ad esempio: esistono solo due gradi della colpa (grave o lieve) o vi è una sorta di scala di valori di questa?

Infatti la sentenza, nella parte in cui delinea il perimetro applicativo della causa di non punibilità, sembra riferirne l'operatività ad una colpa lievissima: le linee guida sono rispettate nonostante l'errore del sanitario in fase attuativa quando *"lo scostamento da esse è marginale e di minima entità"*.

Ed ancora, in connessione con quanto appena espresso, il grado della colpa è un presupposto negativo o positivo? Altrimenti detto, ai fini dell'operatività della norma dovrà essere accertata la lievità della colpa, oppure sarà sufficiente che questa non sia da considerarsi grave?

#### 4.5. Quanto fatto dalla Corte, le era consentito?

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite ha senz'altro il merito di aver fornito una interpretazione che, seppur in modo farraginoso, fornisce alla norma di nuova introduzione un suo ambito di applicazione.

Rimane però il dubbio se tale operazione le fosse o meno consentita. Ed infatti, in luogo di sollevare questione di legittimità costituzionale – come peraltro invocato anche dal Procuratore Generale nella propria requisitoria – ritenuta non rilevante nel giudizio *a quo* trattandosi di una ipotesi di negligenza, è stata percorsa la strada della interpretazione costituzionalmente conforme.

La Corte stessa in premessa fa un richiamo alle regole da seguire nella interpretazione della legge, rifacendosi all'art. 12 delle preleggi e ritenendo che da essa *"si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate...non gli è invece vietato andare 'oltre' la letteralità del testo"*.

La lettera della legge, seppur di dubbia compatibilità a costituzione, è però chiara: le condotte connotate da imperizia, a prescindere dal grado della colpa, sono ritenute meritevoli di un trattamento di minor severità.

Introdurre, come fatto in sentenza, un elemento nuovo ed ulteriore all'interno della fattispecie, limitando peraltro la portata della causa di non punibilità, sembra a tutti gli effetti

una interpretazione “creativa” e che va soprattutto contro al dettato normativo – e dunque, in quanto tale, vietata sulla base di quelle stesse regole cui la Corte dice di ispirarsi<sup>22</sup>.

#### 4.6. Chi sono gli effettivi destinatari della norma?

L'art. 590 *sexies* c.p. parla di fatti commessi “nell’esercizio della professione sanitaria”: dunque sarebbe riferibile a tutti gli esercenti tale professione.

L’interpretazione data però dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento pare limitarne ulteriormente il campo di applicazione: posta la premessa per cui il presupposto per l’operatività della norma è che il sanitario abbia commesso un errore non nella fase di selezione ed individuazione delle linee guida, ma nella fase esecutiva, come potrebbe atteggiarsi ad esempio a quei sanitari la cui attività è meramente diagnostica o valutativa? Tra le righe la Corte sembra aver cucito la causa di non punibilità addosso ai chirurghi – o comunque a coloro i quali effettuino un’attività di tipo interventistico.

Ancora una volta i sospetti di incostituzionalità della norma paiono riaffiorare.

FEDERICO EMILIANI

<sup>22</sup> Nello stesso senso si veda CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 marzo 2018, 6: “Allargando la prospettiva, il dubbio è se possa un'interpretazione 'conforme a Costituzione' spingersi sino al punto di introdurre nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco (seppur di dubbia costituzionalità) un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra gradi di imperizia), con effetti limitativi della non punibilità”; ed anche PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 10: “Si ha la netta sensazione si sia andati oltre i confini legali della fattispecie e che si sia fatta effrazione nel testo legislativo...In realtà con l'interpretazione della Mariotti il testo della legge viene riscritto. E viene riscritto in malam partem, perché viene cancellata l'imperizia grave, che invece letteralmente rientra nell'area di non punibilità”.



# Quale diritto penale sostanziale nella prossima legislatura?

A CURA DI GIOVANNI FLORA

## Introduzione

DI GIOVANNI FLORA

ORDINARIO DI DIRITTO PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI FIRENZE, VICE PRESIDENTE DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI

La linea di politica criminale del nuovo esecutivo, evidenziata sia nel c.d. “contratto” concluso tra le forze politiche che lo sostengono, sia nelle prime iniziative legislative, sia nelle sempre più frequenti “esternazioni” di suoi autorevoli esponenti, sembra fin troppo chiara (ancorché in buona misura velleitaria).

L'idea di fondo è quella di proseguire sulla strada, già percorsa nella precedente legislatura, del più retrivo populismo, eliminando, o mettendo da parte, nel contempo quei provvedimenti emanati (o emanandi) nello scorso quinquennio, non in linea con i parametri di severità repressiva fatti propri dalla attuale compagine governativa. In somma il fresco legislatore, che viene ormai a coincidere con l'esecutivo, anche per la fragilità dell'attuale opposizione, ritiene di potersi fare interprete diretto della volontà popolare che reclamerebbe maggiore fermezza/durezza nella repressione dei fatti criminosi o, per meglio dire, nella punizione di determinati “tipi di autore”.

Le prime e più eclatanti manifestazioni di questa linea di intransigente severità, che può compendiarsi nello slogan della “certezza della pena (detentiva)”, sono già emerse: con l'abbandono della riforma dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui ampliava il ricorso alle misure alternative al carcere e riorganizzava in modo più razionale e conforme ai principi costituzionali il sistema delle misure di sicurezza; con la presentazione di disegni di legge di riforma della legittima difesa ispirati allo slogan “la difesa è sempre legittima” (chi entra nel domicilio altrui per delinquere, in poche parole, deve poter essere impunemente ucciso); con la proposta (ancora da perfezionare) di sospendere il corso della prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado, se non al momento dell'esercizio dell'azione penale; con la ventilata istituzione dell’“agente sotto copertura” (?) e del DASPO a vita, per combattere la corruzione; accompagnata da una insofferenza per le garanzie che rallentano il corso della “giustizia” (emblematiche le parole del Premier, un avvocato, dopo il crollo del ponte di Genova di non poter attendere gli accertamenti delle responsabilità da parte della magistratura).

Su alcuni di questi temi seguiranno gli scritti di Gabriele Terranova (sull'ordinamento penitenziario), di Gaetano Insolera (sulla legittima difesa), di Dario Micheletti (sulla prescrizione), per cui posso qui limitarmi solo ad alcune battute introduttive.



Come ho già scritto nell'editoriale, la "certezza" della pena non è l'unico valore che viene in gioco e non è l'unica condizione che garantisce la funzione di prevenzione generale (che è poi quella che evocando la certezza della punizione si vorrebbe perseguire). Le somme che si dovrebbero spendere per costruire nuove carceri e ammodernare quelle fatiscenti attualmente esistenti, meglio potrebbero essere impiegate (a prescindere dai tempi necessari ad attuare questo progetto e dagli importi cui non si è mai nemmeno fatto cenno, perché evidentemente non se ne ha idea) per implementare le strutture degli uffici dell'Esecuzione Penale Esterna, in modo da assicurare una più adeguata istruttoria prima ed un più efficiente controllo dopo la concessione delle misure. Se poi si volesse prendere in considerazione l'idea di una riforma dell'ordinamento penitenziario, e più in generale, del sistema sanzionatorio, che si mantenga in adeguato equilibrio tra "certezza" e funzione rieducativa, l'Unione delle Camere Penali, con il suo Centro Marongiu, ha da tempo elaborato un vero e proprio articolato sotto forma di "legge delega", che ben volentieri mette a disposizione.

Quanto alla prescrizione, punto di partenza di qualsiasi riflessione non può che essere il suo fondamento costituzionale che va rinvenuto negli artt. 2, 25, secondo comma, 27, terzo comma e 111 Cost. e nel diritto europeo, e cioè, oltre che nei principi di garanzia per l'imputato stabiliti dalla Convenzione EDU, anche nella Convenzione sulla protezione delle vittime dei reati.

L'eccessiva lunghezza della pendenza del procedimento penale (diretta conseguenza di termini di prescrizione troppo estesi) in primo luogo condiziona la vita di un essere umano (imputato o vittima che sia) per tutto il tempo della sua durata, il che viola, appunto, l'art. 2 Cost. e la Convenzione sulla protezione delle vittime che devono "avere giustizia" in tempi ragionevoli. Ma l'eccessiva lunghezza può comportare che la sentenza definitiva finisca per riguardare un soggetto ormai completamente diverso da quello che ha commesso il fatto (per es., già completamente reinserito socialmente). Non solo, ma nemmeno la funzione di convalida del precetto violato (uno dei profili fondamentali della prevenzione generale collegata alla categoria della "punizione", implicitamente evocata dall'art. 25, secondo comma Cost.) potrebbe essere efficacemente assolta da una condanna che arriva a lunga distanza dalla commissione del fatto. Evidente poi che la eccessiva lunghezza dei termini di prescrizione comprometta il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

Quanto alla legittima difesa, v'è certo l'esigenza di garantire efficacemente i diritti chi è aggredito nel proprio domicilio e che spesso non è in grado di "misurare" la propria reazione. Ed è certo vero che anche ha la paura "ha i suoi diritti". Tuttavia non è immaginabile che non intervenga la Magistratura a verificare la sussistenza dei requisiti della scriminante, soprattutto, ma non solo, in caso di morte dell'aggressore. Né, in un sistema che comunque tuteli i diritti fondamentali delle persone, è immaginabile che si possa prescindere dai requisiti della necessità di difendersi (che costituisce la stessa legittimazione dell'autodifesa) e della proporzione tra condotta aggressiva e condotta difensiva. Una soluzione equilibrata potrebbe essere quella di far leva sulla mancanza di colpevolezza in chi, aggredito nel proprio domicilio, si difende sotto la spinta di un grave perturbamento psichico causato dall'aggressione. Si potrebbe così inserire un ulteriore comma agli artt. 55 e 59 c.p., statuendo una presunzione assoluta di mancanza di colpa sia nella individuazione dei presupposti fattuali, sia nel superamento dei limiti della scriminante, nei casi di legittima difesa domiciliare.

Per concludere, anche tutte le altre iniziative ventilate dalla nuova maggioranza, ricorso alla figura dell'agente sotto copertura, DASPO a vita per corrotti e corruttori, estensione dell'area del penalmente rilevante espungendo dal sistema le norme "buoniste" approvate nella scorsa legislatura, sembrano porsi in rotta di collisione con i principi fondamentali di un sistema penale liberal democratico quale quello disegnato dalla nostra Carta Costituzionale e, soprattutto, sembrano concepire il diritto penale come improprio strumento di governo dei fenomeni sociali che forse l'attuale maggioranza non è in grado di affrontare con una adeguata politica di riforme sul piano economico sociale. Come del resto è capitato da diversi decenni ad oggi. Da un Governo che si proclama "di cambiamento" era lecito attendersi qualcosa di meglio. Ma non credo che né l'Avvocatura, né la Magistratura ordinaria, né la Corte Costituzionale, né la Corte EDU, rimarranno a guardare.

# Il governo della paura

DI GAETANO INSOLERA

AVVOCATO E PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

## *Il marketing elettorale permanente*

È questa una stagione della nostra Repubblica nella quale la comunicazione politica è egemonizzata da teatranti camuffati da *leaders* di governo, truci o irridenti in pratiche comunicative ininterrotte e basate sulla mistificazione dei fatti, sullo sfruttamento di ogni occasione, anche quelle più tragiche, che permetta di eccitare emozioni istintive e vendicative di un popolo, ancora con pulsioni retoriche segretamente fasciste, educato dalla disinformazione eccitante ammannita dai media, social e non, alla permanente ricerca di colpevoli da punire, prima ancora di capire le cause degli accadimenti.

Le strategie, quelle che fino ad un recente passato della Repubblica davano contenuto alle ideologie politiche, sono nel solco della reazione antilluministica e antiliberale o sono cucinate da una opaca società commerciale e benedette da un tribuno che, nella più genuina tradizione della comicità curtense, non si cura delle conseguenze dei suoi sberleffi malmostosi, gli basta eccitare il riso feroce e il consenso del popolo/sovrano.

