

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

2/2023

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2023 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

NOVITÀ NORMATIVE <i>NOVEDADES NORMATIVAS</i> <i>NEW LEGISLATION</i>	Uguali ma diversi: sul reato di omicidio stradale o nautico <i>Parecidos pero diferentes: sobre el delito de homicidio vial o náutico</i> <i>Alike yet Different: On the Offense of Road or Nautical Homicide</i> Gian Paolo Demuro	1
	L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento tra iniziativa delle parti e poteri del giudice <i>La aplicación de las penas sustitutivas en el procedimiento de admisión de responsabilidad por iniciativa de las partes y los poderes del juez</i> <i>The Application of Alternative Punishments in Plea Bargain Between Parties' Initiatives and Judge's Powers</i> Francesco Lazzarini	31
QUESTIONI DI PARTE GENERALE <i>CUESTIONES</i> <i>DE PARTE GENERAL</i> <i>ISSUES</i> <i>ON THE GENERAL PART</i>	I due <i>ne bis in idem</i>, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti <i>Los dos ne bis in idem, sustantivo y procesal: homónimos pero no parientes</i> <i>The Two ne bis in idem, Substantive and Procedural: Homonyms yet Unrelated</i> Ignazio Giacona	54
	Concurso de normas y vigencia de los delitos complejos en la legislación penal italiana: especial referencia al artículo 84 <i>Concorso di norme e reati complessi nella legislazione penale italiana: il particolare riferimento all'art 84</i> <i>Concurrence of Norms and Complex Offenses in Italian Criminal Law: Specific Reference to Article 84</i> Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos	71
	La colpa in attività illecita: il ruolo "straordinario" della prevedibilità nella personalizzazione del giudizio colposo <i>La imprudencia en actividades ilícitas: el papel "extraordinario" de la previsibilidad en la personalización del juicio imprudente</i> <i>Fault in Illegal Activity: The "Extraordinary" Role of Foreseeability in the Individualized Ascertainment of Fault</i> Elena Ammannato	95

<p>ANCORA SU INTELLIGENZA ARTIFICIALE E GIUSTIZIA PENALE</p> <p>MÁS SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA PENAL</p> <p>MORE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CRIMINAL JUSTICE</p>	<hr/> <p>Predictive Policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali</p> <p><i>Predictive Policing: problemas y perspectivas de los sistemas de identificación de potenciales delinquentes</i></p> <p><i>Predictive Policing: Problems and Perspectives of Systems That Identify Potential Offenders</i></p> <p>Elisabetta Pietrocarlo</p>	<p>114</p>
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>THE FOCUS ON...</p>	<hr/> <p>Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01</p> <p><i>El derecho a guardar silencio de la persona jurídica imputada de conformidad con el Decreto Legislativo 231/01</i></p> <p><i>The Right to Silence of the Accused Legal Entity under Legislative Decree 231/01</i></p> <p>Alessandro Keller</p>	<p>160</p>
	<hr/> <p>Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del chilling effect</p> <p><i>Corrupción parlamentaria y mediación onerosa en el espejo del chilling effect</i></p> <p><i>Parliamentary Corruption and Onerous Mediation in the Mirror of the Chilling Effect</i></p> <p>Nicola Maria Maiello</p>	<p>178</p>
<p>RECENSIONI</p> <p>RESEÑAS</p> <p>REVIEWS</p>	<hr/> <p>The Legal Dynamics of Disrespect: LGBTQI+ People, Hate speech, and Criminal Justice</p> <p><i>Le dinamiche giuridiche del disprezzo: persone LGBTQI+, discorso d'odio e giustizia penale</i></p> <p><i>La dinámica jurídica del desprecio: personas LGBTQI+, discurso de odio y justicia penal</i></p> <p>Adriano Martufi</p>	<p>200</p>

NOVITÀ NORMATIVE
NOVEDADES NORMATIVAS
NEW LEGISLATION

- 1 **Uguali ma diversi: sul reato di omicidio stradale o nautico**
Parecidos pero diferentes: sobre el delito de homicidio vial o náutico
Alike yet Different: On the Offense of Road or Nautical Homicide
Gian Paolo Demuro
- 31 **L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento tra iniziativa delle parti e poteri del giudice**
La aplicación de las penas sustitutivas en el procedimiento de admisión de responsabilidad por iniciativa de las partes y los poderes del juez
The Application of Alternative Punishments in Plea Bargain Between Parties' Initiatives and Judge's Powers
Francesco Lazzarini

Uguali ma diversi: sul reato di omicidio stradale o nautico

Parecidos pero diferentes: sobre el delito de homicidio vial o náutico

Alike yet Different: On the Offense of Road or Nautical Homicide

GIAN PAOLO DEMURO

Ordinario di Diritto penale nell'Università di Sassari
 gpdemuro@uniss.it

OMICIDIO STRADALE,
 PROPORZIONALITÀ

HOMICIDIO VEHICULAR,
 PROPORCIONALIDAD

VEHICULAR MANSLAUGHTER,
 PROPORTIONALITY

ABSTRACTS

Con l'entrata in vigore della legge approvata il 20 settembre 2023 la fattispecie dell'art. 589-*bis* diviene ora quella di "omicidio stradale o nautico". Il saggio analizza le ragioni che hanno giustificato l'estensione della disciplina dell'omicidio stradale anche a quello nautico, ponendo anche in luce le difficoltà che potrebbero porsi dato che la nuova figura è "tarata" su un precedente "uguale ma diverso", in particolare per la varietà dei mezzi nautici, per il rango e la collocazione variegata delle regole cautelari e per il possibile concorso con altre fattispecie, come specialmente il naufragio colposo. Ne risulta un quadro in cui la tensione in particolare con i principi di proporzionalità e ragionevolezza dovrà essere sciolta nella sede applicativa, valendosi anche dell'esperienza, ancora contrastata, dell'omicidio stradale.

Con la entrada en vigor de la ley aprobada el 20 de septiembre de 2023, la figura del Artículo 589-bis se convierte ahora en la de "homicidio vial o náutico". El ensayo analiza las razones que justificaron la extensión de la regulación del homicidio vial al homicidio náutico, destacando las dificultades que podrían surgir, dado que la nueva figura se basa en una anterior que es "igual pero diferente", especialmente debido a la variedad de medios náuticos, el rango y la diversa ubicación de las normas de cuidado, así como la posible concurrencia con otras figuras delictivas, en particular, el naufragio culposo. El resultado es un escenario en el que la tensión, en particular en relación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, deberá resolverse en el ámbito de la aplicación de la ley, aprovechando también la experiencia, aún controvertida, del homicidio vial.

With the entry into force of the law approved by the Italian Parliament on September 20, 2023, the legal provision of Article 589-bis now encompasses "road or nautical homicide." This essay examines the rationale behind extending the framework of road homicide to include nautical incidents, shedding light on potential challenges posed by this expansion, considering that the new provision is based on a prior "similar yet distinct" model. This is particularly evident due to the variety of watercraft, the diverse range of precautionary rules and the potential overlap with other offenses, such as negligent shipwrecks. This creates a situation where the tension, particularly with the principles of proportionality and reasonableness, will need to be resolved in practice, drawing on the still debated experience of road homicide.

SOMMARIO

Introduzione: il dibattito parlamentare. – 1. La figura di riferimento: l'omicidio stradale. – 1.1. La caratterizzazione dell'omicidio colposo in forme settoriali e specifiche. – 1.2. La percezione sociale della responsabilità stradale e della insufficienza della risposta sanzionatoria. – 1.3. La legge 23 marzo 2016 n. 43: l'omicidio stradale (art. 589-bis c.p.). – 2. Le istanze politico-criminali a fondamento dell'omicidio nautico. – 3. Incidenti in mare: il quadro normativo vigente. – 3.1. Le regole cautelari. – 3.2. I reati di pericolo, in particolare il delitto di naufragio. – 3.3. Dal pericolo al danno e dall'omicidio colposo all'omicidio nautico. – 4. La riforma. – 4.1. L'introduzione dei reati di omicidio nautico e di lesioni personali nautiche e la normativa di collegamento. – 4.2. Le circostanze aggravanti per tipo di autore. – 4.3. La circostanza attenuante relativa all'efficienza causale. – 4.4. Pluralità di eventi lesivi. – 4.5. L'omicidio stradale o nautico aggravato dalla fuga del conducente. – 4.6. Le lesioni personali stradali o nautiche gravi o gravissime. – 4.7. Le modifiche al codice di procedura penale in tema di arresto in flagranza. – 5. Considerazioni finali.

Introduzione: il dibattito parlamentare.

È stata approvata in via definitiva dalla Camera la proposta (A.C. n. 911 d'iniziativa dei senatori Balboni e Liris) di istituzione della nuova fattispecie di *omicidio nautico*, attraverso un'estensione, dove compatibile, della disciplina dell'omicidio stradale.

La necessità di adeguare la normativa in tema di omicidio stradale al diverso contesto – in un caso le strade, qui le acque (il mare, i laghi o i fiumi) – è emersa anche in seguito, come spesso accade, a recenti eventi tragici. La vicenda emblematica, anche per il dibattito politico e per le conseguenti iniziative legislative, è la morte avvenuta il 19 giugno 2021, sulla sponda bresciana del lago di Garda, di due giovani (Greta e Umberto), travolti sul loro gozzo in legno da un motoscafo condotto da due turisti tedeschi¹. Il Tribunale di Brescia ha condannato per omicidio colposo (art. 589 c.p.) e naufragio colposo (art. 449 c.p.) rispettivamente a quattro anni e sei mesi di reclusione il turista che era alla guida del motoscafo, mentre il suo amico e proprietario della barca è stato punito con due anni e undici mesi, accogliendo dunque in parte le richieste del PM che aveva chiesto una condanna a sei anni e sei mesi per il conducente e di quattro anni e sei mesi per l'amico. Non ha retto invece l'accusa di omissione di soccorso. Ha accettato di sottoporsi all'alcol test il solo conducente e tale esame, svolto quattordici ore dopo l'incidente, ha fornito esito positivo (con un valore di 0,38 grammi per litro). In sintesi, la linea difensiva si è sempre mantenuta sugli argomenti della scarsa visibilità e della conseguente mancanza di consapevolezza dello stesso evento (“Non ci siamo accorti, era buio, pensavamo di avere colpito un tronco”), mentre da parte dell'accusa si è sostenuto che “nessuno avrebbe potuto scambiare l'impatto con altro che non fosse una barca. Solo con una lettura partigiana e intellettualmente disonesta si può ignorare che la luce del gozzo fosse visibile e la velocità con la quale il motoscafo Riva travolse la barca. Come ha potuto non vedere? Solo una totale assenza di lucidità del pilota P. K. lo ha reso possibile. Hanno consumato alcolici per tutto il pomeriggio”. In seguito un consulente della Procura ha dichiarato che il motoscafo viaggiava a circa venti nodi, quattro volte cioè il consentito.

All'attenzione mediatica su tale vicenda ha fatto seguito l'intervento di rappresentanti istituzionali² e del Parlamento, secondo uno schema usuale nello scorrere della politica criminale nel nostro paese, quasi ripercorrendo l'iter che portò all'approvazione della legge sul c.d. omicidio stradale e anzi sottolineandone espressamente – da parte dei proponenti – la medesima ragione giustificatrice. Infatti la punizione con le pene previste per l'omicidio colposo e il nau-

¹ Così rievoca la vicenda il quotidiano La Stampa del 23 marzo 2022. Ad aumentare l'attenzione mediatica, pochi giorni dopo quello del lago di Garda si è verificato un altro incidente mortale, uno scontro tra due motoscafi sul lago di Como, a Tremezzina, nel quale ha perso la vita uno studente di 21 anni. Altri tragici incidenti si sono verificati, con una escalation preoccupante, nell'estate del 2022: basti citare lo scontro con due vittime tra un motoscafo e una barca a vela a Porto Ercole (Argentario) e allo yacht schiantatosi sugli scogli a Porto Cervo, con una vittima, in circostanze non chiare. Infine, ancora più recentemente, nell'agosto 2023, una turista americana è morta (e il marito gravemente ferito) nel golfo di Napoli a seguito di uno scontro tra il motoscafo su cui viaggiava e un veliero: lo skipper dell'imbarcazione sulla quale viaggiava la famiglia (erano a bordo anche i due figli) è stato sottoposto a esami tossicologici e alcooltest ed è risultato positivo.