La questione di una riforma della disciplina della legittima difesa aveva già occupato la fase preelettorale – la proposta Ermini, del PD, giunta anche alla approvazione della Camera<sup>1</sup> – era presente nei generici programmi elettorali dei 5Stelle e della coalizione di centro-destra, per transitare nella farsesca stipula del “Contratto per il governo del cambiamento”. Al parossismo illimitato col quale si immaginava la difesa legittima domiciliare, corrispondeva la ferocia indeterminata prevista nei confronti di minorenni, un ulteriore passo verso l’abolizione della prescrizione, una indefettibilità della pena che doveva travolgere tutti gli istituti deflattivi e alternativi al carcere. Per il processo revisioni del rito abbreviato escludendolo per i reati più gravi, aumento dell’uso delle intercettazioni di tutti i tipi. Ovviamente lotta alla corruzione (“per tutti i reati contro la Pubblica amministrazione di tipo corruttivo”) uso di agenti provocatori, maggiore tutela degli *whistleblower*. E poteva mancare il potenziamento degli strumenti normativi e amministrativi di contrasto alla mafia? Come se i governi precedenti fossero stati con le mani in mano.

Le clausole contrattuali esprimevano con immediatezza le intenzioni ed erano talmente generiche da consentire una demolizione dalle fondamenta del sistema di giustizia penale.

Con la formazione del governo mi è tornata alla mente la gag di uno dei miei comici preferiti.

<sup>1</sup> Art. 52 c.p., c. 2: Fermo restando quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all’articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un’aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell’introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno.

c. 3: Nei casi di cui al secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo e taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d’aggressione”. c. 4: “Le disposizioni di cui al secondo e al terzo comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Art. 59 c.p. c. 2: Nei casi di cui all’articolo 52, secondo e terzo comma, la colpa dell’agente è sempre esclusa quando l’errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l’integrità fisica o per la libertà personale o sessuale.

Abbiamo forse quel **ministro della paura** preconizzato, giusto dieci anni or sono, da Antonio Albanese. “La paura come mezzo di controllo delle masse”<sup>2</sup>.

A proposito di giustizia e sicurezza già abbiamo assistito alla rinuncia ad esercitare la delega in tema di riforma penitenziaria e intercettazioni telefoniche, l'intervento sull'art. 52 c.p. ci attende dopo la pausa feriale<sup>3</sup>.

Si può fissare un primo punto: il tema è quello che manifesta, forse in massimo grado, la costruzione di una retorica disancorata da razionali considerazioni volte a contemperare la molteplicità delle situazioni fattuali e la ponderazione degli interessi in gioco con la rigidità di un dato normativo. La retorica adottata corrisponde invece ad opzioni viscerali, estreme, riducibili alla logica semplificata della *Castle Doctrine* nordamericana: il cittadino è re nella propria casa libero di fare fuoco su chiunque senza invito vi faccia ingresso<sup>4</sup>.

Si preannunciano così interventi anche in tema di normativa sulle armi: penso di nuovo agli orgasmi di Albanese – “Ministro della paura” – al grido di *fire, fire!*

Una prima provvisoria conclusione: la riforma della legittima difesa è entrata nel *menu* del “governo del cambiamento”, al servizio di un *marketing* elettorale che si vuole permanente: un'ascesa al potere attraverso le istituzioni della democrazia liberale, ma con progetti che sono in palese conflitto con i suoi fondamenti. Il controllo dei *media* alimenta le paure quotidiane – in termini paralleli opera l'equivalenza immigrazione/criminalità<sup>5</sup>.

E anticipo la mia opinione: non condivido proprio posizioni che colgono comunque limiti eccessivi nella attuale disciplina scriminante della legittima difesa cd. domiciliare, tali da imporre con urgenza modifiche normative.

Un *marketing* permanente, dicevo, per due ragioni

a) la metastatica devastazione della democrazia liberale- realizzata con un'irresistibile ascesa attraverso le sue istituzioni rappresentative – è in pieno svolgimento, non si è ancora compiuta: deve perfezionarsi uno *spoil system* finalizzato a fare un deserto di qualsiasi voce di opposizione. Si tratti di ottenere dalla proprietà la liquidazione di direttori di testate sgraditi, di maramaldeggiare sulle nomine RAI, infischandosene delle regole.

---

<sup>2</sup> Consultabile su Youtube, *La paura come mezzo di controllo delle masse. Il ministro della paura. Antonio Albanese.*

<sup>3</sup> La proposta di legge atto Camera n. 274 su iniziativa di Nicola Molteni (Lega) ed altri (presentato il 23 marzo 2018) (medesima della Proposta di legge Molteni ed altri – Atto Camera n. (2892) 3785 – Testo alternativo del relatore di minoranza)

Art. 52 c. 4: Si considera che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l'ingresso o l'intrusione mediante effrazione o contro la volontà del proprietario o di chi la legittima disponibilità dell'immobile, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di una o più persone, con violazione del domicilio di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, ovvero in ogni altro luogo ove sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Proposta di legge del Movimento 5 stelle

Art. 55 c. 2 c.p.: Nei casi dell'articolo 52, commi 2 e 3, la colpa è sempre esclusa se chi ha commesso il fatto ha agito in preda alla paura, al panico ovvero ad un grave turbamento, determinati dalla situazione di pericolo.

Art. 59 c. 2 c.p.: Nei casi dell'articolo 52, commi 2 e 3, se l'errore si riferisce alla situazione di pericolo o ai limiti imposti dalla necessità, la colpa dell'agente è sempre esclusa qualora esso sia stato determinato, volontariamente o colposamente, dalla persona contro cui è commesso il fatto. O ancora in entrambi i casi quando l'entità dell'offesa non sia, per condizioni di tempo o luogo, o per volontà o colpa della persona contro cui è commesso il fatto, immediatamente percepibile dall'agente.

Vari altri progetti sono stati depositati alla Camera o al Senato da parlamentari del centro-destra. La proposta Molteni contiene anche l'introduzione di una nuova formulazione dell'art. 624 *bis* con una variegata tipologia di aggressioni patrimoniali corredata da sanzioni draconiane e gravi conseguenze penitenziarie.

<sup>4</sup> GRANDE, *La legittima difesa armata negli USA: un buon modello per l'Italia?*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online>, 28 giugno 2018.

<sup>5</sup> Si veda l'intervista al criminologo BARBAGLI, *Non basta dare i numeri giusti sugli immigrati per fermare la paura*, in *Il Foglio*, 29 agosto 2018.

b) non si confidi poi su una dialettica esistente tra le due forze al governo: altro non è che un gioco delle tre carte [giocato dall'azzimato e telegenico presidente del consiglio e dalle truci, onnipresenti, quotidiane esternazioni di un vicepresidente e da quelle sardoniche dell'altro]. Dovrebbe seguirne una mediazione tra il sovranismo reazionario, da una parte, e il declamato afflato sociale, pauperistico, nel solco messianico della "tradizione degli oppressi"<sup>6</sup>, dall'altra, con la mediazione competente di un professore. Accidenti, allora possiamo stare tranquilli!

Il messaggio giustizialista e vittimologico – tutto il popolo è vittima, cioè tutti quelli che ci hanno votato<sup>7</sup>, noi, *leader* al governo, ne siamo la voce, siamo lo Stato, anche questo si è sentito; quanto a tutti gli altri rivolgersi a Grillo (il Marchese del, ben inteso) per chiarimenti – è pienamente condiviso ed orientato dagli stilemi terroristici di un diritto penale del nemico: accanto ai lapsus del capo del governo, le interviste, condite dai sorrisetti del suo assistente, piazzato in via Arenula. Faccio miei i *repetita* di Giuliano Ferrara: la questione non è quello che fanno e dicono, è quello che sono (quanto alle ideologie che esprimono, si intende).

#### *La riforma del 2006*

La questione di una riforma dell'art. 52 c.p. occupò un vivace dibattito politico e giuridico alla metà del primo decennio di questo secolo, che produsse la L. n. 59/2006 e l'introduzione di un secondo comma, con una disciplina speciale della cd. legittima difesa domiciliare. Come visto anche oggi è questo l'aspetto al centro dell'attenzione.

Una prima osservazione: se quel dibattito, in sede politica, vide l'utilizzo di argomenti e di spunti polemici di cui oggi ancora troviamo traccia, esso comunque si svolse con maggiore approfondimento e consapevolezza, sia tra i penalisti, sia nel discorso pubblico: anche a questo proposito bisogna notare come, sui nostri temi, il confronto, anche aspro, tra centro destra (*i.e.* Berlusconi) e centro sinistra abbia conservato una grammatica accettabile.

Certo l'istanza di cambiamento dei limiti, ritenuti, nel caso di difesa domiciliare, troppo angusti, si iscriveva anche nella insofferenza nei confronti di un potere giudiziario, privo di legittimazione democratica, in generale ritenuto troppo invasivo, troppo "all'opposizione" rispetto al potere legislativo espresso dai governi di centro destra: già allora si stigmatizzava il rigorismo giudiziario, autorizzato dalla interpretazione dominante, nei confronti di omicidi o lesioni provocati in difesa dei propri beni nel contesto domiciliare o dell'attività lavorativa e di impresa.

Del pari il contrapposto schieramento politico si opponeva ad interventi in materia più che sulla base di una ragionata rivisitazione del tema alla luce di dati di esperienza e di analisi della casistica giudiziaria, nella logica di un generale e permanente testa a testa rispetto ai provvedimenti legislativi in tema di giustizia penale: fu questo un *leit motiv* del confronto politico nella seconda Repubblica.

D'altra parte si può notare come la riforma del 2006 abbia costituito il catalizzatore dell'ingresso nel discorso pubblico di un tema – quello più generale della difesa legittima, ricco di implicazioni politiche e di concezioni di fondo – così da farlo uscire dagli spazi angusti della sola riflessione dogmatica.

<sup>6</sup> DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 21 ss.; un ingrediente fondamentale delle retoriche populiste e presupposto della loro trasformazione totalitaria, rimando alla efficacissima descrizione della evoluzione del populismo russo ad opera di BERLIN, in *Il riccio e la volpe*, Milano, 1986, 343 ss.

<sup>7</sup> "Il populismo prevede un'argomentazione pars pro toto e la rivendicazione di una rappresentanza esclusiva, entrambe intese in senso morale, anziché empirico. In altre parole, non ci può essere populismo senza qualcuno che parli a nome del popolo nel suo insieme." Un popolo immaginario. Ben si intende, ci avverte MUELLER, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2017, 26 ss. Lettura da consigliare a chi ha visto analogie tra il popolo (e il populismo) di Dostoevskij e l'elettorato giallo-verde. Anche a questo proposito con l'aiuto di BERLIN, *op.cit.*, 71 ss.

Una apertura si poteva già cogliere per altro nei testi prodotti nella stagione delle progettazioni di riforma del codice penale, almeno, in alcuni casi, meno condizionati dalla polemica politica contingente.

Così l'elaborato di legge delega della "commissione Pagliaro" (1991) se da un lato lasciava spazio ad una considerazione della proporzionalità in base a "tutti gli elementi significativi dell'aggressione", dall'altro prevedeva cause soggettive di esclusione della responsabilità nei casi di pericolo attuale non evitabile di morte o di danno grave all'incolumità fisica o alla libertà personale o sessuale purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso.

Orientato ad una conservatrice concezione oggettivistica della scriminante l'elaborato della commissione Grosso (2001), con l'affermazione della necessaria valutazione della proporzionalità alla stregua dei beni contrapposti e della scelta della reazione meno lesiva per l'aggressore.

Nel testo della commissione Nordio si esplicitava come il giudizio di proporzionalità, oltre che ai beni, dovesse essere riferito ai mezzi a disposizione della vittima e alle modalità concrete dell'aggressione

Al 3° comma dell'art. 30, dedicato all'uso legittimo delle armi, compariva poi la previsione speciale della legittimità dell'uso delle armi "perché costretto dalla necessità di difendere l'invulnerabilità del domicilio contro l'intromissione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio".

Infine nell'elaborato della commissione Pisapia (2006), da un lato, si riprendeva la formulazione della commissione Pagliaro, dall'altro, era prevista una causa di esclusione della responsabilità in caso di "eccesso dai limiti della legittima difesa per grave turbamento psichico, timore o panico, in situazioni oggettive di rilevante pericolo per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o per la libertà sessuale di un soggetto aggredito in luoghi isolati o chiusi o comunque di minorata difesa".

In sintesi.

In alcuni casi cogliamo l'allentamento della proporzionalità valutata con il troppo rigido parametro oggettivistico della sola ponderazione dei beni in conflitto, in altri vediamo l'esplicita configurazione di una scusante sulla base della concretezza del caso, ovvero la specialità dell'uso delle armi nella difesa domiciliare.

*Dai progetti di riforma del codice penale ad oggi*

Nel procedere dei progetti di riforma era tuttavia già possibile cogliere i nodi che caratterizzano l'exasperazione mistificatoria della questione precipitata nell'attuale dibattito.

Cosa è presentato come inammissibile agli occhi del "popolo"?

La sottoposizione a indagini per omicidio volontario di chi abbia reagito all'aggressione domiciliare, ovvero, nella ipotesi frequente, ricondotta infine alla previsione dell'art. 55 c.p. (eccesso colposo), comunque una – seppure più mite – condanna penale, con il risarcimento dei danni patiti dall'"aggressore/vittima". Come già visto, nell'era di Trump, il tema si interseca con quello dell'uso delle armi e, quindi, con quello del rigore della connessa disciplina amministrativa in materia di detenzione e porto<sup>8</sup>.

Da sempre, vi sono poi uomini per tutte le stagioni: nella desertificazione delle voci di opposizione, ne troviamo, ad esempio, impegnate a definire il carattere ineluttabile dell'attuale quadro politico – tanto fu disastrosa tutta la precedente storia repubblicana che non poteva finire in altro modo<sup>9</sup>. A proposito del pro-

<sup>8</sup> Sui rapporti tra il Truce e il "Comitato Direttiva 477" (associazione che tutela i cittadini possessori di armi) con la sottoscrizione, in campagna elettorale, di un documento che impegna a coinvolgere i produttori di armi nei provvedimenti che riguardano il settore Si veda, MENSURATI –TANUCCI, *Gli Italiani devono difendersi. E il patto pro armi diventa un caso*, in *La Repubblica* 17/7/2018, 6.

<sup>9</sup> GALLI DELLA LOGGIA, *Perché ci manca lo Stato*, in *Corriere della sera*, 17 agosto, 2018. In questo senso non condivido poi le idee di G. Orsina, riportate da V. Valentini, *Romanizziamo i barbari*, in *Il Foglio*, 24 agosto, 2018; critiche di PANEbianco, nell'intervista sullo

gramma sulla giustizia: nessuna paura nei confronti delle *performances* del ministro della paura: quanto alla legittima difesa si parla solo di un generico potenziamento, quanto al resto, solo illusioni, nulla cambierà<sup>10</sup>.

Ma torniamo ora alla riforma del 2006.

Si è già detto delle componenti che animarono il serrato dibattito politico, ad esso corrisposero le prese di posizione di gran parte dei penalisti.

Sia prima, sia dopo, il varo della legge, il *mainstream* fu critico nei confronti della stessa idea di intervenire sull'originale testo del codice: si temeva che l'invocato superamento del requisito della proporzione con l'uso legittimo delle armi nel caso di aggressioni domiciliari conducesse al *far west*, ad una licenza di uccidere concessa indiscriminatamente nella difesa di interessi di natura patrimoniale.

In alcuni casi il tema fu affrontato con particolare approfondimento ponendo in evidenza come esso andasse circoscritto ad una casistica limitata di situazioni di difficile valutazione e problematiche nell'intento, comunque da perseguire, di definirne una precisazione normativa. Fermo comunque il rifiuto di strumentalizzazioni in chiave di prevenzione generale dell'inflizione privata della pena di morte sulla base di presunzioni di proporzionalità. Non condivisa anche la eventualità di una fattispecie scusante capace di escludere l'eccesso colposo in considerazione di una ponderazione della reazione inesigibile da parte della vittima dell'aggressione<sup>11</sup>.

Mostrava invece maggiore sensibilità per gli argomenti a sostegno della riforma, altro autore, con una accurata ricerca sul piano sia storico, sia comparatistico, volta a dimostrare come, al di là, delle strumentalizzazioni politiche, sia le soluzioni che facciano riferimento alle incursioni nel domicilio, sia quelle soggettive, riferibili alla inesigibilità di un diverso comportamento della vittima, non possano ritenersi affatto una eccezione<sup>12</sup>.

Successivamente all'entrata in vigore della nuova norma non mancarono poi voci critiche per la cattiva formulazione, per le sue incoerenze e irragionevolezza<sup>13</sup>.

Le ragioni di allarme, anche da parte di chi aveva contrastato a spada tratta l'iniziativa governativa, parvero attenuarsi<sup>14</sup>, rispetto agli scenari drammatici che l'avevano preceduta: un ridimensionamento dell'allarme a cui mi sembra abbia corrisposto l'evoluzione della giurisprudenza, fermo restando, forse, il nodo problematico dell'eccesso colposo<sup>15</sup>.

#### *Qualche osservazione sulla riforma del 2006*

a) Come sappiamo essa fu osteggiata dal fronte politico "progressista", i suoi allarmi, colti dalla maggior parte dei penalisti, forse contribuirono ad evitare sgangherate soluzioni estremistiche. D'altra parte la ricorrente affermazione circa il fatto che qualsiasi modifica avrebbe provocato una generalizzata licenza di uccidere,

---

stesso quotidiano del 28 agosto 2018 "Non rassegnarsi allo sfascio" e di MINOPOLI, *Una opposizione è possibile* (29 agosto).

<sup>10</sup> NORDIO, *Quattro dubbi da fugare sulla giustizia*, in *Il messaggero*, 6/6/2018. Voce autorevole, ex magistrato, presidente di una commissione per la riforma del codice penale, lo abbiamo visto. Occorre tuttavia ricordare come in quell'elaborato (in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 2005, 244 ss.), nell'art. 27, punto 3, si prevedesse che "in presenza di una scriminante, il fatto di reato si considera insussistente". L'irruzione di un'opzione dogmatica esplicita in punto natura delle scriminanti, esclusa in altre esperienze progettuali, mi parve, e continua a sembrarmi, un modo per corrispondere alla volontà di esentare dalle indagini, anche in caso di omicidio o di lesioni, chi potesse accampare una difesa legittima. Idea quanto meno bizzarra e pericolosa: è infatti impensabile che a fronte dei fatti di cui ragioniamo difetti una *notitia criminis*.

<sup>11</sup> VIGANÒ, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 2001 ss.

<sup>12</sup> CADOPPI, "Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto". *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1378.

<sup>13</sup> Posizioni molto diffuse, ricordo in particolare quella di GALLO, *Diritto penale italiano*, I, Torino, 2014, 320 ss.

<sup>14</sup> VIGANÒ, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2006, 189 ss.

<sup>15</sup> Proprio alla luce delle attuali posizioni governative, SPINA, *La Cassazione ritiene (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo in legittima difesa (art. 55 C.P.)* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7/2018.

ebbe il paradossale effetto di diffondere questo convincimento nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge<sup>16</sup>. Un effetto indesiderato prodotto dal trascinarsi di quell'argomento da parte di alcuni media.

b) La cattiva formulazione del nuovo art. 52.

Condivido tutte le critiche. Ma, quanto meno dalla fine della prima Repubblica, credo che non vi sia stato prodotto legislativo, anche in campo penale, che ne vada esente. E qui il discorso si farebbe assai complesso riguardando, solo per citare alcuni aspetti, le caratteristiche assunte dalla nostra democrazia parlamentare, il suo rapporto con la cultura giuridica, il peso e l'ascolto di essa nel discorso pubblico e, perché no, i suoi meriti e la sua autorevolezza<sup>17</sup>.

Quando poi sento parlare di tramonto dell'*ars legiferandi*, penso ad antichi canoni estetici, a Policletto, a Fidia, a Leon Battista Alberti. La conflittuale cifra politica del diritto penale trova i suoi canoni nella volontà del potere legislativo di dare comunque protezione ai diritti civili del singolo nei confronti dello Stato e nella loro indipendente tutela giurisdizionale. Anche Ugo Ojetti, e Ferdinando Martini, prima di lui, sarebbero stati in grave difficoltà nel tradurre in buona lingua gli attuali intenti legislativi frammentati e compromissori<sup>18</sup>.

c) La precisa tipizzazione dei limiti della difesa nei casi difficili, da un lato, è probabilmente obiettivo utopistico, dall'altro, per le soluzioni forse già ci si poteva basare sul testo originario degli artt. 52 e 55 c.p., attraverso l'interpretazione dei requisiti di attualità del pericolo, di proporzione, di costrizione, di eccesso, di colpa.

Diviene quindi un campo inevitabilmente percorso da valutazioni giudiziarie casistiche, fortemente influenzate da precomprensioni assiologiche, dalle ideologie giudiziarie.

d) È sulla base di queste considerazioni che ritengo, più che mai, che la questione della riforma della legittima difesa sia oggi posta esclusivamente nel contesto dei patteggiamenti tra le due anime del governo, accomunate tuttavia da più generali progetti rozzi e liberticidi a proposito dei fondamenti di uno Stato costituzionale di diritto<sup>19</sup>.

*Il ruolo della riforma della legittima difesa nel grande gioco per distruggere lo Stato costituzionale di diritto*

Queste conclusioni non valgono però a sdrammatizzare la questione di un atteso "potenziamento" della legittima difesa, ma solo ad assegnarle un ruolo limitato, come detto, nel contesto della programmata demolizione del diritto penale liberale, ma anche in quello più vasto degli scambi tra le due forze di governo: penso in particolare a due diverse retoriche a proposito delle questioni economiche.

Sicurezza e giustizia penale costituiscono però temi sui quali non è dato cogliere sostanziali distinzioni tra i due schieramenti, costano poco o nulla, vellicano e gratificano gli istinti e l'immaginazione semplificatrice più crudele del *populace* che frequenta bar, stadi e social network e, in generale, di un ceto medio conservatore che si ritiene troppo impoverito per colpa dei precedenti governi, dell'Europa, della globalizzazione, delle élites, dei poteri forti, e chi più ne ha più ne metta.

È questo l'elettorato che i due *leaders* si contendono, certo, ma di una tenzone in cui possa giocare un'anima garantista dei 5Stelle non è proprio il caso di parlare, nonostante gli sforzi di qualcuno, non si sa bene se ingenuo o in malafede.

Ho parlato di equivoci che già caratterizzarono il dibattito a metà dello scorso decennio.

<sup>16</sup> Cfr. BEVERE, *Pistolieri fatti in casa*, in *Il Manifesto*, 1 marzo 2006 a proposito del tabaccaio salernitano che, appena entrata in vigore la legge, aveva freddato chi gli stava rubando le *chicas* piantate davanti al suo locale.

<sup>17</sup> Qualche considerazione in proposito in INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Indice pen.*, 2018, 1 ss.

<sup>18</sup> Sul rilievo che deve assumere, nell'individuazione di un metodo interpretativo, la ricerca dello scopo storico della norma, la recente traduzione di G. Stella del saggio di RUETHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, 2018,

<sup>19</sup> Una sintesi efficace di quello che ci attende in ANTONUCCI, *Il governo della forza*, in *Il Foglio*, 20 agosto, 2018.



Essi riguardavano la filosofia che animò larga parte dello schieramento che si opponeva a qualsiasi intervento volto a dare rilievo a quei casi nei quali le interpretazioni consolidate dei requisiti della scriminante potevano portare ad immolare il diritto di autodifesa dell'agredito. In questo modo la questione veniva consegnata alle sole, brutali, rozze, inaccettabili ideologie reazionarie.