² Il Governatore della Lombardia ha dichiarato (il riferimento è ancora alla fonte giornalistica della nota precedente) che “è inaccettabile che un vuoto normativo impedisca di infliggere ai responsabili della morte di G.N. e U.G. una giusta condanna”, al contempo prendendo l'impegno nei confronti dei genitori delle vittime di fare quanto in suo potere “affinché venga presto approvata la legge che consenta l'equiparazione del delitto di omicidio nautico a quello stradale”. Altrettanto avvenne prima dell'approvazione della legge che introdusse l'omicidio stradale, quando l'allora Presidente del Consiglio rese pubblica una lettera, inviata alla madre della vittima di un incidente automobilistico, nella quale esprimeva l'auspicio e l'impegno ad approvare entro l'anno (era il 2015) la nuova normativa.

fragio colposo sono state evidentemente ritenute prive dell'esercizio di quella stigmatizzazione che la vicenda meritava e si sono invocate – per esigenze di omogeneità – misure più severe, quali quelle previste appunto per l'omicidio stradale. Dunque già la precedente legislatura ha conosciuto diverse proposte di riforma in tema di omicidio nautico, tra le quali quella dall'iter più avanzato è stata l'atto C. 3490, arrivato a fine legislatura alla Camera dei Deputati dopo l'approvazione in Senato nel febbraio 2022 della originaria proposta di legge S. 1402 (Senatori Balboni e altri: “*Introduzione del reato di omicidio nautico e del reato di lesioni personali nautiche*”, presentata in Senato il 9 luglio 2019)³.

Nell'illustrazione della proposta si partiva dall'attualità della vicenda del lago di Garda e si faceva presente un dato interessante, cioè che la versione iniziale del disegno di legge che ha poi introdotto il reato di omicidio stradale comprendeva anche – in quanto legato dalla medesima *ratio legis* – l'omicidio nautico: lo stralcio della parte relativa alla nautica fu dovuto a un imminente riordino del codice della nautica da diporto e si ritenne più opportuno la sua inclusione in quel testo speciale da riformare di lì a poco. Una complessiva e organica riforma del codice della nautica da diporto poi però non ci fu, essendo intervenuti provvedimenti settoriali (anche ampi peraltro) su singoli punti del codice: quanto al piano sanzionatorio il D. lgs. 3 novembre 2017, n. 229 si è limitato a introdurre alcune disposizioni sanzionatorie a proposito della conduzione di unità da diporto sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti, previsioni (artt. 53-*bis*, 53-*ter* e 53-*quater*) che saranno poi richiamate nel testo proposto e non approvato in via definitiva per la fine della legislatura; nessun cenno alla disciplina dell'omicidio stradale dunque né in questo provvedimento né nel D. lgs. 12 novembre 2020, n. 160.

Sul piano normativo – si proseguiva nella illustrazione del progetto di legge della precedente legislatura – l'esigenza è (e rimane) proprio quella di colmare una lacuna, rimediando a una sproporzione tra i beni giuridici messi a repentaglio (vita e integrità fisica) e l'atteggiamento psicologico del reo, ancor più inaccettabile alla luce del quadro sanzionatorio del fenomeno simile dell'omicidio stradale. Si insisteva infine «sul corretto inquadramento dell'approccio psicologico di chi, consapevole della pericolosità della propria condotta, ne accetta il rischio in totale dispregio delle pressoché inevitabili conseguenze della stessa». Da tali premesse partiva dunque la proposta di estendere la disciplina delle norme penali previste per l'omicidio stradale e per le lesioni personali stradali gravi o gravissime anche ai casi in cui la morte o le lesioni fossero determinati da soggetti alla guida di imbarcazioni a motore.

Con la nuova legislatura è stato presentato il 16 novembre 2022, e poi discusso con la procedura abbreviata (art. 81 c. 1 reg. sen.) dei disegni di legge già approvati o esaminati nella precedente legislatura, il progetto oggi divenuto legge. Nelle parole del relatore (sen. Berrino) al Senato si riconferma l'esigenza di colmare una lacuna normativa e di rispettare il principio di uguaglianza (che «impone di trattare fattispecie sostanzialmente identiche in modo identico», così il sen. Balboni in sede di dibattito) e si segnala che la principale modifica apportata in commissione rispetto al testo dei proponenti (e in fondo anche a quello della precedente legislatura) è la sostituzione nella disposizione sulla guida in stato di ebbrezza o di stupefazione del riferimento alle tre categorie (veicolo a motore o natante, imbarcazione o nave), indicate originariamente, con il richiamo alle categorie più ampie delle unità da diporto e segnalandone anche il fondamento legislativo, così da determinare con maggior precisione l'ambito di applicazione della fattispecie di reato: «anche per far sì – così in sede di discussione al Senato (sen. Stefani) – che non vengano esclusi certi tipi di natante, come le moto d'acqua, o magari per far ricomprendere in questo tutte quelle che definiremo con termine tecnico imbarcazioni che possono essere condotte anche senza patente». Ancora sul piano tecnico, si osserva, pur da parte di chi pure era a favore piuttosto di una fattispecie autonoma rispetto a quella stradale (sen. Gelmini), che «oggi nel caso di comportamenti irresponsabili alla guida di un natante è possibile contestare il solo omicidio colposo, ma è troppo debole, soprattutto nell'ottica e in presenza di possibili aggravanti come lo stato d'ebbrezza o l'uso di sostanze stupefacenti. Senza la previsione di uno specifico reato si perderebbe, ad esempio, com'è successo sul lago di Garda, la possibilità di contestare la guida dell'imbarcazione in stato di ebbrezza, ma ancor di più si perderebbero anche elementi di indagini, come quelli sull'accertamento della dinamica dell'incidente o sulla ricerca di elementi utili per la contestazione di aggra-

³ Nella precedente Legislatura risultava presentata alla Camera dei Deputati il 23 giugno 2021 anche la proposta C. 3175 Bordonali ed altri: “*Modifiche al codice penale in materia di introduzione dei delitti di omicidio nautico e lesioni personali nautiche, nonché disposizioni concernenti la condotta da tenere in caso di incidente nautico*” assegnata alle Commissioni riunite Giustizia e Trasporti ma non discussa.

vanti». Nel dibattito emerge poi la necessità, insieme all'intervento penale, di una maggiore formazione (e responsabilizzazione) di chi si pone alla guida, spesso solo occasionalmente⁴, durante le vacanze estive, e non professionalmente. Interessante è inoltre il dato, di rilevanza del fenomeno (sen. Nave), per il quale l'Italia si posiziona all'ottavo posto mondiale per numero di barche possedute: risultano iscritte quasi 100.000 unità da diporto, per un totale di circa 600.000 barche circolanti. Inoltre inizia a palesarsi tra i parlamentari il dubbio – a distanza ormai di qualche anno dall'introduzione dell'omicidio stradale – se davvero la via penale sia sempre e comunque quella decisiva per la soluzione di un problema non solo criminale ma prima sociale, e si individua anche una quota di “populismo penale” (o “panpenalismo”, come nell'intervento del sen. Silvestro) nell'approvazione di quella norma: «soprattutto per cercare di capire perché, nonostante quelle norme e quella penalizzazione, la piaga degli incidenti anche mortali che rientrano in quella fattispecie è ancora purtroppo cronaca quotidiana. Forse lo è perché tutti dobbiamo considerare che non è il solo inasprimento di pene la strada che può definitivamente contrastare un fenomeno diffuso e grave come quello della guida sotto l'effetto di alcol o sostanze stupefacenti e che vede coinvolti molti giovani. Nonostante il reato di omicidio stradale approvato nel 2016, questo fenomeno è ancora troppo spesso al centro delle cronache» (sen. Verini). Ne deriva la necessità – si afferma – di «una grande opera di educazione e prevenzione, che veda protagonisti la scuola, tutti i mezzi di comunicazione, i social e le stesse famiglie» (già in questo senso anche il sen. Silvestro). Conclusioni, queste, condivise dallo stesso proponente (sen. Balboni) per il quale appunto «non è soltanto inasprendo le pene che si risolvono i problemi. Lo ribadisco: c'è un problema di educazione. Bisogna coinvolgere la scuola, il volontariato e la famiglia; per quanto riguarda la nautica, bisogna coinvolgere quella rete fittissima di associazioni nautiche che coprono i nostri 8.000 chilometri di costa». La legge viene dunque approvata in questo primo ramo del Parlamento quasi all'unanimità (140 voti favorevoli e 3 astenuti, nessun contrario, 144 presenti).

La discussione finale alla Camera ricalca i contenuti del dibattito in Senato e nelle commissioni. Il relatore Pellicini, dopo aver evidenziato il grande movimento intorno alla nautica e l'aumento del numero di appassionati, afferma che si impone conseguentemente alle istituzioni «il dovere di favorire la cultura della navigazione responsabile, delle sue regole di condotta, dell'andare per mare, sui laghi, nelle lagune e nei fiumi in totale sicurezza per sé e, soprattutto, per gli altri». Elenca poi i gravi episodi degli ultimi anni con le (inadeguate) sanzioni irrogate, che impongono un inasprimento delle pene sulle linee di quanto avvenuto per l'ipotesi di pari gravità dell'omicidio stradale, con il risultato anche, nell'occasione, di «far diventare centrale il tema della sicurezza». L'intervento del deputato Palombi si concentra sull'esigenza di sensibilizzazione e sul corretto inquadramento dell'approccio psicologico, soffermandosi come tutti sul bisogno di risposta ai tragici incidenti «che hanno portato alla perdita di vite umane a causa dell'imprudenza e della negligenza di taluni sciagurati conducenti di imbarcazioni». Il deputato Casu, pur nella convergenza di fondo, ripropone in aula gli emendamenti, presentati in commissione giustizia, sulla necessità di sanzionare gravemente l'utilizzo di smartphone durante la guida e comunque di introdurre anche per l'omicidio nautico sanzioni specifiche per comportamenti gravemente imprudenti (come già avviene per l'omicidio stradale) e su alcuni punti dubbi riguardanti le unità da diporto dedicate al noleggio. Assolutamente a favore al provvedimento (“un'opera di civiltà”) è l'intervento, articolato e tecnico, della deputata Matone, la quale rileva innanzitutto che l'inesistenza di strumenti normativi ha permesso finora che chi si rende responsabile della morte di un'altra alla guida di un'automobile rischi fino a 18 anni di reclusione, mentre alla guida di un'imbarcazione, sì e no, 6 mesi. La deputata poi, dopo un'analisi del profilo psicologico, evidenzia la peculiarità della disciplina della navigazione, per differenza di contesto, di sorveglianza, di accertamento (basti pensare ai segni di frenata, naturalmente inesistenti in mare). Conclude con un'attenzione particolare alle sanzioni accessorie, da coordinare con il testo finale. Il deputato Chiaria insiste sull'esigenza di colmare il vulnus rilevato da tutti dopo l'approvazione dell'omicidio stradale e ripercorre l'iter legislativo, già iniziato con la precedente legislatura, soffermandosi sui profili riguardanti l'offensività e la

⁴ Così il proponente Balboni, condividendo l'osservazione della senatrice Floridia: «oggi in Italia è possibile condurre per mare un'imbarcazione fino a 40 cavalli senza patente nautica, senza nemmeno un giorno di formazione, magari andando a noleggiarla in una delle tante darsene per una sola giornata. Tuttavia, un motore marino, un fuoribordo di 40 cavalli corrisponde a un'autovettura con una cilindrata di 1.800 centimetri cubici: qualcuno si sognerebbe mai di far guidare un'autovettura non di cilindrata di 1.800 centimetri cubici, ma anche di 900 o di 500 centimetri cubici, o anche semplicemente un motociclo? Qualcuno si sognerebbe mai di mettere in mano uno strumento di questo genere a chi non ha nemmeno un giorno di formazione, non ha una patente e nemmeno un patentino?».

tassatività, concludendo a favore di una regolamentazione rigida e proporzionata, «al fine di bilanciare correttamente i beni che rischiano di essere lesi e l'atteggiamento psicologico del reo». Infine nella seduta del 20 settembre 2023, dopo le dichiarazioni di voto, la proposta viene approvata e diviene legge con 288 voti favorevoli e un contrario⁵.

1.

La figura di riferimento: l'omicidio stradale.

1.1.

La caratterizzazione dell'omicidio colposo in forme settoriali e specifiche.