Penso che questa logica – ho parlato, in modo di certo impreciso, di un fronte progressista – a sostegno di una rigida applicazione di criteri oggettivistici, basata esclusivamente sul confronto tra beni aggrediti e beni lesi in situazione di difesa, manifestasse una solo apparente assonanza con i fondamenti di un diritto penale liberale. Il nucleo del pensiero liberale è costituito, da un lato, dalla protezione dei diritti individuali, civili e politici, dall'altro, dal delineare una organizzazione del potere capace di tutelarli e garantirli – la politica liberale come “arte architettonica” che, senza costringere la poliedrica e autonoma vita sociale, la organizza in un ordine procedurale. A questo contribuiscono due fattori essenziali, che avvicinano liberalismo e democrazia: da un lato l'idea di istituzioni rappresentative, che sostituisce all'utopia della democrazia diretta, la libera competizione di élite – vere! – davanti all'opinione pubblica, dall'altro, quella di governo costituzionale [governo limitato da una Costituzione scritta e rigida, con leggi, frutto di procedure predeterminate]. Vaccino capace di confermare, rendendola giustiziabile, l'essenza del liberalismo, riconducibile all'individualismo e al contrattualismo: la tutela dei diritti civili dell'individuo contro gli abusi dello Stato, delle maggioranze, dei gruppi.

Anche nel paradigma contrattualistico hobbesiano, ancora oggi più che mai utile per cogliere l'essenza del potere penale<sup>20</sup>, diritto di resistenza e di autodifesa restano nelle mani del singolo quando lo Stato non sia in grado di proteggere la sua vita, protezione che costituisce la causa stessa del consenso prestato alle limitazioni della sua libertà<sup>21</sup>.

Quale l'equivoco allora, spesso riscontrabile nella posizione che confina il problema nel truce reazionalismo pistolero?

Quello di cadere in una concezione statualista che attribuisce allo Stato l'esclusiva di difendere beni fondamentali, ciò anche quando questo non riesce e realizzarsi, immolando così il diritto dell'agredito ad una finalità di prevenzione generale simmetrica a quella di chi vuole si possa “sparare sul ladro che fugge”<sup>22</sup>: una concezione aperta ad una interpretazione della scelta fatta del codice Rocco attraverso gli artt. 52 e 53, che conferma la ricorrente ibridazione, realizzatasi in quel corpo normativo, tra ideologie autoritarie e connotazioni penalistiche liberali.

Questa riflessione è suggerita, con la consueta lucidità, da Marcello Gallo<sup>23</sup> all'indomani della riforma del 2006, e penso che debba orientarci su questo argomento.

<sup>20</sup> Lo ricorda PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 642 ss.

<sup>21</sup> PANEbianco, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna 2004, 121 ss. Di grande chiarezza didattica una lezione di BOBBIO del 1987, *Il pensiero politico di Hobbes*, in <http://www.arifs.it/bobbmemo.btm>, 7.

<sup>22</sup> Rinvio al bel saggio di SICILIANO, *Sull'omicidio per legittima difesa a tutela del patrimonio nel diritto penale tedesco ovvero: la rimozione dell'illuminismo e le sue conseguenze*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2001, 579 ss.

<sup>23</sup> «La l. 13 febbraio 2006, ha aggiunto due commi all'art. 52 c.p.: “Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”. Il coro di critiche che essa ha suscitato mi ha confermato nell'opinione che a noi italiani la legittima difesa proprio non piace. Chi agisce in istato di auto-tutela corre il rischio di apparire come un pistolero del West. Che si sia trovato nella necessità di sostituirsi, nella salvaguardia di diritti propri o altrui, ad uno Stato che, nel caso concreto, non poteva intervenire, è ritenuta circostanza di poco conto, sulla quale si può agevolmente sorvolare. Quello che disturba è che il singolo abbia provveduto alla difesa di sé o di terzi con le proprie mani, quasi usurpando una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati. Altrettanto poco sembra, poi, contare



Ma lo faremo quando verranno tempi migliori, con interlocutori politici che conoscano la grammatica dello stato di diritto.

La facile scoperta della strumentalità mercantilistica di un “potenziamento” della legittima difesa (e la figura del “contratto” di governo la dice lunga in proposito!) nel convulso – tra loro competitivo – arrembaggio al potere delle attuali forze al governo, mi suggerisce un’opposizione generale alle loro proposte su giustizia e sicurezza. Opposizione dura, che spero sia fatta propria dall’Unione delle camere penali. In un certo senso un’“Aventino” dei penalisti: a ben vedere, è da qualche tempo che l’UCPI è stata l’unica a difendere il nostro Stato costituzionale di diritto.

La questione non è quello che fanno e dicono, è quello che sono (quanto alle ideologie che esprimono, si intende!).

Agosto 2018<sup>24</sup>

## Quel che (non) resta della riforma penitenziaria, una meteora dissoltasi al contatto con l’atmosfera politica\*

DI GABRIELE TERRANOVA

AVVOCATO DEL FORO DI PRATO - COMPONENTE OSSERVATORIO CARCERE UCPI

Il 2 agosto scorso, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare lo schema di decreto legislativo attuativo della delega conferita al Governo in materia di riforma dell’ordinamento penitenziario dall’art. 1 commi 82, 83 e 85 della *Legge Orlando* (l. 23 giugno 2017, n. 103).

---

il fatto che presupposto della facoltà di autoprotezione sia l'impossibilità di intervento di chi è, per legge, deputato alla difesa della società. Sembra, in un certo senso, che vi sia il convincimento che, ove lo Stato non possa interporre, sia opportuno lasciar correre: tutto sommato, meglio un'ingiustizia che un disordine. E si badi: una siffatta diffusa mentalità non resta confinata a sentimenti più o meno confusi e, spesso, contraddittori. La ritroviamo in non poche decisioni giudiziarie, anche della Suprema Corte. Il rigore con il quale si procede all'accertamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa, l'oblio del vecchio, saggio ammonimento che *adgreditus non habet staderam*, il frequente ricorso alla eventualità del *commodus discessus* per limitare *contra legem* (all'art. 52 c.p. non è fatta menzione, a differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, della inevitabilità della reazione) il diritto di difesa stanno tutti a dimostrare quanto faccia fatica ad affermarsi l'idea che, a certe condizioni, ci si può – si faccia attenzione: non è che si debba – aggiustare da soli. Il legislatore del 13 febbraio 2006 ha cercato di correggere non tanto la norma, quanto la prassi che su di essa, e intorno ad essa, si era venuta creando *op. cit.*, 320. Sul tema l'autore era intervenuto in due precedenti occasioni nella rubrica *Moralité* della rivista *Critica del diritto*. Quei saggi [*Due cose che non piacciono (troppo)* e *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*] ora sono raccolti in GALLO, *Moralité*, Napoli, 2011.

<sup>24</sup> Quando l'articolo era in bozza la Commissione giustizia ha licenziato il testo definitivo che andrà in aula dal 23 ottobre. L'articolata voce supera le osservazioni critiche qui formulate.

\* Commento redatto a seguito dell'approvazione in via preliminare dello schema di decreto legislativo recante *Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85 [...] della legge 23 giugno 2017 n. 103*, intervenuta in data 2 agosto 2018, poi seguita dall'approvazione in via definitiva, in data 27 settembre 2018, dello stesso decreto legislativo e di altri due concernenti, il primo, *Vita detentiva e lavoro penitenziario*, il secondo, *Esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*.

Si tratta del primo provvedimento adottato dal nuovo Esecutivo dopo che il cammino della riforma avviata sulla materia durante la passata legislatura era rimasto incompiuto.

Prima di esaminarne i contenuti, è inevitabile porsi un interrogativo di natura costituzionale.

Il termine per l'esercizio della delega normativa (comma 83 cit.) era fissato in un anno, decorrente dalla data dell'entrata in vigore della legge delega, intervenuta il 3 agosto 2017, e scadeva quindi il 3 agosto 2018.

L'approvazione intervenuta il 2 agosto sembrava dunque *in limine*, ma lo schema di decreto è stato nuovamente approvato in via preliminare, con la prospettiva di rinnovare l'*iter* parlamentare presso le commissioni competenti, prima del varo definitivo, che – a questo punto – è destinato a slittare oltre il termine naturale di scadenza della delega.

Quest'ultima, in effetti, prevede una proroga di 60 giorni nel caso in cui il termine di 45 giorni, decorrente dalla data della trasmissione alle Camere, per l'espressione dei pareri delle commissioni competenti, venga a scadenza nei 30 giorni antecedenti la scadenza della delega o successivamente (comma 83 cit.).

Il testo trasmesso alle Camere, però, nel caso di specie, costituisce la rivisitazione di un precedente testo già approvato in via preliminare ed in seconda lettura e sottoposto per ben due volte al parere delle Commissioni parlamentari.

La prospettiva del Governo sembra essere quella di ritenere che la presentazione di un nuovo testo preliminare e la rinnovazione dell'*iter* parlamentare integri comunque i presupposti della proroga, ma è inevitabile nutrire qualche perplessità, anche perché si tratta di un testo che, sebbene sia presentato come una riscrittura integrale, è in realtà una versione emendata (per quanto largamente) di quello precedente, con la finalità, espressa nella relazione illustrativa, di tenere conto della mutata volontà politica tradottasi nei pareri contrari delle Commissioni parlamentari.

Non costituisce quindi esattamente un testo approvato in via preliminare ed in prima lettura, ma piuttosto una terza lettura, peraltro non prevista dalla delega, alla quale non sembra correlabile alcuna ipotesi di proroga.

Si intravede, insomma, il rischio che anche quel poco che resta della riforma (o di quel segmento di essa confluito nel decreto approvato il 2 agosto) si traduca in un nulla di fatto.

Diversa è la situazione per gli altri 3 schemi di decreto legislativo approvati in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo scorso, in attuazione della medesima delega, in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, di giustizia riparativa e di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, per i quali la proroga opera certamente, essendo venuto a scadenza il 5 agosto il termine per l'espressione del parere delle commissioni parlamentari competenti.

Per questi ultimi dunque l'*iter* normativo potrà protrarsi fino al 2 ottobre.

Come è noto, il disegno riformatore nel quale si iscrivono questi provvedimenti viene da lontano e passa soprattutto attraverso gli *Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, la grande consultazione promossa nel 2015 nell'ambito del Ministero della Giustizia, che ha coinvolto, in 21 tavoli tematici, tecnici ed operatori del settore, producendo una ricchissima elaborazione su tutto lo scibile della materia (i lavori e le relazioni conclusive, spesso corredate di articolati, sono consultabili sul sito *web* del Ministero ed in gran parte pubblicati in Aa. Vv., *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale*, Pacini Giuridica, 2016).

Parte di quella elaborazione è confluita nei principi e criteri direttivi dettati dal comma 85 dell'articolo unico della legge delega.

Già dal tormentato percorso parlamentare di quest'ultima, peraltro, erano uscite significativamente ridimensionate alcune delle direttive più qualificanti.

L'indicazione di favorire l'accesso alle misure alternative alla detenzione, sia mediante la revisione dei relativi presupposti (lett. b), sia mediante l'eliminazione di automatismi e preclusioni o la loro revisione per i condannati alla pena dell'ergastolo (lett. e), veniva esclusa per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e

per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale, un temperamento che, in particolare, tradiva sul nascere la diffusa aspettativa che si potesse finalmente mettere mano all'annosa questione del c.d. ergastolo ostativo.

Ce n'era abbastanza per temere che fosse irrimediabilmente vulnerato l'obiettivo di restituire alla giurisdizione penitenziaria il suo naturale ambito di discrezionalità ed al sistema dell'esecuzione penale la versatilità necessaria per garantire percorsi di risocializzazione individualizzati, finalità che costituivano il cuore del disegno riformatore tracciato dagli *Stati Generali* e che rispondevano peraltro a precise raccomandazioni del Consiglio d'Europa<sup>25</sup>.

Nei 20 criteri direttivi della legge delega residuava però un ambito di intervento talmente vasto da consentire di coltivare ancora l'ambizione di varare una riforma di grande portata, ambizione che ha indubbiamente animato il serrato lavoro delle 3 commissioni di studio istituite presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia nel luglio 2017<sup>26</sup>.

Invece, il successivo percorso legislativo è proseguito attraverso stralci ed erosioni, un po' come quello di un meteorite che continua inesorabilmente ad assottigliarsi per effetto dell'attrito atmosferico, fino a ridursi ad un sassolino o addirittura a dissolversi, salvo che in questo caso l'atmosfera era quella politica.

Dallo schema di decreto varato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017, scompariva la disciplina degli *incontri intimi*, elaborata dalla Commissione Giostra per consentire anche nei luoghi di detenzione l'esercizio della sessualità, quale componente significativa di relazioni affettive la cui tutela rientra nel doveroso rispetto della dignità della persona reclusa e contribuisce a prevenire, specie nelle detenzioni di lunga durata, rischi di sradicamento sociale accentuativi delle difficoltà di reinserimento. La legge delega conteneva, sul punto, una chiara apertura (criteri *n* e *r*), ma evidentemente ha prevalso la diversa sensibilità di chi aveva parlato, in proposito, di *eiaculazione penitenziaria*<sup>27</sup>, manifestando tutto il ritardo culturale che sembra ancora circolare in Italia, diversamente dai numerosi altri paesi, europei e non, i cui sistemi penitenziari ammettono da tempo relazioni intime.

Spariva parimenti la proposta di modifica dell'art. 656 c. 9, lett. a), c.p.p., elaborata dalla stessa Commissione, volta a circoscrivere l'effetto ostativo, rispetto alla sospensione dell'ordine di carcerazione, correlato alla tipologia dei reati oggetto della condanna da eseguire, alle sole fattispecie contemplate dall'art. 4 *bis* c. 1, così da garantire un pieno parallelismo con le ipotesi di inammissibilità delle misure alternative, scongiurando il rischio di inutili *assaggi* di carcerazione per chi potesse legittimamente aspirare ad altre modalità di espiazione della pena.

Veniva accantonato, ancora, tutto il lavoro svolto dalla Commissione Pelissero per confezionare un'articolata ed organica riforma della disciplina delle misure di sicurezza, auspicata da tempo e resa quanto mai indifferibile dall'esito di precedenti riforme settoriali da armonizzare nel sistema normativo<sup>28</sup>.

Questo solo per citare alcune delle principali perdite registratesi ancora prima della fine della legislatura.

<sup>25</sup> Il riferimento è alla Raccomandazione (2017)3, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 22 marzo 2017.

<sup>26</sup> Si tratta delle 3 Commissioni di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza, in attuazione della delega contenuta negli artt. 82, 83 e 85 l. 103/2017, istituite ed integrate con D.M. 19 luglio 2017, presiedute da Glauco Giostra, Marco Pelissero e Francesco Cascini.

<sup>27</sup> Il riferimento è ad un comunicato del 3 novembre 2017 dell'Unione Sindacati di Polizia Penitenziaria, dal titolo *Eiaculazione Penitenziaria: al via i rapporti sessuali dei detenuti in carcere ... ma fateci il "piacere"*.

<sup>28</sup> Si allude, in particolare, alla l. 30 maggio 2014, n. 81, che ha portato a termine il percorso di chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, riformando significativamente il sistema normativo delle misure di sicurezza, ma senza intervenire sul codice penale.

Il resto è cronaca recente: il nuovo Governo eredita la delega per una riforma che dichiara di non condonare e che le forze della nuova maggioranza hanno vivamente avversato in campagna elettorale, ma vara comunque lo schema di decreto legislativo del 2 agosto, dando atto della decisione di non esercitare la delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi e preclusioni.

E si tratta di un taglio drastico perché, al netto dei difficili tentativi di rimodulazione dell'art. 4-bis, la bozza aveva riguardato anche tutte le ipotesi di preclusione correlate alla recidiva o al fallimento di pregresse esperienze extra-murarie (art. 58-quater), che rappresentano una delle principali cause di carcerazione anche per le pene di breve durata.

L'ostatività legata al titolo del reato, inoltre, era stata circoscritta, anche per la detenzione domiciliare c.d. ordinaria (art. 47 *ter* c. 1 *bis*), alle sole fattispecie previste dall'art. 4 *bis* c. 1, ciò che avrebbe prevedibilmente contribuito non poco, unitamente all'allineamento del limite di pena a quello di 4 anni previsto dall'affidamento in prova, a fare di questa misura un'estesa alternativa per fasce di condannati che oggi sono invece destinate solo alla carcerazione ed auspicabilmente una misura-ponte verso forme di trattamento extra-murario più aperte.

Sarebbe caduto anche l'innalzamento a 4 anni del limite di pena previsto dall'art. 656 c. 5 c.p.p. per la sospensione dell'ordine di carcerazione nei confronti dei condannati liberi, se non fosse sul punto intervenuta provvidenzialmente la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2018, che lo ha ritenuto coesistente, per ragioni di coerenza sistematica, all'intervenuta fissazione, a quella medesima soglia, del limite di accesso all'affidamento c.d. allargato, introdotto dall'art. 3 c. 1, lett. c), d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

Deve poi registrarsi che il taglio ha interessato settori di intervento non propriamente riconducibili all'ispirazione politica dichiarata.

Vi è infatti ricaduta anche la modifica degli artt. 147 e 148 c.p., volta ad equiparare il trattamento delle persone affette da gravi infermità psichiche sopravvenute a quello degli altri malati gravi, nonché la previsione della nuova misura alternativa destinata appunto ai condannati affetti da patologie psichiatriche (art. 47 *septies*), che certamente non rispondevano ad ispirazioni *buoniste*.

Altrettanto dicasi per la rimodulazione delle prescrizioni dell'affidamento in prova, che mirava a rafforzare l'effettività anche in funzione di un maggior controllo sociale.

Cosa resta dunque nel decreto approvato il 2 agosto dal Consiglio dei Ministri?

Il capo I è dedicato all'assistenza sanitaria in ambito penitenziario ed è destinato a dare attuazione alla direttiva l) della legge delega, di cui tralascia però totalmente in richiamo alla necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica.

Le modifiche riguardano prevalentemente l'art. 11 O.P.

Cambia la competenza per l'autorizzazione del trasferimento dei detenuti per motivi di cura in strutture sanitarie esterne che, per gli imputati, compete al giudice procedente, individuato con criteri analoghi a quelli previsti dall'art. 279 c.p.p. (salvo per l'attribuzione al Presidente quando il giudice sia collegiale), fino alla pronuncia della sentenza irrevocabile.

Di rilievo è la nuova previsione, contenuta nel comma 10, che sancisce il diritto alla continuità dei trattamenti intrapresi prima della carcerazione anche per i detenuti che abbiano in corso programmi terapeutici di transizione sessuale.

È sancita altresì la possibilità per i detenuti, previa autorizzazione (stavolta demandata al giudice procedente solo fino alla sentenza di primo grado ed al direttore dell'Istituto in seguito), di accedere a proprie spese non solo a visite mediche, ma anche a trattamenti medici, chirurgici e terapeutici espletati da professio-

nisti di propria fiducia all'interno delle infermerie e dei reparti clinici e chirurgici degli Istituti, previ accordi con l'azienda sanitaria competente.

È rafforzato infine l'obbligo di documentare, anche mediante riprese fotografiche, all'atto della visita di primo ingresso, eventuali segni o indicazioni che facciano apparire che la persona possa avere subito violenze o maltrattamenti, circostanza che, fermo l'obbligo di referto, deve essere comunicata al direttore ed al Magistrato di Sorveglianza.

Il capo II è dedicato alla semplificazione dei procedimenti ed è destinato a dare attuazione alla direttiva a) della legge delega, una direttiva che aveva destato qualche timore per i rischi correlati alla compressione del contraddittorio.

L'elemento di maggiore novità è la previsione di una procedura semplificata per la decisione delle istanze presentate dai condannati in stato di libertà ai sensi dell'art. 656 c. 5 c.p.p., quando la pena da eseguire non ecceda un anno e sei mesi (art. 678 c. 1 *ter*).

Si prevede che il Presidente del Tribunale di Sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designi un magistrato relatore, assegnandogli un termine entro il quale possa applicare in via provvisoria, con ordinanza adottata *de plano*, una delle misure previste dall'art. 656 c. 5 c.p.p.

L'ordinanza potrà poi essere confermata senza formalità dal Tribunale di Sorveglianza, che dovrà invece procedere nelle forme ordinarie se non intende confermarla. Analogamente dovrà procedersi in caso di opposizione, proponibile nel termine di dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dal pubblico ministero, dall'interessato o dal difensore. L'esecuzione dell'ordinanza

resta sospesa durante il termine dell'opposizione o fino alla decisione sulla stessa.

Si tratta di un procedimento astrattamente suscettibile di garantire una notevole economia processuale ed auspicabilmente un'accelerazione dei tempi di decisione, nei soli casi destinati all'accoglimento, statisticamente frequenti nella fascia di condannati cui la procedura semplificata è destinata.

La necessità di procedere nelle forme ordinarie per l'eventuale rigetto dell'istanza, garantisce rispetto a qualsiasi pregiudizio correlato alla contrazione del contraddittorio.

Gli artt. 7 c. 1, lett. a), e 9, danno attuazione alla direttiva d) della legge delega, nella parte in cui si richiedeva la previsione dell'osservazione scientifica della personalità anche in libertà, che viene demandata agli U.E.P.E. prevedendo che, oltre alle indagini socio-familiari, procedano anche all'osservazione del comportamento.

La direttiva d), nella parte concernente il rafforzamento del sistema dei controlli, è attuata mediante la previsione (art. 8) del coinvolgimento, su richiesta e secondo le indicazioni del direttore dell'U.E.P.E., della Polizia Penitenziaria, in coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza.

Si tratta tuttavia di un intervento limitato all'osservazione delle prescrizioni inerenti alla dimora, alla libertà di locomozione e ai divieti di frequentare determinati locali o persone e di detenere armi, da attuarsi con modalità tali da garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento di attività lavorativa. Ciò al fine evidente di preservare la natura fiduciaria della relazione con l'autorità che connota le misure alternative, pur nel perseguimento dell'obiettivo di un controllo più effettivo.

Il capo IV, dedicato alle disposizioni in tema di vita penitenziaria è il più articolato e contiene diverse disposizioni di rilievo.

Si nota però, anzitutto, specialmente nel raffronto con le versioni precedenti dello schema di decreto, un evidente ripensamento, tradottosi in sistematici emendamenti, sulla parte della direttiva r) riferita alla *sorveglianza dinamica* e, in generale, verso l'idea della condivisione degli spazi e della vita di comunità, quale elemento di conformità della vita penitenziaria a quella esterna, che grande rilievo riveste non solo ai fini del miglioramento delle condizioni di vita dei reclusi, ma anche per l'espletamento di un'efficace osservazione.

Di notevole impatto, anche da un punto di vista simbolico, sempre nel raffronto con le versioni precedenti, è l'eliminazione dall'art. 1 O.P., contenente la definizione del trattamento penitenziario, del richiamo alle *Regole Penitenziarie del Consiglio d'Europa*.

Nondimeno, residuano importanti interventi, in particolare in materia di assegnazioni, trasferimenti ed isolamento, suscettibili di rafforzare significativamente la tutela dei diritti dei detenuti, anche grazie alla possibilità di esperire reclamo al Magistrato di Sorveglianza ai sensi dell'art. 35 *bis* O.P., in caso di violazione.

In conclusione, per quanto lo schema di decreto presenti aspetti di novità che indubbiamente possono essere accolti con favore e che inducono ad auspicare, pur negli attuali minimi termini, la definitiva approvazione, non si può che registrare con profondo rammarico l'esito deludente a cui perviene un percorso che aveva alimentato la speranza di una grande riforma.