Già da tempo la peculiarità delle regole cautelari la cui violazione dà luogo all'evento mortale ha portato a una caratterizzazione dell'omicidio colposo in forme settoriali e specifiche, talora anche con un inquadramento normativo autonomo⁶. Alla tendenza della dottrina a ricostruire l'omicidio colposo per figure tipiche per ambiti di materia connotati da problemi e argomenti ricorrenti, si è accompagnato infatti un corrispondente atteggiamento legislativo i cui prodromi sono ravvisabili già nell'introduzione nel 1996 della circostanza aggravante a effetto speciale quando il fatto di omicidio fosse commesso "con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro". L'evoluzione legislativa ha portato alla creazione di vere e proprie figure autonome di omicidio colposo, con l'introduzione nel 2016 dell'*omicidio stradale* (art. 589-bis c.p.) e nel 2017 della *responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario* (art. 590-sexies). Dunque oggi i tre macrosettori tipici della responsabilità colposa (circolazione stradale, attività sanitaria, infortuni e malattie professionali) contemplano una disciplina dedicata, sia per motivazioni politico-criminali, soprattutto per l'omicidio stradale sul quale si è concentrata particolarmente l'attenzione dell'opinione pubblica e conseguentemente del mondo politico e del Parlamento, sia per motivazioni tecniche, quanto particolarmente all'attività medica data la peculiarità delle regole cautelari (e della loro formazione) e i diversi gradi e profili di responsabilità; è invece rimasto quale circostanza aggravante il fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, un settore sul quale peraltro la pronuncia sul caso Thyssen ha consentito di districare accuratamente i principali nodi problematici. Anche per quest'ultimo ambito è presente comunque in Parlamento una proposta di legge per la creazione di una autonoma fattispecie, il c.d. "*omicidio sul lavoro*"⁷.

Sul solco tracciato dalla enucleazione della fattispecie di omicidio stradale si è inserita anche la discussione sul c.d. *omicidio nautico*, quando cioè l'evento mortale (o lesivo) si verifica non sulle strade ma sulle acque, in relazione alla navigazione in mare, laghi o fiumi. Per valutare criticamente le ragioni dell'estensione della disciplina dell'omicidio stradale all'omicidio nautico è necessario prima illustrare la normativa introdotta nel 2016, con un breve bilancio della sua resa, tra teoria e pratica.

1.2.

La percezione sociale della responsabilità stradale e della insufficienza della risposta sanzionatoria.

Tradizionale campo di applicazione della responsabilità per colpa, la circolazione stradale a lungo ha vissuto nell'indifferenza mediatica e normativa, per lo scarso disvalore sociale attribuito agli eventi (anche lesivi o mortali) stradali, forse anche per la spiegazione criminologica

⁵ Cfr. il *Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 165 di mercoledì 20 settembre 2023*, XIX Legislatura, sul sito web *camera.it*.

⁶ Per un quadro esauriente, MASERA (2021), pp. 1125 ss.

⁷ L'introduzione del reato di "*omicidio sul lavoro*" è prevista nella proposta di legge (C. 613) di iniziativa del deputato Chiara Braga - presentata alla Camera il 22 novembre 2022 - contenente "*Modifiche al codice penale concernenti l'introduzione dei reati di omicidio e di lesioni personali gravi o gravissime commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali*". Nelle dichiarazioni sulla stampa, la tragedia di Brandizzo, nella notte tra il 30 e il 31 agosto 2023, sulla linea ferroviaria Torino-Milano, con la morte di cinque operai, rende ancora più urgente l'approvazione della proposta di legge, in un Paese come l'Italia dove i morti sul (e di) lavoro sono da anni e anni una media di 3 al giorno, e i feriti, dei quali non si parla mai, sono uno al minuto. Nel caso specifico la Procura di Ivrea indaga per disastro ferroviario colposo e omicidio colposo plurimo.

della tendenziale identificazione (del comune cittadino) con il contravventore delle regole cautelari piuttosto che con la vittima, comunque senza quella stigmatizzazione sociale e culturale che altre forme di devianza hanno invece meritato⁸. Eppure già era evidente la gravità del fenomeno, ben evidenziata nelle parole di Ferrando Mantovani: «ogni giorno si combatte sulle strade del mondo una guerra sempre più cruenta». L'incidente stradale viene attribuito per l'80-90% dei casi alla colpa dell'uomo, come causa unica o come concausa insieme ad altri fattori, quali le condizioni del veicolo, i fenomeni ambientali, una legislazione stradale inadeguata⁹.

Negli anni la percezione sociale è mutata, per la gravità delle violazioni e degli incidenti, che spesso si accompagnano causalmente con lo stato di intossicazione da alcol o stupefacenti degli autori (si pensi alle c.d. stragi del sabato sera). Per avere un'idea ancora oggi del fenomeno, secondo le indagini Istat relative al 2022¹⁰, primo anno di netta ripresa della mobilità dopo il covid, sono 3.159 i morti in incidenti stradali in Italia (+9,9% rispetto all'anno precedente), 223.475 i feriti (+9,2%) e 165.889 gli incidenti stradali (+9,2%), valori tutti in crescita rispetto al 2021 ma ancora in diminuzione nel confronto con il 2019 per incidenti e feriti (rispettivamente -3,7% e -7,4%). Gli incidenti stradali, le vittime e i feriti aumentano in tutti gli ambiti stradali rispetto al 2021, ma rimangono ancora al di sotto dei livelli pre-pandemia, a esclusione delle vittime su strade urbane. I conducenti controllati con etilometri e precursori sono stati 327.443 di cui 9.371 denunciati per guida in stato di ebbrezza, mentre quelli denunciati per guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti sono stati 798. Tra i comportamenti errati alla guida si confermano come più frequenti la distrazione, il mancato rispetto della precedenza e la velocità troppo elevata. Ogni milione di abitanti si contano 46 morti per incidente stradale nella Ue27 e 54 nel nostro Paese, che passa dal 13° al 19° posto della graduatoria europea. Sono dati ancora terribili: gli incidenti stradali rappresentano la prima causa di morte per i giovani dai 15 ai 24 anni. Eppure il fenomeno degli incidenti stradali non riesce a incidere nell'immaginario collettivo: o meglio, incide nella richiesta di sanzioni maggiori nei confronti degli autori ma non sviluppa – questo purtroppo è il nodo essenziale e preoccupante – comportamenti alternativi e virtuosi.

Proprio le forti spinte in senso repressivo dell'opinione pubblica e dei media, insieme al comprensibile dolore dei familiari delle vittime (anche costituiti in associazioni), hanno contribuito ad alimentare un indirizzo giurisprudenziale più rigido che – in uno con la rinnovata vitalità del dolo eventuale alla fine degli anni novanta (contagio da Aids e lancio dei sassi dal cavalcavia ne sono state le occasioni di riemersione) – ha portato a ipotizzare e applicare le fattispecie dolose di omicidio e di lesioni nella criminalità stradale¹¹. È stata qui decisiva la plasmabilità concettuale del dolo eventuale, che ne ha consentito uno sviluppo politico-criminale nel senso della *maggiore stigmatizzazione* (rispetto alla colpa, anche grave) legata alla responsabilità dolosa (propria dell'omicidio volontario ex art. 575 c.p.) e in direzione di una (forse illusoria) *superiore carica generalpreventiva*. Queste due istanze politico-criminali, che in realtà stanno alla base anche dell'introduzione della fattispecie di omicidio nautico, hanno potuto ricevere risposta nel *dolo eventuale solo in casi gravissimi* di guida spericolata, trovando un limite invalicabile nello stesso (irriducibile) contenuto volitivo del dolo eventuale e negli indicatori per il suo accertamento, tra i quali decisiva l'applicazione della prima formula di Frank¹².

Pertanto, da un lato *l'insufficiente carica di riprovazione delle sanzioni per l'omicidio colposo* e dall'altro *la difficoltà tecnica di attribuzione del dolo eventuale* hanno portato alla creazione di

⁸ Sul punto RECCIA (2014), pp. 1 ss.

⁹ MANTOVANI F. (2020), p. 675.

¹⁰ Cfr. il *Comunicato stampa ISTAT, Incidenti stradali in Italia. Anno 2022*, sul sito web *istat.it*.

¹¹ Vedi già VIGANÒ (2005), pp. 73 ss. e FIANDACA (2009), pp. 414 ss. Sulla condizione di ubriachezza, sui riflessi sul dolo e sugli indicatori di esso, DEMURO (2016), pp. 942 ss.

¹² Le c.d. due formule di FRANK (1890), pp. 210 ss., ideate alla fine dell'Ottocento dal penalista tedesco per distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente recitano: **I** - accertare se l'agente, qualora avesse previsto come sicuro il verificarsi dell'evento, avrebbe agito ugualmente (dolo eventuale) o si sarebbe astenuto dall'azione (colpa cosciente); **II** - sussiste il dolo eventuale se l'agente si è detto: le cose possono stare o andare in questo modo o altrimenti, in ogni caso io agisco. Combinando le due formule può dirsi che il dolo eventuale si ha quando l'agente è determinato ad agire 'costi quel che costi', ossia a qualunque costo.

Difficilmente regge dunque il dolo (eventuale) rispondendo al quesito della prima formula di Frank, se cioè l'agente avrebbe agito ugualmente ove si fosse rappresentato l'evento come certo e non solo come possibile: e infatti non ha retto nel caso Thyssen e non regge regolarmente in tema di responsabilità negli incidenti stradali. Quale indicatore negativo del dolo infatti già ROXIN (1964), pp. 53 ss., negli anni sessanta portava un esempio riguardante proprio la circolazione stradale: chi, nonostante il divieto, sorpassa in modo rischioso e provoca un incidente, versa in colpa e non in dolo, sebbene conosca la pericolosità della situazione e ne sia avvertito. Questo perché l'automobilista in una tale situazione confida normalmente nel fatto di potere evitare l'evento attraverso la sua abilità: se così non fosse, egli rinuncerebbe al sorpasso, perché sarebbe la prima vittima del suo fare.

una nuova figura di omicidio si colposo ma con profili autonomi e peculiari e soprattutto con nuove e più severe sanzioni, che superano la tecnica delle aggravanti con le quali a partire dal 1966 era stata trattata la specifica ipotesi di aver commesso il fatto di omicidio (colposo) con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale.

1.3.

La legge 23 marzo 2016 n. 43: l'omicidio stradale (art. 589-bis c.p.).

La fattispecie autonoma – alla quale hanno sempre guardato le proposte legislative in tema di c.d. omicidio nautico fino all'approvazione dell'ultima in esame – è quella dell'*omicidio stradale* di cui all'art. 589-bis c.p. introdotta con la legge 23 marzo 2016 n. 41, con una impostazione base che trova poi applicazione anche in tema di lesioni personali colpose. Ne elenchiamo le caratteristiche (semplificando la tecnica dei richiami che rende i diversi commi assai complicati)¹³, con lo sguardo già rivolto alla sua compatibilità con l'omicidio e le lesioni che avvengono anziché sulle strade nella navigazione in mare, nei laghi e nei fiumi.

La circostanza aggravante (prima prevista nel secondo comma dell'art. 589 c.p.) dell'aver commesso il fatto di omicidio (colposo) con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale rappresenta ora il contenuto (il fatto tipico) della autonoma fattispecie di omicidio stradale di cui al primo comma dell'art. 589-bis c.p., punita sempre con la reclusione da 2 a 7 anni.

È punito con la reclusione da 8 a 12 anni l'omicidio stradale (colposo, qui come prima e in seguito) commesso da conducenti un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica grave (tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro) o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope; se si tratta di conducenti professionali, per l'applicazione della stessa pena è sufficiente essere in stato di ebbrezza alcolica media (tasso alcolemico compreso tra 0,8 e 1,5 grammi per litro).

La reclusione da 5 a 10 anni è prevista per l'omicidio stradale commesso da conducenti di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica media, autori di specifiche gravi violazioni di regole cautelari: superamento di limiti di velocità, attraversamento di incroci con semaforo rosso, circolazione contromano, inversione di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi, sorpassi azzardati.

La pena è diminuita fino alla metà quando l'omicidio stradale, pur cagionato dalle condotte imprudenti descritte, non sia conseguenza esclusiva dell'azione od omissione del colpevole.

La pena è aumentata (ordinariamente e dunque fino a un terzo) se l'autore del reato non ha conseguito la patente (o ha la patente sospesa o revocata) o non ha assicurato il proprio veicolo a motore.

È poi previsto un aumento di pena nel caso in cui il conducente provochi la morte di più persone ovvero la morte di una o più persone e le lesioni di una o più persone. Anche qui si applica il cumulo giuridico, cioè la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, con il limite massimo però di 18 anni.

È stabilita una specifica circostanza aggravante (pena aumentata da 1/3 a 2/3 e comunque non inferiore a 5 anni) nel caso in cui il conducente, autore dell'omicidio stradale, si sia dato alla fuga (art. 589-ter).

Sono poi previste disposizioni apposite e anche qui autonome per le lesioni personali stradali (art. 590-bis) speculari rispetto all'omicidio stradale dell'art. 589-bis.

Il quadro normativo si completa con altre modifiche al codice penale – sempre in termini più severi rispetto all'ordinario – riguardanti il computo delle circostanze¹⁴ e i termini di prescrizione; seguono ancora modifiche al codice di procedura penale in materia di operazioni peritali e di prelievo coattivo di campioni biologici, di arresto obbligatorio e facoltativo in flagranza, di proroga delle indagini preliminari e di rinvio a giudizio; infine sono previste

¹³ Per efficaci ed esaurienti descrizioni, poco prima dell'approvazione, MANTOVANI M. (2015) e immediatamente dopo la riforma, LOSAPPIO (2016), specie pp. 13 ss.; AMBROSETTI (2016), pp. 1785 ss.; ROLATI (2016), pp. 7 ss.; D'AURIA (2016), pp. 432 ss.; MENGhini (2016); MASSARO (2016), pp. 7 ss.; NOTARO (2016), 2 ss.; SQUILLACI (2016), pp. 5 ss.; PAVICH (2016), pp. 2309 ss.; MONTAGNI (2021), pp. 1214 ss. Per un'analisi critica dopo le prime esperienze applicative, D'AMICO (2019) e DI LELLO FINUOLI (2019), pp. 1383 ss., e già in prospettiva di riforma, NAPPI (2020), pp. 216 ss. Recentemente, l'approfondimento di VENEZIANI (2021), pp. 841 ss.

¹⁴ A proposito della legittimità costituzionale dell'esclusione dalla comparazione con eventuali attenuanti di alcune circostanze aggravanti specifiche e qualificate previste dalla nuova normativa in tema di omicidio e lesioni stradali, Corte cost., 17 aprile 2019, n. 88, in www.cortecostituzionale.it; vedine un commento di LEO (2019).

sanzioni accessorie in vario modo riguardanti la patente di guida¹⁵.

2.

Le istanze politico-criminali a fondamento dell'omicidio nautico.

Sul piano politico-criminale l'introduzione dell'omicidio nautico attraverso l'estensione della disciplina di quello stradale segue lo *stesso percorso motivazionale*, con l'aggiunta – decisiva – dell'adeguamento a istanze di uguaglianza e medesima *ratio*.

I due fenomeni *non sono però proprio identici*, quanto a rilevanza concreta e normativa di premessa e contorno.

Se dovessimo considerare innanzitutto la rilevanza pratica del fenomeno, viene da osservare immediatamente che le statistiche sugli incidenti nautici non sono ricavabili con la medesima facilità di quelle stradali, sia per la varietà dei mezzi di navigazione sia per quella del contesto nel quale gli incidenti si verificano. Esiste comunque un impegnativo e significativo studio relativo all'Italia, pubblicato nel 2020 e relativo agli anni 2010-2019, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti contenente un *Rapporto sui sinistri marittimi e sugli infortuni a bordo delle navi o unità navali*¹⁶: esso comprende però sotto la voce incidenti sia i sinistri marittimi derivanti da caso fortuito (si pensi agli eventi atmosferici come le tempeste in mare) sia i sinistri verificatisi all'interno delle navi per i più vari motivi (es. infortuni sul lavoro). Per avere contezza comunque del fenomeno nel 2019 si sono verificati 289 sinistri (di cui 62 collisioni e 60 urti), con 367 navi coinvolte e con 22 di esse perdute, con 8 persone morte e 36 feriti. Interessante il dato causale relativo al fattore umano, "inteso come il complesso dei fattori (*slips, lapses, mistakes*) riconducibili alla *errabilità* dell'essere umano", nella responsabilità dei sinistri marittimi, che arriva al 43,07% nel decennio 2010-2019.

Non vi è però sempre stretta consequenzialità tra realtà del fenomeno e formazione di una pubblica opinione, che spesso anzi si estremizza secondo meccanismi di reazione (psico) sociale non facilmente esplorabili e controllabili. Dunque non è solo e tanto la consistenza numerica (enormemente inferiore quanto all'omicidio nautico rispetto a quello stradale) a suggerire e dettare le scelte quanto piuttosto la *percezione* sociale del fenomeno, percezione talora indotta e comunque in grado di enfatizzare in particolare l'ansia di prevenzione (e di repressione)¹⁷. La conseguenza (e in fondo l'insegnamento) è quella messa in rilievo già da tempo dalla dottrina penalistica: con la prevenzione quale paradigma penale dominante risulta sempre più difficile assicurare i principi di *proporzione* e di *eguaglianza* (ragionevolezza)¹⁸, sia dal punto di vista della struttura della fattispecie, della sua coerenza interna ed esterna, che da quello puramente sanzionatorio.

Così è già accaduto per la stessa circolazione stradale, dove in realtà i numeri dei decessi per incidente stradale dal 2001 in poi avevano già iniziato a calare, passando dai 7.096 del 2001 ai 3.860 del 2011 (dati Istat), in anni dunque immediatamente precedenti all'approvazione dell'omicidio stradale, un po' per le campagne di sensibilizzazione e molto anche per i nuovi dispositivi di sicurezza di cui le automobili sono dotate: eppure la mediatizzazione di alcuni episodi particolarmente gravi ha mutato l'approccio della comunicazione su questo tema

¹⁵ Vedi però – quale segnale di scarsa coerenza legislativa – la quasi (totale) contemporanea depenalizzazione all'inizio del 2016 (art. 1 del d. lgs. n. 8 del 2016) del reato di guida senza patente (art. 116 del codice della strada). Fortemente critico, oltre che in generale sulla riforma, su tale contraddizione politico-criminale, LOSAPPIO (2016), p. 12 e nt. 39.

¹⁶ *Rapporto sui sinistri marittimi - Anno 2019*, disponibile sul sito web *mit.gov.it*. Interessanti anche i dati di Emsa (*European Maritime Safety Agency*), pubblicati nel report *EMSA Facts and Figures 2021* sul sito web *emsa.europa.eu*. Ci sono poi studi redatti dalle compagnie assicuratrici a livello globale, visto che il trasporto marittimo provvede al 90% del commercio mondiale. Qui ogni anno AGCS per esempio analizza le perdite e i sinistri (incidenti) di navigazione che coinvolgono navi di oltre 100 tonnellate lorde. Nel 2022 sono state riportate 38 perdite totali a livello globale, rispetto alle 59 dell'anno precedente. Ciò rappresenta un calo del 65% in 10 anni (109 nel 2013). Si tratta di un dato che riguarda poco l'Italia, visto che la maggior parte di perdite si ha tra Cina meridionale, Indocina, Filippine e Indonesia. Fenomeno in grande diminuzione: trent'anni fa, la flotta mondiale perdeva oltre 200 imbarcazioni all'anno. Secondo il rapporto, ci sono state più di 800 perdite totali negli ultimi dieci anni. Mentre le perdite totali sono diminuite nell'ultimo anno, il numero di sinistri o incidenti marittimi (naufragi, incendi o collisioni) segnalati è rimasto costante (3032 nel 2022 rispetto ai 3000 del 2021).

¹⁷ Tematica di straordinaria complessità, a partire dagli studi sulla comunicazione di Habermas e Luhmann. In generale sul tema, PALIERO (2006), pp. 467 ss. L'Autore pone come dati di fatto (470) l'assoluta centralità dei media nella società moderna e la consapevolezza che il loro compito non è la pedissequa riproduzione della verità, e si prefigge l'obiettivo di indagare le ragioni per le quali i mass-media rappresentano, o piuttosto "costruiscono", una certa realtà e ne vaglia le conseguenze che ne derivano rispetto al sistema penale. Vedi anche DONINI (2008), pp. 3558 ss. e specificamente in tema di colpa CASTRONOVO (2009), p. 66.

¹⁸ Sul contesto sociale nel quale trova origine questa tendenza legislativa spiccatamente preventiva, PRITZWITZ (1993); vedi anche BECK (2007).

creando una nuova terminologia (“omicidio stradale”, “stragi del sabato sera”¹⁹) e investendo lo stesso legislatore²⁰. I meccanismi comunicativi che portano a una tale percezione sono stati individuati nella sostanziale sfiducia nel complesso sistema sanzionatorio, giacché le misure di lotta alla pena detentiva breve (motivate dall’essere questa dotata più di forza criminogena che risocializzatrice) vengono intese piuttosto come pene inattuata, come una sorta di inaccettabile impunità²¹.

A ciò si aggiunge – sempre a livello di percezione – la già accennata insufficiente stigmatizzazione derivante dal riconoscimento della colpa quale criterio di imputazione soggettiva, “suonando” all’opinione pubblica ben più appagante la contestazione dell’omicidio volontario: salvo poi accontentarsi – con l’introduzione della nuova fattispecie dell’art. 589-*bis* – di una *figura ibrida*²², con un *fatto-base tipico colposo* e con *aggravanti volontarie*, soprattutto però *con pene elevate* (da tipo “*quasi-doloso*”) e con il *diverso nome* di “omicidio stradale” e ora anche di “omicidio nautico”.

Quanto all’efficacia dell’innovazione, i dati post-riforma relativi all’omicidio stradale non divergono essenzialmente dal *trend* del periodo precedente e su di essi hanno influito principalmente le normative inerenti alla costruzione dei veicoli, i presidi di sicurezza e l’apparato sanzionatorio amministrativo²³. Recenti proposte di intervento sul Codice della strada (con un disegno di legge annunciato nel Consiglio dei Ministri del 27 giugno 2023) promettono anzi maggiore incisività rispetto al solito aumento delle pene: il disegno di legge prevede un rafforzamento delle misure di contrasto alla guida sotto l’effetto di alcool e droghe, restrizioni alla guida di veicoli di alta cilindrata per i neo patentati, nuove norme sui monopattini, misure a tutela dei ciclisti, severe sanzioni per la guida contromano e per l’eccesso di velocità²⁴. Dopo il passaggio in Conferenza Unificata, nella quale era stato chiesto in particolare di inasprire le sanzioni per l’utilizzo del cellulare durante la guida e per l’eccesso di velocità, il provvedimento è stato conseguentemente adeguato dal Consiglio dei Ministri il 18 settembre 2023²⁵ e il disegno di legge (che introduce interventi in materia di sicurezza stradale e delega per la revisione del codice della strada) inizia ora l’iter parlamentare. A tal proposito, fin d’ora sarebbe bene, per evitare una rincorsa come quella avvenuta per l’omicidio nautico rispetto a quello stradale, che sia prevista da subito l’estensione delle misure compatibili (almeno delle misure di contrasto alla guida sotto l’effetto di alcool e droghe e sull’utilizzo del cellulare) anche alla circolazione nautica.

L’esperienza che lascia l’omicidio stradale all’omicidio nautico è quella (prevista e prevedibile e in fondo voluta) della *sopravalutazione simbolica del diritto penale* quale strumento risolutivo. Intervenire penalmente significa sempre spostare fragili equilibri, a maggior ragione quando (la soluzione e) l’esito prospettato è la pena detentiva, che non è in grado di lanciare alcun messaggio rivolto al futuro (se non quello, opinabile e spesso illusorio, deterrente²⁶), anziché fare ricorso a una *strategia sanzionatoria diversificata*, fatta di pene alternative o di sanzioni interdittive, prescrittive, riparative, ablative, ingiunzionali, pure utilizzate in altri sistemi stranieri e dotate di maggiore efficacia ed effettività: per favorire ciò che davvero è indispensabile, cioè un mutamento culturale, che unitamente all’intensificazione dei controlli sulle strade, «porterebbe all’adozione di una vera politica della sicurezza stradale»²⁷.

Si tratterebbe insomma – in una visione più generale e prima di nuovi e continui interventi monotematici dal punto di vista sanzionatorio – di *ripensare le modalità della risposta* editale ai reati delineando strategie preventive meno simboliche e più efficaci rispetto a quelle tipiche

¹⁹ Proprio con riferimento alle c.d. stragi del sabato sera si tratta di (tragiche) vicende risalenti nel tempo e con *trend* in diminuzione. Vengono alla mente i sabati sera degli anni ’80 e ’90, con le “mamme antirock” che sfidavano i locali notturni facendoli chiudere alle due del mattino anziché alle quattro: all’epoca la strage del sabato sera era già un fenomeno ben preciso, con auto di giovani che si schiantavano contro muri, alberi, altri veicoli, per le solite cause (alcool, stanchezza, velocità). Quanto al trend nel 2000 le vittime nelle due notti del fine settimana erano 917, nel 2011 nelle notti del venerdì e del sabato erano già scese a 421. Singolare il dato fornito dall’Anaps per il quale la presenza di alcool o droga è stata accertata solo nell’11% degli incidenti gravi.