Certamente l'amarazza potrebbe essere in parte attenuata se andassero in porto gli altri tre decreti legislativi che ancora attendono il parere delle Camere, le cui speranze di approvazione, nell'approssimarsi del 2 ottobre, appaiono ridotte al lumicino, per quanto giunga notizia della calendarizzazione del loro primo esame.

In ogni caso, sembra proprio che il meteorite si sia ridotto ad un sassolino.

## La prescrizione a cinque stelle

DI DARIO MICHELETTI

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PENALE - UNIVERSITÀ DI SIENA

Stando ai programmi dei partiti di maggioranza, ai proclami dei loro *maîtres à penser* e al contratto di Governo, non v'è da attendersi nulla di buono in materia di prescrizione dalla prossima legislatura.

Già intaccato in profondità dalla recente riforma Orlando – che ha imposto una “tassa temporale” di un anno e mezzo per ogni grado d'impugnazione – uno degli istituti cardine del nostro sistema di giustizia pare destinato a uno scellerato progetto demolitorio che altro non riflette se non la sua totale incomprensione. Lungi dall'essere *«l'ancora di salvezza dei delinquenti e una delle principali cause di intasamento dei Tribunali»*, come il ministro Alfonso Bonafede proclamava prima d'insediarsi in via Arenula (www.beppegrillo.it del 24 ottobre 2015), la prescrizione è in realtà il rimedio, la soluzione, l'imprescindibile contromisura adottati da un ordinamento doverosamente rispettoso dei diritti umani (il riferimento è al principio della ragionevole durata dei processi previsto dagli artt. 6 C.E.D.U e 111 Cost.) per impedire che un individuo rimanga intrappolato per sempre in un processo penale.

Nulla di più subdolamente deformante v'è dunque nella ricorrente affermazione che la prescrizione *costituisca* un fallimento dello Stato (www.beppegrillo.it del 24 ottobre 2015). Casomai la prescrizione *registra* il fallimento dello Stato che non è risuscito per tempo a giudicare il fatto. E non comprendere la differenza altro non è che il frutto di un fraintendimento così macroscopico da superare quello del tifoso che addossi la sconfitta della propria squadra all'arbitro che ha fischiato la fine della partita.

Il malinteso è eclatante. Eppure viene ripetuto come un mantra dai teorici del “processo senza fine”, tanto da aver trovato una definitiva consacrazione nel *beau geste* del neo Ministro della Giustizia che, invece di in-testare a sé stesso l'annunciata riforma della prescrizione, ne auspicherebbe la denominazione di “legge Viareggio” (*Prescrizione, Bonafede: “Riforma è priorità, la chiamiamo Viareggio: mai più tragedie in cui lo Stato non accerta la verità”*, da *Il FattoQuotidiano* del 29 giugno 2018). Nulla meglio di una siffatta etichettatura si

presta infatti a svelare il grossolano equivoco di cui è preda l'ideologia antiprescrizionale. Che cosa, infatti, «è inaccettabile in uno Stato di diritto»? A cosa si avrebbe «*il dovere morale di dire mai più?*». È alla prescrizione cui merita rivolgere tanto sdegno, ovvero ci si dovrebbe piuttosto allarmare di un sistema giurisdizionale che – senza nulla togliere all'impegno dei magistrati coinvolti nel caso – ha richiesto oltre sette anni e mezzo anche solo per emettere una sentenza di primo grado. È della prescrizione, o di questo “servizio giurisdizionale” che lo Stato dovrebbe scusarsi con le vittime? E si badi: sette anni e mezzo non già per giudicare un fatto di reato occulto o clandestino, entrato quindi con ritardo nel circuito giurisdizionale; ma un disastro colposo quanto mai drammatico ed eclatante che sin dal primo istante ha doverosamente richiamato l'attenzione tanto dell'opinione pubblica quanto della magistratura requirente. È allora ammissibile che uno Stato moderno, di fronte a uno dei fatti più tragici della propria storia recente, senza l'appesantimento di depistaggi o della faticosa rincorsa di alibi da smontare, abbia impiegato per lo svolgimento del solo primo grado di giudizio un tempo di gran lunga superiore all'intervallo di circa sei anni preventivato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il completamento di un intero procedimento penale?

Questo – e non già la prescrizione – è il vero dramma della giustizia penale italiana a cui, oramai, gli operatori si sono assuefatti. E nessun esempio migliore del processo per la strage di Viareggio si presta a comprendere, lontano da facili populismi, che il meccanismo estintivo connesso al decorso del tempo non è il male ma la “reazione a un male”: come la febbre lo è di un agente patogeno, o l'elevato indice glicemico lo è di un regime alimentare sbagliato. Ecco perché illudersi di risolvere l'endemica lentezza del nostro sistema penale eliminando o paralizzando la prescrizione non sarebbe molto più assennato della terapia che cerchi di curare il paziente affetto da diabete senza metterlo a dieta, ma riempiendolo di farmaci così da lasciare che continui a ingozzarsi. Non è offuscando il sintomo che si contrasta la patologia.

Di contro, se proprio si vuol varare una “legge Viareggio”, lo si faccia per istituire finalmente presso le sedi di Corte d'Appello dei giudici specializzati nelle materie più tecniche (sicurezza sul lavoro, diritto penale ambientale, reati finanziari ecc.) che non possono trovare adeguate competenze specifiche, soprattutto presso gli organi di polizia ed investigativi, in ogni provincia d'Italia. Sono queste le riforme che restituirebbero efficienza al sistema giustizia, non certo l'eliminazione dei limiti temporali massimi dell'azione penale.

Ma non è questa l'unica né la più grave delle imposture intellettuali perpetrate, con consapevolezza o meno, dai detrattori della prescrizione. Tra le più ricorrenti e volgari v'è la tesi secondo cui la sola esistenza di tale meccanismo si presterebbe a un abuso del diritto di difesa finalizzato nulla più che al raggiungimento del termine estintivo quale unica salvezza di fronte a una condanna altrimenti certa. Una falsità sguaiata che solo una persona totalmente digiuna di processi o in palese malafede può accreditare, essendo – come noto – il governo dei tempi processuali dapprima nella esclusiva disponibilità del pubblico ministero e poi nelle sole mani del giudice procedente. Ecco perché, da quando è stata riformata in termini restrittivi la disciplina della causa di sospensione, ed espunto per via pretoria dal computo della prescrizione l'ingombro temporale richiesto per le impugnazioni inammissibili, ogni persona dotata di un minimo di esperienza forense e onestà intellettuale sa bene che non v'è possibilità alcuna per un avvocato di ottenere con scaltrezza l'estinzione del reato per decorso del tempo.

Altro dunque che abuso del diritto di difesa occasionato dalla presenza della prescrizione. È semmai la crociata antiprescrizionale ad avere eroso negli anni il diritto di difesa sotto l'egida di un'assurda interpretazione oggettivizzante, anziché personalistica, della ragionevole durata del processo prevista dall'art. 111 Cost., che ha finito per delegittimare ogni vincolo di garanzia che possa intralciare la rapidità dell'azione punitiva. Valga per tutti il riferimento al principio di immediatezza ed oralità del processo penale, che nella sua indiscutibile giustezza aveva ispirato l'art. 525, comma 2, c.p.p. il quale prevede, come sarebbe ovvio, la rinnovazione istruttoria in caso di mutamento del giudice. Ebbene, l'odio accecante per la prescrizione ha spazzato via questa scontata garanzia, assieme a molte altre regole che miravano a evitare la cartolarizzazio-



ne del processo penale (quale avvocato fortunato può dire di avere ottenuto una rinnovazione istruttoria in appello ex art. 603 c.p.p. in mancanza di un ricorso del PM?). E solo chi è poco informato della realtà può sostenere che l'art. 525 c.p.p. costituisca un intralcio ai tempi della giustizia perché «raramente» gli avvocati prestano il proprio consenso alla mancata riassunzione delle prove con l'obiettivo di conseguire il termine di prescrizione (così P. Davigo, *Una prescrizione vi salverà*, in *Micromega* n. 7/2014). Il vero è al contrario che nessun avvocato avveduto si sognerebbe mai di non prestare il consenso all'utilizzabilità dell'attività istruttoria già espletata, vuoi perché la giurisprudenza si è "inventata" la regola secondo cui la rinnovazione può essere evitata, a prescindere dal consenso, tramite la semplice lettura dei verbali cosicché l'eventuale dissenso non produrrebbe alcun ritardo; vuoi perché l'avvocato dissenziente si esporrebbe a una rappresaglia giudiziale per mano del nuovo giudice-ultore di cui finirebbe per fare le spese il proprio assistito.

Ma la crociata antiprescrizionale ha fatto registrare negli ultimi anni un ulteriore e ancor più deterioro salto di qualità. Con la scusa di guadagnare tempo, l'attacco non viene più rivolto al supposto abuso del diritto di difesa: oramai è il diritto di difesa *tout court*, se non la presenza stessa del difensore ad essere visti come un intralcio. Prova ne sia che il bersaglio recentemente prediletto dagli *bater* della prescrizione è un diritto elementare della meccanica processuale come quello alle impugnazioni: tanto da volersi ricorrere ad autentiche intimidazioni – il riferimento è all'abolizione del divieto di *reformatio in peius* in mancanza d'impugnazione del PM (Punto n. 15 del programma del Movimento5Stelle) – onde dissuadere la difesa dal coltivare propositi di riforma di una sentenza di condanna.

Ora, anche a prescindere dalla compatibilità costituzionale di una siffatta logica estorsiva, sono ancora una volta i dati di fatto a smascherare la totale arbitrarietà di simili proposte. Per convincersene il Ministero di Giustizia, che ha fatto propria tale insana prospettiva di riforma redigendo il punto n. 15 del programma del proprio movimento, potrebbe dare una scorsa all'interessantissima "*Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia*" pubblicata nel maggio del 2016 del Dicastero che egli presiede. Ebbene, nello schema a pagina 7 intitolato "*La prescrizione nelle Corti d'appello*" ben si mette in evidenza come «*si registri una grande differenza nell'incidenza delle prescrizioni sulle definizioni nelle Corti d'appello*»: prova ne sia che ambiti territoriali purtroppo non immuni da alti tassi di criminalità, come Caltanissetta e Palermo, fanno registrare in appello percentuali di prescrizione assai basse, di circa il 5 %, mentre altre Corti d'Appello, su tutte Venezia, sono afflitte da percentuali di prescrizione che sfiorano il 50%.

Se così è, salvo a volersi sostenere che i più "guappi" avvocati si concentrano tutti nei pressi di Piazza san Marco, occorrerebbe con onestà riconoscere che la prescrizione riflette una carenza organizzativa e di strutture (come rilevano fra l'altro le Tabelle di pag. 10 e 11 della medesima *Analisi statistica* ove si registrano «*grandi differenze nell'incidenza delle prescrizioni tra i diversi Tribunali*»), non già la pretestuosità delle impugnazioni che si vorrebbero contenere. Con la conseguenza che l'abolizione del divieto di *reformatio in peius*, in tanto in quanto slegata dalle reali cause del problema, non risolverebbe alcunché rivelandosi solo per quello che è: un ulteriore deleterio arretramento del livello di garanzie di un sistema penale oramai drammaticamente allontanatosi dai principi costituzionali – *in primis* quello di legalità – sui quale dovrebbe invece reggersi.

Tra le numerose adulterazioni argomentative della litania antiprescrizionale, la più infida e perniciosa – anche perché suggestiva e difficile da smascherare ai profani – è quella secondo cui la disciplina prevista dagli artt. 157 ss. c.p. costituirebbe «*un'anomalia nel panorama di tutte le democrazie occidentali*», essendo il nostro l'unico ordinamento in cui «*la prescrizione (...) non s'interrompe mai*», laddove negli altri Stati il meccanismo estintivo si bloccherebbe con il rinvio a giudizio o la condanna di primo grado (così da ultimo CASELLI, *Governo M5s-Lega, cosa va e cosa no nella giustizia immaginata nel contratto*, in *Il FattoQuotidiano* del 1 giugno 2018).