²⁰ LOSAPPIO (2016), p. 5, anche per l’illustrazione di alcuni fatti con ampia eco mediatica e della relativa evoluzione giurisprudenziale.

²¹ ROIATI (2016), p. 2. Sul punto anche LATTANZI (2014), p. 1988.

²² Sul “tipo” soggettivo, tra colpa e dolo, che risulta dalla modifica legislativa, PIERGALLINI (2019), pp. 1207 ss. VENEZIANI (2021), p. 843, parla di «un modello “ibrido”, in cui il fatto, tipizzato come colposo, viene sostanzialmente punito come se fosse “ben più che colposo” (o “quasi doloso”), in forza di una valenza eccessiva assegnata al disvalore della condotta».

²³ DI LELLO FINUOLI (2019), pp. 1385 ss.

²⁴ *Codice della strada: approvate in CdM nuove norme per migliorare la sicurezza stradale*, 27 giugno 2023, sul sito web *mit.gov.it*.

²⁵ *Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 50*, 18 Settembre 2023, sul sito web *governo.it*.

²⁶ Per analoghi interrogativi, AMBROSETTI (2016), p. 1792, e D’AURIA (2016), pp. 439 ss.

²⁷ ROIATI (2016), p. 19. Vedi anche ADDANTE (2017), pp. 31-32.

del diritto penale tradizionale, non trascurando che i sistemi penali contemporanei si servono di *strumenti sanzionatori a diverso grado di invasività*: fermo lo stigma della condanna e dello stesso percorso giudiziale, è evidente che una certa flessibilità del sistema va tenuta in conto nel tracciare le effettive dimensioni dell'intervento penalistico, anche per meglio tutelare e quando possibile reintegrare (o comunque riparare) il bene giuridico tutelato e l'interesse particolare (quello della vittima) coinvolto nella vicenda concreta²⁸. Nel definire limiti e contenuto dell'intervento penale andrebbe poi tenuto in debito conto la *peculiarità del delinquente per colpa*, sul quale si sta e dovrebbe accentuarsi sempre più l'interesse delle scienze criminali²⁹, non foss'altro anche perché l'espansione del reato colposo – è stato detto³⁰ – è il prodotto della normalizzazione del diritto penale sul piano criminologico e di direzione dei precetti cautelari. In questo senso *la colpa riguarda tutti*, assai più del dolo.

Nonostante le riserve e gli ammonimenti della dottrina penalistica si avviò comunque il percorso per l'introduzione dell'omicidio stradale ed è significativo che in una delle prime proposte di legge di iniziativa popolare³¹ si pongano quali premesse e obiettivi – quasi alla lettera – le medesime che è dato leggere nella presentazione del progetto di legge relativo all'omicidio nautico recentemente approvato: a) colmare «una vera e propria lacuna normativa inaccettabile perché non rispondente a criteri di proporzionalità tra i beni che si mettono a repentaglio (vita e integrità fisica) e l'atteggiamento psicologico del reo»; b) «intervenire non solo sull'entità della pena, ma anche e soprattutto sul corretto inquadramento dell'approccio psicologico di chi, consapevole della pericolosità della propria condotta, ne accetta il rischio in totale dispregio delle pressoché inevitabili conseguenze della stessa». Una descrizione, questa dell'«approccio psicologico», che pare peraltro avvicinarsi piuttosto al dolo eventuale che alla colpa con previsione.

Nel solco tracciato dall'omicidio stradale, la nuova figura dell'omicidio nautico contribuisce poi a quel processo di *differenziazione della risposta penale* agli eventi lesivi e mortali colposi, approfondendo ancor di più un quadro che oggi sottrae alla norma base dell'art. 589 comma 1 c.p. le ipotesi – responsabilità professionale, infortuni sul lavoro e circolazione stradale – di maggiore frequenza applicativa³². L'innovazione legislativa sulla circolazione nautica è l'ennesima riforma che prende le mosse dalla necessità di ovviare a vuoti di tutela determinati in realtà dalla (ritenuta) scarsa effettività sanzionatoria: tale «spirito» politico-criminale ha dato luogo al ritaglio normativo di *microsistemi a efficacia settoriale*, che certamente danno risposta a istanze particolari, ma generano un diritto penale differenziato, quasi sempre contrastante – si è osservato – con il canone della ragionevolezza e con il principio di proporzione tra illecito e sanzione³³.

Invece proprio ragionevolezza e proporzione – evidentemente intese in un senso particolaristico e non di sistema, quasi che ogni norma vivesse da sola e non accanto a tutte le altre³⁴ – figurano tra le motivazioni dell'introduzione prima dell'omicidio stradale e ora dell'omicidio

²⁸ Si rimanda sul punto a DEMURO (2013), specie p. 1662. Per essenziali riferimenti, ROMANO (2008), p. 993, EUSEBI, (2009), pp. 4952 ss. In termini critici e realistici sulla politica criminale di questo periodo storico, STORTONI (2019), pp. 379 ss.

²⁹ Lo segnalava già da tempo MANTOVANI F. (2020), p. 675, il quale riferisce come la predisposizione a trasgredire le norme stradali sia determinata fondamentalmente: a) da cause psicosomatiche, quale innanzitutto la carenza di intelligenza e la conseguente limitata capacità di previsione; b) da fattori caratteriali, quali l'aggressività, l'asocialità e la tendenza comportamenti devianti; c) dalla trasmissione subculturale dei comportamenti stradali scorretti. Incide poi certamente una disapprovazione sociale non adeguata alla pure avvertita pericolosità delle infrazioni sociali. Per alcuni richiami criminologici, PISTILLI (2019), pp. 1 ss. e RECCIA (2014), p. 3.

³⁰ DONINI (2021), p. IX. La monografia di FORTI (1990), p. 1, inizia con la seguente citazione di K.A. HALL, *Fabrlässigkeit im Vorsatz*, Marburg 1959, p. 13: «Non la chiarezza del dolo, ma la semioscurità della colpa è la forma di comportamento che si addice alla problematica esistenza dell'uomo. L'uomo è un essere colposo».

³¹ Vedine la citazione in LOSAPPIO (2016), p. 10.

³² «Dai crimina culposa al tot crimina tot culpa», così sintetizza LOSAPPIO (2016), p. 11. Sulle diverse tipologie di colpa, GIUNTA (2018), pp. 569 ss.

³³ ROLATI (2016), p. 3.

³⁴ Per ben intendere la differenza e il rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza della pena, vedi la recente analisi di VIGANÒ (2021), pp. 233 ss. Nella difficile (ma necessaria anche qui, vista la facilità con la quale si parla di tali principi) sintesi dell'argomento, la ragionevolezza ingloba innanzitutto il divieto di irragionevoli disparità di trattamento tra situazioni uguali: tale livello minimale fondato sull'art. 3 Cost. è costruito sul modello triadico del confronto tra la disposizione censurata e quella diversa assunta come *tertium comparationis* e conosce successivi ampliamenti. Il giudizio di proporzionalità della pena è invece saldamente fondato non solo sull'art. 3 Cost. – sede naturale del principio di ragionevolezza – ma anche sul combinato disposto degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., talvolta alla luce di ulteriori parametri (es. la libertà personale ex art. 13 Cost.): secondo la più chiara distinzione interna alla *proporzionalità*, in una prima visione (*comparativa*) essa significa coerenza tra le scelte sanzionatorie del legislatore, da un punto di vista interno alla legislazione penale ordinaria; in un'altra accezione (*proporzionalità intrinseca*), essa mira alla compatibilità delle scelte del legislatore con valori e finalità di rango superprimario (diverse da quelle di cui si fa carico il principio di ragionevolezza). Su tale distinzione, nella dottrina penalistica PALAZZO (2017), pp. 323 ss. Cfr., sempre su ragionevolezza e proporzionalità, CARTABIA (2013), pp. 463 ss., e MANES (2019), pp. 173 ss.

nautico: si insiste molto sull'esigenza di proporzionalità tra illecito e sanzione, tra atteggiamento psicologico e risposta sanzionatoria, quasi a voler far pensare a una forma diversa di colpevolezza diversa dal dolo e dalla colpa ma non esistente nel nostro ordinamento, e rapportando le sanzioni per questa *grave "sconsideratezza"* (che non può che essere una colpa grave) a un livello tale da avvicinare quelle previste per la preterintenzione (che invece è davvero dolo misto a colpa)³⁵.

Si sottovaluta dunque che la creazione di imputazioni differenziate e settoriali rischia di divenire *un processo senza fine*, dato che ogni norma vive in un sistema e si creano inevitabilmente sperequazioni con situazioni simili e non dotate magari (al momento) della medesima forza mediatica. Per rimanere nel campo della navigazione – ed estremizzando data la scarsa frequenza del fenomeno – si è per esempio dimenticato che *anche la circolazione aerea* e non solo quella marittima meriterebbe la medesima considerazione ricorrendo la medesima *ratio*; volendo poi rimanere nell'attualità dell'omicidio stradale e all'aggravamento di pena (non ripetuto al momento per l'omicidio nautico) dipendente dalla violazione di specifiche regole cautelari, certamente tra poco si rifletterà³⁶, anzi lo si sta facendo, sull'incoerenza di prevedere l'inversione di marcia in prossimità o in corrispondenza di incroci e non anche l'utilizzo durante la guida di cellulari, magari scrivendo messaggi di testo o whatsapp³⁷; e infine per allargare il campo e dimostrare ulteriormente il rischio di collisione con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza si pensi a un grave errore che provochi un infortunio mortale sul lavoro, grave magari quanto uno occorso nella circolazione stradale, che riceverà però a parità di gravità un trattamento diverso solo per essere (tale grave errore) intervenuto in un diverso settore³⁸.

A finire snaturato risulta oggi pertanto lo stesso *principio di frammentarietà*³⁹, che dalla sua originaria impronta liberale quale ulteriore proiezione della concezione del diritto penale come *ultima ratio*⁴⁰, viene invece così declinato dal legislatore *sul piano non qualitativo ma quantitativo*, come mera tecnica casistica, utile a coprire ogni percepita necessità preventiva o repressiva, contribuendo in tal modo indiscriminatamente a quella sorta di elefantiasi della legislazione penale di cui gli artt. 589-*bis* e 590-*bis* costituiscono solo uno degli ultimi (e frequenti) esempi.

3. Incidenti in mare: il quadro normativo vigente.

3.1. Le regole cautelari.

Le regole cautelari la cui inosservanza dà luogo all'omicidio nautico sono già originariamente sanzionate amministrativamente o penalmente, come accade anche rispetto alle disposizioni del codice della strada o alla normativa antinfortunistica.

Con riferimento all'ordinamento interno e nella prospettiva di un sistema progressivo di tutela, che parta cioè dall'arginare il rischio di offesa al bene giuridico per poi passare dal pericolo al danno all'interesse protetto, vengono immediatamente in considerazione le misure preventive sanzionate amministrativamente, specie per la guida in stato di ebbrezza, previste negli

³⁵ Sul punto D'AMICO (2019), p. 94. Per i vari profili di ragionevolezza messi in tensione dalla legge 23 marzo 2016, n. 41, introduttiva dell'omicidio stradale, in particolare MATTHEUDAKIS (2017). Quanto invece alla violazione del principio di proporzione tra gravità del fatto e sanzione, MENGHINI (2016), pp. 173 ss.

³⁶ La dottrina lo ha fatto dal primo momento: MASSARO (2016), p. 5.

³⁷ Si è osservato che per comporre un numero di telefono (o cercare un nome sulla rubrica) occorrono almeno 7 secondi, in cui si distolgono gli occhi dalla strada; a 50 km/h così si percorrono 98 metri, a 100 km/h quasi 200 metri: e con sms, selfie o social, crescono i tempi, i metri e i pericoli.

³⁸ VENEZIANI (2021), p. 844.

³⁹ Da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale patologicamente "frammentato", che lungi dall'arrestarsi alla soglia di inefficacia del diritto simbolico, alimenta il fuoco delle incertezze e delle disfunzioni sul piano applicativo: così descrive l'evoluzione legislativa MASSARO (2016), p. 6.