Il problema di questa argomentazione non è tanto la sua inesattezza in termini comparatistici, essendo infatti la nostra meccanica prescizionale debitrice del modello tedesco. Né si contesta la praticabilità teorica del blocco della prescrizione in corrispondenza della prima sentenza di condanna (si veda, fra i primi a prospettare tale soluzione, pur nel quadro di una generale ristrutturazione garantista dell'istituto, GIUNTA – MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione e funzioni della pena nell'ambito della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 116 ss.). Il problema di tale argomentare sta ancora una volta nella distorsione prospettica che esso riflette e persegue, trascurando che i presupposti di funzionalità dell'istituto sono diversi da ordinamento a ordinamento proprio perché ogni meccanica prescizionale deve adattarsi alle peculiarità del sistema processuale di riferimento (per un analogo rilievo di carattere generale avverso le “facili soluzioni d'importazione” v. *La Relazione* del 23 aprile 2013 della Commissione Fiorella per lo studio di una possibile riforma della prescrizione, pag. 1).

È benvero allora che la disciplina della prescrizione italiana rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale; così come del resto ogni disciplina prescizionale ha tratti suoi propri. Ma tale unicità altro non è che il riflesso necessitato della più peculiare anomalia del nostro sistema penale, che è rappresentata dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, il quale riversa nel sistema una mole di procedimenti penali – il numero supera costantemente da svariati anni il milione e mezzo di procedimenti per sole persone note (v. gli Annuari Statistici della Corte di cassazione pubblicati su [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)) – tale da non poter essere smaltita da alcun apparato giurisdizionale concretamente realizzabile. Lo rivelò con incontrovertibile obiettività una Commissione di riforma dell'ordinamento giudiziario nominata dall'allora Ministro Conso e composta in prevalenza di magistrati di tutte le correnti; così come lo ebbe a riscontrare una Commissione presidenziale nominata dall'allora presidente Chirac che aveva il compito di saggiare la praticabilità del passaggio al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (cfr. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in [www.irsig.cnr.it](http://www.irsig.cnr.it), 8). Da qui la conseguenza che ove si procedesse a riformare la prescrizione, senza ridurre il flusso d'ingresso del sistema, altro effetto non si otterrebbe se non un progressivo e sempre maggiore allungamento dei procedimenti penali, che non essendo più calmierati da un termine massimo di durata, si accumulerebbero negli Uffici Giudiziari sino al loro definitivo e sempre più ritardato completamento.

Se, dunque, si vuole continuare a denunciare l'anomalia della prescrizione italiana, caratterizzata da un tasso ormai costante di circa 100.000 procedimenti estinti ogni anno, sarebbe corretto aggiungere, a chiarimento, per lo meno tre considerazioni esplicative. La prima è che tale risultato null'altro riflette se non il numero dei procedimenti che la macchina giurisdizionale non riesce a smaltire, e non già per le deprecabili strategie delle difese, ma per un'intrinseca e ovvia “portata massima” delle strutture sotto l'incessante flusso d'immissione generato dall'art. 112 Cost. In secondo luogo occorrerebbe chiarire che in termini assoluti il numero di procedimenti estinti può sembrare elevato, ma – anche grazie alla laboriosità della nostra magistratura – esso corrisponde da anni a meno del 10 % dei procedimenti avviati. In terzo luogo, ma è l'aspetto principale, sarebbe opportuno chiarire che la gran parte delle prescrizioni si registra nelle fasi preliminari del giudizio (la percentuale oscilla negli anni dal 50 al 70% annuo della somma complessiva), rivelando così – ciò che in realtà tutti ben sanno ossia – che tale istituto viene “sfruttato” dalle Procure della Repubblica come strumento di elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale e, di conserva, quale “anomala forma di clemenza” (COSÌ INSOLERA, *Le clemenze anomale*, in *DPC* del 29 settembre 2014) del quale beneficiano gli indagati coinvolti nei procedimenti che il singolo Sostituto Procuratore non vuole o non ha interesse a coltivare. Per il resto la prescrizione opera come mezzo di “selezione naturale”, colpendo procedimenti avviati con irrecuperabile ritardo rispetto al *tempus commissi delicti*, ovvero che la macchina processuale ha a deliberatamente o colpevolmente trascurato.

Volendo – per concludere – vi sarebbe però una modifica che il neoministro potrebbe immediatamente adottare per ottenere una tangibile riduzione dei procedimenti, e conseguentemente delle prescrizioni, senza mettere mano ad ardue e sempre asfittiche politiche di depenalizzazione, e senza imbarcarsi nell'immane progetto di riformare l'art. 112 Cost. Sarebbe sufficiente importare quella semplice regola di civiltà giuridica caratteristica dei paesi d'oltralpe (cfr. il 467a StPO tedesco e § 393a StPO austriaco) in forza del quale nel caso di assoluzione, proscioglimento *et similia*, le spese necessariamente sostenute dall'imputato sono a carico dello Stato. A tale innovazione basterebbe poi affiancare il doveroso controllo della Corte dei conti, con conseguente responsabilità contabile a carico del titolare dell'azione penale (o del GIP), nel caso di superamento di determinate "soglie di rimborso" fatte registrare dai singoli Uffici Giudiziari (sulla necessità di un controllo di spesa quale strumento di riduzione delle indagini superflue v. anche per gli esempi concreti. Di FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit. e le ulteriori opere dello stesso autore). Non sarebbe una panacea, ma il tasso di prescrizione v'è da ritenere che scenderebbe. Oh se scenderebbe.



## Il magistrato "sapiente" (ovvero, il singolare caso della gallina violentata)

*È sufficiente, per avere un buon magistrato, un magistrato affidabile, che giudici e pubblici ministeri conoscano la legge, sappiano a memoria i codici, abbiano letto corposi volumi di diritto? Sotto l'aspetto professionale giudici e pubblici ministeri possono avere le stesse attitudini? Il buon senso dice di no. Scriveva il Presidente Cossiga, nella relazione al disegno di legge, da lui presentato in Senato nella 14a legislatura, (A:S: 2629): «L'esercizio delle funzioni nell'ordine giudiziario, giudice e pubblico ministero, incide così profondamente e talvolta irreversibilmente sui diritti della persona e sulla sua stessa vita psico-fisica che particolare equilibrio mentale e specifiche attitudini psichiche debbono essere richieste per la assunzione della qualità di magistrato e per la permanenza nella carriera». Per altro verso è non meno evidente che le attitudini del giudice sono assai diverse da quelle del Pubblico ministero: il giudice deve essere un «valutatore ottimale»; l'inquirente deve avere «spiccate doti di problem solving». Sono le parole di due illustri psicologi, Giuseppe Sartori/Rino Rumiati, che hanno trattato approfonditamente la questione dei test psicoattitudinali dei magistrati (Giornale italiano di psicologia, n. 1, marzo 2005). Il loro scritto si inserisce in un dibattito che si sviluppò negli anni tra il 2004 e il 2006, parallelamente alla riforma dell'ordinamento giudiziario voluta dal ministro Castelli. Contrari alla introduzione dei test psicoattitudinali per i magistrati, gli stessi magistrati, la sinistra e una parte degli psicologi; favorevoli gli avvocati, il centro destra e un'altra parte degli psicologi. Si disse che i test avrebbero inciso sulla indipendenza della magistratura; che già li aveva suggeriti Licio Gelli, che sarebbe stata impossibile «la costruzione di griglie riduttive attendibili, atte a testare funzioni così complesse, che coinvolgono ideali, motivazioni, passioni, interessi, come se si trattasse di mere capacità» (Comunicato della società psicoanalitica italiana – Gli esami psicoattitudinali nei concorsi dei magistrati e il disegno di legge Castelli). Si rispose che l'indipendenza non ha nulla a che vedere con la idoneità a svolgere le funzioni del magistrato, e che, anzi, i test potevano riguardare anche la capacità di essere autonomi, che un istituto è buono o cattivo di per sé, e non in relazione a chi lo propone, e che i magistrati possono essere soggetti a forti condizionamenti psicologici (trias confermativo, effetti di focalizzazione, effetto frame decisionale, ecc.), ragion per cui si deve far sì che «i magistrati siano affidabili dal punto di vista dell'equilibrio psicologico» (Sartori/Rumiati). La riforma fu approvata. L'art. 1, co. 7, del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, prevedeva che. Nell'ambito delle prove orali, riguardanti le materie specialistiche, i candidati dovevano sostenere un colloquio di idoneità psico-attitudinale all'esercizio della professione di magistrato, anche in relazione alle specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione. La valutazione dell'esito del colloquio, condotta da un docente universitario in scienze e tecniche psicologiche, sarebbe stata operata collegialmente dalla commissione. I test ebbero vita breve. Arrivò il ministro Mastella che, con la L. 3.7.2007, n. 111, abrogò le due norme ritenute odiose dai magistrati: quella sui test, e l'altra sulla separazione delle funzioni. Le «stranezze» di certi magistrati, tuttavia, non sono soltanto attuali: per questo ho scelto di illustrare il problema con una sentenza risalente nel tempo, che dà la misura di come ci sono giudici che sono privi dei requisiti minimi psicologici per esercitare un mestiere che può produrre sofferenze terribili, e trasformare una tranquilla vita di ciascuno di noi in una tragedia.*

Correva l'anno 1931 quando il Pretore del mandamento di Stigliano (Comune in provincia di Matera) pronunciò una sentenza, «in nome di sua Maestà Vittorio Emanuele III, per grazia di Dio e per volontà della Nazione Re d'Italia», con cui dovette risolvere un complesso caso di violenza sessuale.

Le imputazioni erano di uccisione di un gallo senza necessità, nonché di lesioni personali reciproche. Si fronteggiavano, infatti, due famiglie: da un lato, i due fratelli Leone Antonio e Leone Gioacchino; dall'altro i coniugi Lauria Francesco e Figliola Anna.

Si legge in sentenza che, il giorno 9 febbraio 1931, Leone Gioacchino, «mentre si trovava nella sua casa, avendo udito delle grida ed essendo accorso per sedare la questione vide il Lauria con la moglie Anna Figliola che si azzuffavano col fratello di esso Leone a nome Antonio; che alla sua vista il Lauria si scagliò contro colpendolo con pugni e lacerandogli una giacca aiutato in ciò dalla moglie Anna Figliola».

Ma i coniugi Lauria avevano le loro buone ragioni. Leone Antonio, «senza alcuna necessità gli aveva ucciso un gallo e chiestogli conto del perché dell'uccisione, il Leone ebbe a dire: 'se i padroni fossero stati educati, anche il gallo lo sarebbe stato'».

Furono sentiti i testimoni sul perché dell'uccisione del gallo. «Dalla deposizione della Guardia Municipale di Gorgoglione, Buonamassa Vincenzo, è risultato che venne chiamato dalla Figliola Anna perché il Leone Antonio con un sasso gli aveva ucciso un gallo solamente perché attuava con una gallina del Leone la teoria del libero amore, non in un'alcova profumata, ma in luogo pubblico».

Altri testi hanno narrato parte della rissa. Tuttavia, non tutto fu possibile ricostruire. Così scriveva il Pretore, quasi con un afflato poetico: «Non hanno potuto specificare lo svolgimento tutto della rissa nella quale si schierarono gli odierni imputati, gli uni, i fratelli Leone per vendicare l'onore della gallina, gli altri, i coniugi Lauria, per vendicare la morte immatura del gallo, spento durante un amplesso di amore, tolto dal suo pollaio e alle carezze diurne delle sue galline».

Il giudice, nei confronti di Leone Antonio, si è posto, tuttavia, un quesito giuridico, e di quelli di difficile soluzione, e cioè se gli competesse una scusante: «scusante che non ha provato potergli competere, a meno che non creda di poter ottenere un vizio parziale di mente, o totale, per aver agito in un momento in cui le sue facoltà mentali erano completamente ottenebrate dal ratto violento compiuto dal gallo dei Lauria, in danno di una sua gallina».