⁴⁰ FIANDACA e MUSCO (2019), pp. 32 ss.; vedi anche PULITANÒ (2021), pp. 115-116, per la necessaria integrazione della idea di frammentarietà con i principi (forti) di uguaglianza e ragionevolezza, perché i "frammenti" siano in grado di poter condurre a un sistema "ordinato". La dottrina tedesca ravvisa nel carattere frammentario del diritto penale addirittura "il segno distintivo di uno Stato di Diritto", per il suo significato di limitazione dell'intervento penale a quelle condotte che, per la loro pericolosità o riprovevolezza, meritano in maniera univoca una pena pubblica per la protezione della società stessa (JESCHECK e WEIGEND (1996), pp. 52 ss.), e ponendo in definitiva un obbligo di contenimento della legislazione penale (NAUCKE (1991), p. 78).

artt. 53 ss. del Codice della nautica da diporto (D. Lgs. 18 luglio 2005, n. 171, poi riformato) e quelle varie contemplate per la violazione di regole cautelari in vari testi e accordi normativi relativi a specifiche aree marine, lacuali o fluviali, le quali maggiormente avvicinano l'inosservanza alle peculiarità del caso concreto⁴¹. Qui in particolare, nella vicenda che ha riproposto all'attenzione il c.d. omicidio nautico, le norme di prudenza, diligenza e perizia nella navigazione nel lago di Garda sono dettate, in via specifica, nel Testo unico delle leggi regionali in tema di trasporti (legge regionale 14 luglio 2009, n. 11) emanato dalla Regione Lombardia e in modo uniforme (quanto alla navigazione sul lago di Garda) con la Regione Veneto e con la provincia autonoma di Trento: la regola di colpa specifica qui violata è quella che - all'art. 105 di tale Testo unico - fa obbligo ai conducenti di unità di navigazione di regolare la velocità secondo la manovrabilità del mezzo, avuto riguardo anche alla visibilità e allo stato del lago (regola cautelare codificata a contenuto elastico), ponendo in ogni caso il limite massimo di velocità di cinque nodi nelle ore notturne (regola cautelare codificata a contenuto rigido).

Già è dato osservare dunque una *frammentazione*, a seconda del contesto fisico (mare, laghi e fiumi), del tipo di mezzo e di navigazione e della competenza territoriale, *nella codificazione delle regole cautelari*, che pare differenziare il settore della navigazione da quello della circolazione stradale, fornito invece di un testo di riferimento maggiormente uniforme (il Codice della strada), seppur anch'esso differenziabile e specificabile con norma di dettaglio a seconda dell'ambito applicativo e della competenza amministrativa sulle strade.

Il diritto penale inizia a diventare protagonista con i *delitti contro la sicurezza della navigazione* previsti negli artt. 1112 ss. del Codice della navigazione⁴², in particolare anche qui con le disposizioni che puniscono la conduzione del mezzo in stato di ebbrezza e con una fattispecie in un certo senso propedeutica a quella di naufragio colposo contenuta nel codice penale, il reato cioè di *Danneggiamento con pericolo colposo di naufragio* (art. 1123 cod. nav.), a cui si aggiungono, sempre nello stesso capo del codice della navigazione, le pene accessorie che completano il sistema di tutela previsto nel Codice penale, cioè *l'interdizione, temporanea o perpetua* a seconda della gravità dell'illecito, *dai titoli o dalla professione* (art. 1125 cod. nav.). Va detto però che l'art. 1087 cod. nav. esclude l'applicazione delle disposizioni penalistiche contenute negli artt. da 1088 a 1160 di questo codice (le fattispecie delittuose e talune circostanze aggravanti di delitti previsti nel codice penale) alla navigazione interna, mentre per converso le contravvenzioni riguardano qualunque tipo di navigazione⁴³. Ha invece applicazione generale la norma penale in bianco dell'art. 1231 cod. nav., intitolata "*Inosservanza di norme sulla sicurezza della navigazione*", la quale, ripetendo lo schema classico dell'art. 650 c.p. (*Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*), sanziona con l'arresto fino a tre mesi (o con una ammenda) «chiunque non osserva una disposizione di legge o di regolamento ovvero un provvedimento legalmente dato dall'autorità competente in materia di sicurezza della navigazione» (con la clausola di riserva "se il fatto non costituisce un più grave reato"), in questo modo colorando (il precetto e) la condotta e portando in ambito penalistico la violazione di regole cautelari poste dalle varie autorità che contribuiscono alla disciplina della sicurezza (anche) della circolazione in mare, nei fiumi e nei laghi.

La violazione di queste norme penali a contenuto cautelare integra dunque autonomi reati che prima concorrevano con l'omicidio colposo e ora concorrono con l'omicidio nautico, rappresentando un'ipotesi di concorso formale di reati (art. 81 comma 1 c.p.), assoggettato al cumulo giuridico delle pene previste per l'omicidio nautico e per la violazione della normativa contenuta nel codice della navigazione e nelle altre fonti sopra menzionate.

3.2.

I reati di pericolo, in particolare la fattispecie di naufragio.

Quando poi dall'ambito della navigazione si amplia lo spettro del bene tutelato vengono in considerazione i delitti colposi di comune pericolo previsti nel Capo III del Titolo VI del

⁴¹ Per un quadro normativo generale, MORANDI (1998), pp. 256 ss.

⁴² In generale, ROMAGNOLI (2009), pp. 9 ss. Per analisi di ampio respiro sistematico, LEONE (1940), pp. 741 ss.; PADOVANI (1987), pp. 1193 ss.; RIVELLO (1990), pp. 76 ss.

⁴³ PADOVANI (1987), p. 1195, ravvisa la *ratio* di tale distinzione applicativa nel fatto che la navigazione in acque interne si svolge in luoghi soggetti alla sovranità dello Stato e in un contesto ambientale in cui i rischi appaiono relativamente modesti. Per il significato di "acque interne", *ivi*, 1196. Qui il concetto di acque interne è da intendere quello del codice della navigazione, come ambiente in cui si svolge la navigazione interna: LEFEBVRE D'OVIDIO, PESCATORE, TULLIO (2019) pp. 116 ss.; CERVETTI (1994), p. 211.

Codice penale, dedicato ai *delitti contro l'incolumità pubblica*. Proprio l'incolumità pubblica è a fondamento della previsione del delitto di *naufragio*, contemplato nella forma dolosa all'art. 428 c.p. e in quella colposa all'art. 449 c.p., con una ulteriore anticipazione di tutela (il pericolo di un pericolo, essendo già il naufragio un reato di pericolo) nel successivo art. 450 c.p. (*Delitti colposi di pericolo*)⁴⁴, che punisce (con la reclusione fino a due anni), tra l'altro, chiunque, con la propria azione od omissione colposa, fa sorgere o persistere il pericolo di un naufragio o della sommersione di una nave o di un altro edificio natante. La sanzione prevista per il naufragio colposo risulta la reclusione da uno a cinque anni, con il raddoppio di pena – previsto nel comma 2 dell'art. 449 – se il naufragio (o la sommersione) riguardi una nave adibita a trasporto di persone.

La nozione di naufragio (*navis fragium*)⁴⁵ si esprime nella *perdita* di una nave per una causa violenta (urto, collisione, esplosione) che ne provochi l'affondamento, lo sfascio, l'arenamento⁴⁶; la giurisprudenza ricomprende nel “naufragio” anche la semplice *inutilizzabilità*, cioè l'impossibilità per l'imbarcazione di galleggiare e navigare regolarmente, non richiedendo la vera e propria perdita (l'inabissamento) del natante⁴⁷. Sul piano terminologico, mentre per “edifici natanti” – pur trattandosi di espressione che non trova oggi corrispondenza nella disciplina navigazionistica⁴⁸ – è abbastanza semplice il riferimento a costruzioni galleggianti non stabilmente saldate al fondo (es. pontili, chiatte, piattaforme, ecc.), meno scontata è la nozione di “nave”: l'accostamento (naturale e) immediato alla definizione contenuta nell'art. 136 cod. nav. (“Per nave s'intende qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto, o ad altro scopo”) potrebbe essere messo in crisi dall'ampiezza e dallo spessore del bene giuridico tutelato in ambito penalistico, che esigerebbe la verifica di un fatto da cui derivi un comune pericolo per l'incolumità pubblica, ponendo dubbi pertanto se un simile evento pericoloso possa davvero sorgere a proposito di una piccola imbarcazione. Dunque l'*automatismo nella contestazione* in ogni caso di incidente in mare della fattispecie di naufragio potrebbe non essere sempre giustificato dal punto di vista dell'interpretazione sistematica e teleologica della fattispecie di cui all'art. 449 c.p. (in relazione al fatto descritto nell'art. 428). Nella scarna giurisprudenza sul punto la nozione di nave viene comunque rapportata – largheggiando – a ogni imbarcazione atta al trasporto di più persone, qualunque sia la sua stazza o la sua portata, il mezzo di propulsione utilizzato (remi, vela, motore) e la sua funzione (diporto, ecc.)⁴⁹.

Mentre ci sembra che essendo il termine “disastro” (*genus* rispetto al naufragio secondo l'espressione del primo comma dell'art. 449 c.p.) letteralmente abbinato al campo aviatorio (nel titolo dell'art. 428) tale connotazione non possa riferirsi *de plano* anche al settore nautico, il dubbio che potrebbe rimanere è dunque se davvero ogni naufragio abbia *in re ipsa* l'attitudine a essere disastro, a comportare cioè un pericolo per l'incolumità pubblica, almeno se tale bene giuridico viene inteso nel senso originario e filologico indicato dalla stessa relazione al progetto definitivo del codice penale, come esposizione a pericolo della vita e della integrità fisica di un numero indeterminato di persone, o in quello – equivalente e ugualmente ampio – della dottrina tradizionale: «complesso delle condizioni giuridiche garantite dall'ordinamento

⁴⁴ Sulle principali fattispecie della navigazione disciplinate nel codice penale, recentemente Rossi (2020), pp.115 ss. Sulle fattispecie colpose marittime, il classico lavoro di DELOGU (1936), pp. 375 ss.

⁴⁵ Per una ricostruzione storica, FERRARINI (1963), pp. 90 ss.

⁴⁶ ARDIZZONE (1994), p. 224; CORBETTA (2003), p. 365; GARGANI (2008), p. 329, per il quale l'entità del naufragio deve presentare, così come per la sommersione, i caratteri del disastro; su quest'ultimo punto ritiene invece GRIGOLI (1977), p. 559, in stretto collegamento con il codice della navigazione (art. 343 n. 1) che sia sufficiente la perdita di navigabilità per almeno 60 giorni. Per le diverse tesi anche l'esposizione di TRONCONE (1996), specie pp. 46 ss.

⁴⁷ Proprio a proposito della già citata tragica vicenda del Lago di Garda, Trib. Brescia, sez. I, 13 giugno 2022, n. 980, in *Guida dir.*, 2022, p. 48.

⁴⁸ La terminologia discende direttamente dal codice Zanardelli (art. 304 che si rinviene già nella legislazione preunitaria, precisamente nel codice penale toscano, art. 442): MAJNO (1894), *sub* art. 304. Va incidentalmente segnalato che l'evento all'origine del naufragio potrebbe coinvolgere un bene mobile della navigazione diverso dalla nave: il codice della navigazione contempla l'ipotesi del c.d. urto misto, tra nave e aeromobile (art. 966 cod. nav.): cfr. COMENALE PINTO (2018), pp. 22 ss.

⁴⁹ Cass. pen. 15 maggio 1987 (dep. 6 ottobre 1987), n. 10391, CED 176769, anche in *Giur. it.*, 1988, II, p. 375, e Cass. pen. 24 aprile 1963 (dep. 10 agosto 1963), n. 852, CED 99018. In una pronuncia del 1971 (Cass. pen., 14 dicembre 1971 (dep. 16 marzo 1972), n. 1588, CED 120506) si è affermato che il pericolo per la pubblica incolumità va inteso quale esposizione alla possibilità di danno di una pluralità indeterminata di persone, senza che abbia importanza il loro numero o che appartengano all'equipaggio: è stato dunque ritenuto colpevole di naufragio colposo in questa occasione il proprietario di un peschereccio su cui erano imbarcate sette persone, tutte componenti dell'equipaggio. In una più recente (Cass. 30 maggio 2019, n. 27225, in *DeJure*) si afferma è necessario che il naufragio o la sommersione riguardino una nave “adibita”, per quanto non specificamente destinata, “a trasporto di persone”, da intendersi quale trasporto di soggetti ulteriori rispetto ai membri dell'equipaggio, talché esula detta ipotesi nel caso di causazione dell'affondamento di un peschereccio, trattandosi di natante deputato all'imbarco del solo equipaggio.

giuridico per cui è assicurata la comune sicurezza delle persone, ossia la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone»⁵⁰.

Una prospettiva di applicabilità più ampia, rispettosa del principio di offensività, in astratto e in concreto, può venire dalla visione secondo la quale l'incolumità pubblica non rappresenta un bene giuridico qualitativamente diverso dalla vita e dalla integrità fisica dei singoli individui, trattandosi solo di una astrazione concettuale direttamente comprensiva dei beni in questione riferiti a soggetti concreti⁵¹. Ne deriva pertanto che l'incolumità pubblica è un bene solo apparentemente collettivo e superindividuale, rappresentando piuttosto la proiezione esponenziale di singoli beni giuridici individuali: tutto ciò si lega con la caratterizzazione del naufragio e di queste categorie di delitti come forme di tutela anticipata di questi beni personali – vita e integrità fisica – di primaria importanza, protetti appunto prima che della fase del danno, a prescindere dalla concreta individuazione in capo a uno o più soggetti determinati⁵².

Proprio il momento di astrazione concettuale nell'individuazione del bene giuridico tutelato non dovrebbe però portare a perpetuare tale visione astratta o addirittura presunta anche nella considerazione del pericolo come elemento, espresso o sottinteso, della fattispecie: andrebbe sempre privilegiata (e valorizzata) sul piano interpretativo e applicativo la forma del *pericolo concreto*⁵³, con la relativa prognosi *ex ante* in concreto e su base ontologica totale, riportandosi cioè idealmente – secondo la descrizione della dottrina più sensibile qui al rispetto del principio di offensività⁵⁴ – al momento dell'evento (in questo caso il naufragio) della cui pericolosità si tratta, esprimendo il giudizio di probabilità del verificarsi della lesione del bene utilizzando il massimo di conoscenze disponibili in quel momento e ponendo come base del giudizio prognostico tutte le circostanze presenti nel momento in cui si è verificato l'evento.

Ove però si consideri la visione originaria adottata nel codice, che muoveva dalla considerazione del pericolo concreto solo come momento proprio ed espresso del naufragio di nave propria (art. 428 comma 3: «se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica») e dunque si perpetui la considerazione del naufragio come reato di pericolo astratto, l'accertamento dovrà comunque muovere – per evitare qualsiasi presunzione – dai più recenti orientamenti che salvaguardano, in questa tipologia di reati, l'offensività nella tipicità, attraverso il criterio della c.d. *contestualizzazione dell'evento*, una cui prima enunciazione può essere fatta risalire proprio a una pronuncia della Cassazione in tema di disastro aviatorio. Anche sulla base di una serie di pronunce della Corte Costituzionale⁵⁵, la Corte di Cassazione ricostruisce ormai le fattispecie di pericolo cercando di rinvenire nel tessuto normativo della fattispecie tipica elementi che consentano di dare concreta attitudine offensiva alla condotta, distinguendo e sostituendo cioè il pericolo presunto con il pericolo astratto, e valutando tale attitudine alla luce del criterio della «contestualizzazione dell'evento»: dunque il pericolo non può essere insindacabilmente ritenuto solo che si realizzi il fatto conforme al tipo, ma è conforme al tipo solo il fatto che esprima *davvero* una potenzialità offensiva dei beni tutelati⁵⁶.

Come per il fatto tipico (elemento oggettivo) anche per la colpevolezza (elemento soggettivo) in tema di naufragio è dato riscontrare un atteggiamento giurisprudenziale severo; si parte dalla colpa generica ravvisata nell'uscita di una nave nonostante le pessime condizioni

⁵⁰ MANZINI (1986), p. 241, e ANTOLISEI (2018), p. 4.

⁵¹ ANGIONI (1983), p. 90.

⁵² ARDIZZONE (1992), p. 368; BELL (2015), p. 33; CORBETTA (2003), p. 17 e Id (2021a), p. 2338.

⁵³ Così, in tema di disastro aviatorio colposo, Cass. 3 dicembre 2019, n. 50222, in *Cass. pen.*, 7-8/2020, p. 2873, per la quale il reato di cui all'art. 449 c.p. presuppone un avvenimento grave e complesso tale da determinare una «concreta situazione di pericolo» per la pubblica incolumità nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all'attitudine del fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone, anche se appartenenti a categorie determinate di soggetti.

⁵⁴ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2023), p. 288. Vedi ANGIONI (1994), specie p. 206.

⁵⁵ Tra le tante, Corte cost. 23 giugno 2005, n. 265, e Corte cost. 11 giugno 2008, n. 225, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁶ Cass. pen., 19 giugno 2012 (dep. 21 settembre 2012), n. 36639, CED 254163 – 01, dove si afferma che rispetto al delitto di disastro aviatorio colposo (come disciplinato dagli artt. 428, comma 1, e 449, comma 2, c.p.) l'offensività va valutata con giudizio *ex ante*, nel senso che occorre verificare dalla visuale di un osservatore avveduto, posto nella stessa situazione materiale dell'agente, e dunque, alla luce degli elementi concretamente determinatisi (quali le dimensioni del mezzo, il numero di passeggeri che può essere trasportato, il luogo effettivo di caduta ecc.) se il fatto era in grado di esporre a pericolo l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone, richiedendo il pericolo astratto, nella specie, la verosimiglianza della presenza di un numero indeterminato di persone nella sfera di esplicazione del fatto. Una recente applicazione in tema di naufragio del criterio della contestualizzazione dell'evento è contenuta in Cass. pen., 20 dicembre 2017 (dep. 19 marzo 2018), CED 272343 – 01, che ha annullato la condanna della Corte di Appello di Cagliari (sez. dist. di Sassari) ritenendo viziata la motivazione della sentenza impugnata, per l'omessa valutazione di una serie di elementi che si ponevano in contrasto con la ritenuta situazione di pericolo, quali il fatto che si era trattato di un naufragio che aveva riguardato un'imbarcazione da diporto con sei persone a bordo, immediatamente tratte in salvo, affondata a pochi metri dalla costa, d'estate, in pieno giorno e con mare calmo e in prossimità di altre barche di diportisti che avrebbero potuto fornire immediata assistenza.

del mare⁵⁷, alla combinazione di profili di colpa generica e di colpa specifica in una ipotesi di colpa cosciente (e dunque particolarmente grave ex art. 61 n. 3 c.p.) nel noto caso del naufragio della nave Costa Concordia⁵⁸, fino al riconoscimento della irrilevanza nella responsabilità per l'evento della condotta negligente della vittima del naufragio⁵⁹.

3.3. *Dal pericolo al danno e dall'omicidio colposo all'omicidio nautico.*

La fattispecie di immediata considerazione in ipotesi di incidenti nautici mortali è stata a lungo, prima dell'introduzione dell'omicidio nautico, quella ordinaria dell'art. 589 c.p. (omicidio colposo). La sola fattispecie dell'omicidio colposo è stata applicata di regola nelle ipotesi corrispondenti a un investimento pedonale, nel caso per esempio sia ucciso un bagnante o un sub da un motoscafo o da un gommone come talora purtroppo accade⁶⁰. E analoghe considerazioni valevano quando fossero cagionate lesioni personali colpose (art. 590 c.p.). Qui effettivamente si è giustamente posta la questione del differente trattamento di ciò che avviene in acqua rispetto all'omicidio e alle lesioni stradali e risultano oggi applicabili le rinnovate fattispecie degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

Quando invece si verificava una successione di fasi e dunque di reati, dal pericolo per la pubblica incolumità al danno, alla lesione cioè del bene giuridico vita o integrità fisica, la giurisprudenza e la dottrina concordemente hanno ammesso il *concorso formale* tra disastro colposo (art. 449 c.p.) e omicidio colposo (art. 589 c.p.) o lesioni personali colpose (art. 590 c.p.), per la diversità sia del fatto che del bene giuridico tutelato⁶¹; altrettanto è stato riconosciuto quanto al naufragio colposo rispetto sempre all'omicidio colposo, nell'ipotesi (in particolare di collisioni o urti) che dall'incidente derivasse la perdita (o comunque l'inutilizzabilità) del mezzo nautico (natante, imbarcazione o nave, secondo l'indicazione del progetto di legge approvato al Senato)⁶². Sul piano sanzionatorio ciò ha significato applicazione della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo (art. 81 c.p.).

Le medesime conclusioni sono da trarre ora con l'introduzione della nuova fattispecie di omicidio (stradale e) nautico. La sussidiarietà, che potrebbe portare al concorso apparente (e all'applicazione di una sola fattispecie), tra reati di pericolo concreto e corrispondenti reati di danno viene infatti riconosciuta tra norme incriminatrici che descrivano stadi diversi di offesa a uno stesso bene giuridico⁶³, mentre qui vengono considerati autonomamente – almeno nella prassi – i due beni giuridici “incolumità pubblica” (proprio della fattispecie di naufragio) e “vita e integrità fisica” (tutelati dalle disposizioni sull'omicidio e sulle lesioni). Altro discorso, che non può essere affrontato qui, è se davvero il criterio del medesimo bene giuridico sia davvero – con lo sguardo rivolto al *ne bis in idem* sostanziale – l'unico e risolutivo indice ai fini dell'applicazione della sussidiarietà e dunque di una sola fattispecie.

⁵⁷ Cass. pen., 8 aprile 1964 (dep. 6 giugno 1964), n. 683, CED 99175.

⁵⁸ Cass. pen., 12 maggio 2017 (dep. 19 luglio 2017), n. 35585, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1103 ss. con nota di G. Bova – A. Marchini; la sentenza è pubblicata anche in *Dir. pen. cont.* 20 luglio 2017. Vedi anche PISA (2012), pp. 367 ss. Per una ricostruzione completa del caso “Costa Concordia” nelle sue varie implicazioni, ROSSI (2020), pp. 130 ss.; sul contenuto qui della colpa con previsione, MONGILLO (2018) e LOSCHI (2018), pp. 840 ss.

⁵⁹ Cass. pen., 9 maggio 2014 (dep. 10 giugno 2014), n. 24527, CED 260164.

⁶⁰ Sulla responsabilità aquiliana nel caso dell'investimento di bagnante da parte di unità da diporto, anche per l'estensione e la portata del rinvio civilistico alla circolazione stradale, FRAU (2010), pp. 1732 ss.

⁶¹ Cass. pen., 18 ottobre 1984 (dep. 10 gennaio 1985), n. 321, CED 167351 e in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 631; Cass. pen., 8 gennaio 1982 (dep. 14 aprile 1982), n. 3788, CED 153177 e in *Riv. pen.*, 1982, p. 999; per Cass. pen. 20 dicembre 1989, (dep. 8 febbraio 1990), n. 1686, CED 183244, «I delitti di omicidio colposo e disastro colposo concorrono fra loro perché la morte di una o più persone non è considerata dalla legge come elemento costitutivo né come circostanza aggravante del reato di disastro che costituisce un'autonoma figura criminosa»; anche Cass. pen. 9 giugno 2006, n. 19775, in *DeJure*, Cass. 19 luglio 2017, n. 35585, in *DeJure*, e più recentemente, Cass. 19 febbraio 2021, n. 6490, in *DeJure*. In dottrina CORBETTA (2021b), p. 2608 e anche TRONCONE, *Il delitto di naufragio colposo*, cit., p. 49, che ravvisa già in quel periodo una costante giurisprudenza a favore del concorso poiché non si versa in ipotesi di applicabilità del principio di specialità ex art. 15 c.p. o del criterio dell'assorbimento (*ne bis in idem* sostanziale) per la diversa oggettività giuridica delle due fattispecie; inoltre – si aggiunge – con un'unica condotta si realizzano due eventi differenti, uno di danno per le persone e l'altro di pericolo per l'incolumità pubblica.

⁶² Cass. pen., 6 novembre 1979, Levison, in *Foro it.*, 1981, II, p. 121. Qui la Suprema Corte ha confermato la sentenza di condanna per i reati di naufragio e omicidio colposi nei confronti dei proprietari e degli armatori di una nave affondata con perimenti dei trenta uomini dell'equipaggio. In questa vicenda la colpa è stata ravvisata nell'aver consentito la navigazione malgrado la carenza dei requisiti essenziali di sicurezza e l'insufficienza e l'inidoneità degli ufficiali di coperta, mentre il nesso causale tra condotta ed evento è stato ritenuto sussistente sebbene questo si fosse verificato per il capovolgimento della nave durante una burrasca, ritenuta soltanto concausa dell'evento, determinato anche – e in modo decisivo per la condanna – dalle preesistenti condizioni di precarietà di uomini e di materiali.