È stato condannato anche Leone Gioacchino. Questa è la motivazione: «Il Leone Gioacchino, disturbato nelle esplicazioni del suo nobile ministero (accanto al fuoco recitava il santo Uffizio), accorse nella sua qualità di sacerdote: ma anziché portare la parola della pace, coadiuvò il fratello Leone Antonio nella lesione commessa da costui in danno del Lauria Francesco e per tale complicità egli va condannato. È bensì vero che il Leone Gioacchino all'udienza agitò una sua zimarra lacerata su cui il Lauria aveva osato porre le mani profanandola, ma tale cimelio potrà rimanere quale ricordo della lotta dei Leone con i Lauria e forse insegnerà al sacerdote Leone che è vano difendere l'onore delle proprie galline nel paese di Gorgoglione; ma dirà al magistrato di quanti pettegolezzi sia stata causa l'amore di un gallo che col suo canto voleva fare intendere ai Gorgoglionesi tutta la bellezza di un amore non mercenario».

Fu condannato anche Lauria Francesco, a cui pure il Pretore ha riconosciuto la «nobiltà» dei suoi intenti: «difendeva, è vero, il re del suo pollaio, ne curava la salute, non poteva permettere né tollerare che sciupasse le sue energie con galline estranee, ma non doveva dare pugni a Leone Gioacchino».

Scriva, infine, il Pretore (e si sente nelle sue parole un velo di commozione) «Non poteva rimanere estranea alla questione la moglie del Lauria, a nome Donn'Anna, la quale interviene in aiuto del marito, ancora sotto l'impressione del gallo moribondo che starnazzando le ali e roteando le pupille morenti, chiedeva vendetta. E Donn'Anna interviene, si vendica, e non potendo ottenere dai Leone un giusto compenso per dare al gallo onorata sepoltura, dà sfogo al suo dolore cooperando ed aiutando il marito a dare pugni».

Giustizia è fatta. Chissà se questo Pretore ha fatto carriera, e magari è diventato Presidente di sezione, o magistrato di Cassazione. Certo, il fatto in sé non autorizza a trarre valutazioni di carattere generale sul «buon senso» dei magistrati, e tanto meno su possibili alterazioni della loro personalità. Ma ciascun avvocato ha l'esperienza personale di giudici affetti da manie, o dediti a stranezze.

Un bel libro, «*Ma cos'è questa giustizia? Luci e ombre di un'istituzione contestata*», scritto da un giudice, MARIO GARAVELLI, che è stato Presidente del Tribunale di Torino, e poi della Corte di Appello di Genova, dedica un paragrafo del capitolo sulla «Magistratura», a «*Gli psicolabili*» (p. 41).

Che un magistrato riconosca che tra i suoi colleghi ci sono soggetti affetti da turbe psichiche, è affermazione che non può non suscitare allarme negli utenti della giustizia: «Vi è poi una pattuglia di magistrati, poco nota all'esterno, ma ben conosciuta dagli addetti ai lavori, che è affetta da una sindrome forse dovuta alla stessa professione, notoriamente stressante e patogena anche perché la patologia sociale è il suo *luminus* naturale. Si tratta delle tare psicologiche di varia intensità ed espressione che alterano il desiderato equilibrio di chi per mestiere deve giudicare gli altri».

L'analisi è impietosa: «Il fatto è che i magistrati disonesti, di cui abbiamo appena parlato, sono molto pochi; pochissimi sono, ancora, i magistrati stupidi; anche gli ignoranti non sono numerosi (salvo certi alfabetismi di ritorno tipici di chi si adagia in una sua nicchia e non apre più un libro di diritto); gli squilibrati, invece, sono in numero più preoccupante, se come tali intendiamo non i pazzi dichiarati ma quelli che, passando per i vari gradi dell'alterazione psichica, vedono compromesso appunto il loro equilibrio nel giudicare e nell'agire, che in questo lavoro è la cosa più preziosa. Passando a qualche esempio, si va da chi perde le staffe di fronte ad ogni più piccola opposizione a chi prevarica su tutti nell'espone le proprie opinioni, restando sordo a quelle degli altri; da chi scrive motivazioni sconclusionate a chi segue personalissimi criteri di interpretazione della legge o di conduzione delle udienze; da chi sonnecchia durante queste ultime (il che, secondo Calamandrei, avveniva anche in Cassazione) a chi intraprende, come pubblico ministero, personali battaglie seguendo imperscrutabili sentieri di politica giudiziaria. A differenza di Amleto, non c'è metodo in queste follie: esse colpiscono qua e là, a caso, infettano giovani penalisti e stagionati civilisti, agiscono anche in ambienti apparentemente tranquilli, dove non vi è lo scontro quotidiano con le cosche criminali o la marea asfissiante dei fascicoli che possano spiegare il fenomeno. Si tratta di un male oscuro, tipico della funzione e variegato nel suo manifestarsi, cosicché il più delle volte, per fortuna, si esaurisce in modeste deviazioni, ma altre volte offusca grandemente l'immagine pacata di chi dovrebbe impersonare la maestà della legge. Qui studiare un rimedio è difficile; espresso il dovuto scetticismo su eventuali interventi di psicologi e psichiatri delle più varie scuole (dei quali d'altronde questi soggetti sono convinti di non avere affatto bisogno), non resta che il solito intervento dei colleghi e, ancora una volta, dei capi degli uffici, i soli che possono dall'interno ostacolare processi degenerativi di questo tipo. Ma anche in questi casi giocano l'indifferenza, il pietismo, il malinteso rispetto per il collega, l'assenza di responsabilità, che spiegano la mancanza di provvedimenti preventivi o di denunce successive, all'insegna del *quieta non movere et mota quietare* di mastronardiana memoria».

Per chiunque si direbbe che soggetti così hanno necessità proprio di quegli psicologi e psichiatri di cui l'autore diffida. In realtà si dovrebbe agire in prevenzione, e cioè selezionare il personale secondo le sue attitudini, ed escludere quelli a rischio. A ciò servono i test psicoattitudinali che altro non sono che «metodi che affrontano il tema generale della previsione dei comportamenti» (SARTORI/RUMIATI). Sono molte, perciò, le professioni per le quali si fa ricorso ai test per accertare le attitudini personali, e, talvolta, l'equilibrio comportamentale, soprattutto di chi avrà la responsabilità della vita degli altri. Per fare un esempio: i piloti di aereo. Per i magistrati gli aspetti da verificare sono più di uno.

Non si fa offesa a nessuno affermando che anche tra i magistrati possono esservi soggetti affetti da patologie della personalità. I dati Istat del 2017 relativi alla salute mentale rivelano che non meno di tre milioni

e mezzo di persone adulte hanno sofferto di un disturbo mentale negli ultimi dodici mesi. Gli aspiranti magistrati, e i magistrati in carriera, sono parte della popolazione, e quindi anch'essi sono soggetti a possibili patologie.

C'è poi un altro aspetto che è stato messo in luce da ricerche recenti sui condizionamenti del giudice nell'assumere le sue decisioni, e che può riguardare un più vasto numero di magistrati: le alterazioni del comportamento dovute alle situazioni emozionali. Il lavoro di grande responsabilità che i magistrati svolgono quotidianamente può esporli a situazioni di stress anche pesanti, al punto di perdere la capacità di vedere il reale obiettivo del proprio impegno professionale e delle proprie mansioni. In tali condizioni anche l'operazione decisoria può essere compromessa (FORZA/MENGON/RUMIATI, *Il giudice emotivo*, 85).

Si dirà che sono casi eccezionali, ed è così. Ma anche un solo magistrato che sia affetto da anomalie della personalità può provocare sofferenze, drammi, perdite irrimediabili. Perciò è una necessità, e non soltanto una opportunità, che si valutino i magistrati sia nel momento della selezione iniziale, sia lungo tutta la carriera. È una esigenza, questa, ritenuta non solo in sede politica, con tutte le polemiche che ne sono derivate, ma anche dai tecnici che hanno dato importanti contributi allo studio dell'ordinamento giudiziario.

PIZZORUSSO (*Organizzazione della giustizia in Enc. dir. IV Agg.*, Milano, 2000), in tempi non sospetti, ha denunciato che «nessun serio tentativo è stato compiuto per rendere possibile l'accertamento del possesso delle doti fisio-psichiche e della formazione culturale generale, che sono del pari necessarie per l'esercizio delle funzioni giudiziarie (probabilmente per la difficoltà di ottenere valutazioni affidabili)».

Un gruppo di giuristi, psicologi e psichiatri (PEDRAZZI/DI FEDERICO/ERMENTINI/GULOTTA/MENIGHELLO/MESCHIERI/ONOFRI/PAJARDI, *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976) ha proposto un modello diagnostico psicoanalitico per il reclutamento dei magistrati all'esito di una specifica indagine pluridisciplinare. Nessuno potrebbe dubitare del rispetto, da parte di questi studiosi, dell'indipendenza della magistratura.

Cosa si può fare per avere magistrati con buone caratteristiche psicoattitudinali? La riforma Castelli aveva un difetto: la natura soggettiva, e perciò incontrollabile, delle valutazioni. Le prove, viceversa, devono essere oggettive, «i cui risultati non possono essere dipendenti da chi valuta le prove medesime. Sono da escludere i test proiettivi» (SARTORI/RUMIATI). Condivisibile, infatti, era il rilievo del Consiglio Superiore secondo cui «La previsione dei test psicoattitudinali, rimettendo la possibilità di accesso in magistratura a valutazioni tecniche incontrollabili, frustra la garanzia di oggettività e imparzialità della selezione per pubblico concorso affidato alla responsabilità di un organo di governo autonomo (Parere espresso l'11 gennaio 2006 dal C.S.M. sullo schema di decreto legislativo, in *Foro it.*, 2006, III, p. 104).

Strumento adeguato è ritenuto il test MMPI – 2 (*Minnesota Multiphasic Personality Inventory*) che consente di valutare le principali caratteristiche strutturali di personalità e i disordini di tipo emotivo, ed il cui utilizzo è ampiamente diffuso per la selezione del personale, la valutazione dei candidati nei concorsi, in ambito peritale, ecc.

I magistrati sono contrari, e si sono sempre dichiarati contrari, ai test psicoattitudinali, tanto da riuscire a farli sopprimere dal governo Prodi. Se ne è fatto portavoce GIOVANNETTI (*L'accesso alla magistratura*, in *Foro it.*, 2006, V, 15), che ha prospettato il rischio che i test divengano uno strumento per «ottenere in partenza una omologazione dei giovani aspiranti magistrati ad un modello soggettivo preconstituito, subordinando la loro assunzione al *placet* di esperti che non si limitano a valutare la loro sanità fisica e mentale, ma entrano nel merito della loro attitudine a svolgere funzioni giudiziarie». Ma questa è una visione miope. Non solo i test eliminerebbero i casi, pochi o tanti che siano, che gettano una luce ambigua sulla categoria: la selezione alzerebbe il livello di efficienza, capacità ed equilibrio dei giudici a tutto vantaggio del buon funzionamento della giurisdizione. D'altronde, un vaglio attitudinale è espressamente previsto per la nomina di avvocati e professori universitari a consigliere di Cassazione (art. 2, co. 1, lett. d), L. 5/8/1998, n. 303), e per i magistrati onorari, compresi i giudici di pace (art. 42 *ter*, co. 2, lett. c), 71, Ord. giud. e 5, co. 1, lett. e), L. 21/11/1991,

n. 374), e dunque ad esso si debbono sottoporre quanti intendono accedere a funzioni giudiziarie, anche in via temporanea, e provengono da altre attività nelle quali hanno dato dimostrazione della loro personalità e del loro equilibrio: risulta davvero difficile comprendere perché il medesimo principio non debba essere applicato a chi si appresta a tali funzioni permanentemente (GUALTIERI, *Aspetti problematici della recente riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *ojs.uniurb.it*). Molto di ciò che si è detto, vale anche per gli avvocati: tuttavia, è soprattutto dal potere che ci si deve guardare, perché è nel potere che sta il bene e il male della società.