⁶³ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 632.

Il *cumulo giuridico* dunque opera tra i reati di naufragio e di omicidio (prima colposo e ora) nautico. L'introduzione della nuova fattispecie (che prevede la reclusione da due a sette anni) sembra eliminare anzi la possibilità di ritenere pena-base quella del reato di pericolo rispetto a quello di danno: procedendo infatti con il criterio tradizionale preferito dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione⁶⁴, l'individuazione della *violazione più grave*, rispetto alla quale va fissata la pena-base, da aumentarsi poi sino al triplo, dovrebbe avvenire in astratto e dunque essa sarebbe in realtà risultata la fattispecie di naufragio colposo, punita con la reclusione da uno a cinque anni, più grave rispetto all'omicidio colposo che presenta la stessa pena massima ma un minimo minore (sei mesi). Se invece dovesse prevalere l'opinione dottrinale (con qualche conforto nella prassi)⁶⁵, per la quale "violazione più grave" sarebbe invece quella per la quale il giudice, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, infliggerebbe la pena più elevata, avrebbe potuto anche prevalere l'omicidio colposo. Con quest'ultima interpretazione, e dopo l'introduzione dell'omicidio nautico, in realtà potrebbe ancora essere ritenuta prevalente la fattispecie di naufragio colposo.

Ugualmente concorso formale vi sarà rispetto alle norme cautelari (soprattutto codificate) sulla navigazione represses autonomamente (oltre che con sanzioni amministrative) in sede penale, secondo uno schema frequente anche in campo anti-infortunistico per l'omissione di cautele dovute (esemplare il noto caso Thyssen), con conseguente applicazione del cumulo giuridico delle pene a partire dalla violazione più grave sulla quale applicare l'aumento, l'omicidio (colposo prima e ora) nautico o eventualmente il naufragio, come detto.

4. La riforma.

La legge di riforma si compone di due articoli, contenenti l'introduzione dei reati di omicidio nautico e di lesioni personali nautiche, le ipotesi di fuga del conducente in caso di omicidio nautico e di lesioni personali nautiche gravi e gravissime e l'indicazione dei casi in cui è possibile procedere all'arresto in flagranza⁶⁶.

4.1. *L'introduzione dei reati di omicidio nautico e di lesioni personali nautiche e la normativa di collegamento.*

L'art. 1 comma 1 dispone la sostituzione dell'art. 589-*bis* con una nuova fattispecie al fine di estendere la disciplina dell'omicidio stradale anche alla ipotesi dell'omicidio nautico. Nonostante l'integrale, formale, sostituzione, di fatto vi è semplicemente l'inserimento di specifiche disposizioni, in alcuni commi e nella rubrica, del riferimento all'omicidio nautico senza innovare rispetto alla precedente disciplina dell'omicidio stradale, anzi mutuandone integralmente, per quanto compatibile, la disciplina.

L'art. 589-*bis* è ora intitolato "Omicidio stradale o nautico" e al primo comma così prevede: «Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o della navigazione marittima o interna è punito con la reclusione da due a sette anni».

Si tratta della disposizione-base: in essa a qualificare la condotta è un profilo di colpa specifica rappresentato ora oltre che dalla violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale anche, ora, da quella della «navigazione marittima o interna». Rispetto alla circolazione stradale non sono facilmente assimilabili le fonti da cui nascono le regole cautelari in tema di circolazione nautica, considerata la loro origine multilivello, spesso internazionale, poi statale, regionale e locale, oltre che il riferimento ai diversi mezzi nautici.

Nella scheda dell'Ufficio Studi della Camera dei Deputati vengono così descritte le fonti della disciplina:

«In materia di navigazione marittima e interna **a livello nazionale** si applicano principalmente le disposizioni del codice della navigazione (di cui al R.D. n. 327 del 1942), nonché

⁶⁴ Per tutte Cass. pen., ss.uu., 28 febbraio 2013 (dep. 13 giugno 2013), n. 25939, CED 255347.

⁶⁵ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2023), p. 645 (con riferimenti giurisprudenziali), anche per un argomento sistematico tratto dall'art. 187 disp. att. c.p.p. *Contra* FIANDACA e MUSCO (2019), p. 716, i quali ritengono che con questo secondo indirizzo si stravolgerebbe la valutazione operata dal legislatore in merito all'obiettiva gravità delle fattispecie criminose.

⁶⁶ Una illustrazione dettagliata nella scheda di lettura n. 111 dell'Ufficio Studi della Camera dei Deputati.

quelle del codice della nautica (di cui al D.lgs. n. 171/2005).

Ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia, si applica il diritto civile (art. 1, c. 2 codice della navigazione).

Ai sensi del comma 1-*bis* (inserito dal D.lgs. n. 229 del 2017) dell'articolo 1 del codice della nautica da diporto, le disposizioni del relativo codice si applicano alle unità di cui all'articolo 3 dello stesso codice (vedi *infra*) **che navigano in acque marittime e interne**, fermo restando quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 172 del 2003 (Disposizioni per il riordino e il rilancio della nautica da diporto e del turismo nautico) in relazione alle navi destinate esclusivamente al noleggio per finalità turistiche, nonché quanto previsto dal decreto-legge n. 457 del 1997 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo del settore dei trasporti e l'incremento dell'occupazione), istitutivo del registro delle navi adibite alla navigazione internazionale (c.d. Registro internazionale), nel quale sono iscritte, a seguito di specifica autorizzazione del Ministero dei trasporti, le navi adibite esclusivamente a traffici commerciali internazionali.

In particolare, la **navigazione interna** (che comprende, ai sensi della definizione di cui all'articolo 2, del decreto legislativo n. 22 del 2009 "la navigazione effettuata **in acque diverse da quelle marittime**" ossia in fiumi, laghi, lagune, canali, ecc.) è regolamentata dal codice della navigazione e dall'apposito regolamento attuativo (d.P.R. n. 631 del 1949, concernente approvazione del regolamento della navigazione interna). In tali testi normativi sono contenute molteplici disposizioni in materia di organizzazione della navigazione interna, zone portuali, lavoro, regime amministrativo delle navi, ed esercizio della navigazione.

Le funzioni amministrative attinenti alla navigazione interna sono state in più fasi (d. P. R. n. 5 del 1972 e, successivamente, d. P. R. n. 616 del 1977) trasferite alle regioni. Da ultimo il decreto legislativo n. 112 del 1998 (articolo 105) ha attribuito alle regioni, fatte salve le competenze delle autorità portuali, le funzioni relative alla "disciplina della navigazione interna". Sono rimaste allo Stato le competenze in materia di sicurezza della navigazione interna e quelle relative all'accertamento delle competenze del personale navigante.».

Il *quadro normativo* così descritto *va integrato* con la più rilevante fonte per la prevenzione di incidenti (in particolare collisioni) in mare, di stampo internazionale, rappresentata dal *Regolamento internazionale per prevenire gli abbordi in mare* (Londra, 20 ottobre 1972), recepito in Italia con legge 1085/1977 ed entrato in vigore nel luglio del 1978, poi emendato più volte. Il c.d. COLREG72 (*Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea*) contiene una serie di regole cautelari sulla condotta delle navi nelle diverse condizioni di visibilità e manovrabilità⁶⁷, ma non ha dichiaratamente il carattere dell'eshaustività. Infatti proprio nella regola 1 a proposito dell'applicabilità delle disposizioni, dopo la regola generale per la quale « a) Le presenti Regole si applicano a tutte le navi in alto mare ed in tutte le acque con esso comunicanti accessibili alla navigazione marittima. », si aggiunge nella lett. b) che «Nessuna delle presenti regole deve ostacolare l'applicazione di speciali disposizioni emanate dalle autorità competenti relativamente alla navigazione nelle rade, nei porti, nei fiumi, nei laghi o nelle vie d'acqua interne comunicanti con l'alto mare e accessibili alla navigazione marittima», con la importante riserva sul primato della Convenzione: «Tuttavia queste disposizioni speciali devono essere conformi il più possibile alle presenti Regole». Non solo: nella regola 2 (lett. a) si chiarisce che nessuna delle regole contenute nell'atto esonera dall'osservanza di «tutte le precauzioni richieste dall'ordinaria esperienza dei naviganti o dalle speciali circostanze del caso» e nella lettera successiva (lett. b) anzi si mette in conto la necessità di discostarsi dalle regole di colpa specifica contenute nell'atto quando sopravvengano regole di esperienza che meglio si attagliano al caso concreto per evitare incidenti.

Insomma, secondo uno schema usuale della colpa in diritto penale, l'inosservanza delle regole codificate nel COLREG72 dà luogo ordinariamente a colpa, a meno che siano presenti circostanze concrete tali che il rispetto della norma sia essa stessa fonte di aumento del rischio: la vera regola di diligenza è dunque qui quella che deriva dall'ordinaria esperienza del navigante modello, un continuo trascorrere cioè tra regole di colpa specifica e regole di colpa

⁶⁷ Nella giurisprudenza di merito, per un'applicazione delle regole (5 e 12) cautelari contenute nel COLREG in un caso di omicidio colposo commesso alla guida di un'unità da diporto, Trib. La Spezia, Uff. ind. prel., 15 ottobre 2012, n. 396, in *Giur. merito*, 2013, 1, p. 168; ancor prima, nella tragica vicenda del Moby Prince (140 morti) – Trib. Livorno, 21 gennaio 1990, in *Dir. maritt.*, 1998, p. 1239 – fu contestata (e poi esclusa per mancanza del nesso eziologico) la violazione della regola 35 lett. g del COLREG (mancata emissione di segnali sonori in condizioni di visibilità ridotta). In sede di legittimità, tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2021, n. 7952, in *Dejure*, a proposito di un conducente di una gondola nella laguna di Venezia al quale si contestava una condotta non rispettosa delle norme comunali della circolazione acquatica, di quelle provinciali della navigazione locale e della regola di cui all'art. 16 sempre del COLREG, che aveva determinato l'investimento di una gondola causando la morte di un turista tedesco.

generica, tra cautele codificate e non codificate.

Il richiamo contenuto nel testo del nuovo art. 589-*bis* c.p. alla «violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o della navigazione marittima o interna» rischia di essere condizionante. Trasferendo qui le considerazioni svolte in dottrina con riferimento all'omicidio stradale⁶⁸, data la fisionomia di delitto autonomo che l'omicidio nautico condividerebbe con l'omicidio stradale, il requisito espresso – qualificante la condotta tipica – della «violazione delle norme sulla disciplina della navigazione marittima o interna» sarebbe in grado anche qui di escludere la rilevanza di condotte negligenti, imprudenti o imperite che non siano al contempo positivizzate in disposizioni di colpa specifica, incidendo dunque tra l'altro sulla corretta individuazione dei soggetti investiti di una posizione di garanzia. Il rischio sembra poter essere evitato grazie alla fitta rete di regole cautelari previste nelle diverse fonti e la stessa apertura a quelle non codificate, cioè non espresse ma doverose nel caso concreto, secondo lo schema del navigante modello, come nella regola 2 (lett. a) del COLREG72, che per così dire “*positivizza*” la colpa generica: altrimenti si riaprirebbe lo spazio applicativo per l'ordinaria figura dell'omicidio colposo.

Si ripropone in definitiva per la nautica il dibattito se il richiamo alla «violazione delle norme sulla circolazione stradale» significhi necessariamente un rimprovero nei termini di *colpa specifica* o se residui uno spazio anche per la *colpa generica*. La giurisprudenza di legittimità ha affermato qui che l'elemento soggettivo è rappresentato sia dalla colpa specifica (violazione delle norme sulla circolazione stradale) che dalla colpa generica (violazione delle normali regole di prudenza, diligenza e perizia). Per la Corte di Cassazione non è, infatti, necessaria la violazione di una specifica norma del codice della strada, ma è sufficiente l'inosservanza di regole di cautela generale, quali quelle richiamate dall'art. 140 cod. str., per il cui primo comma «Gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la circolazione stradale»; tale norma, ponendo un principio informatore della circolazione, sarebbe implicitamente richiamata in ogni contestazione di colpa generica⁶⁹. Quanto ai rapporti tra colpa generica e colpa specifica, accade molto spesso inoltre, sia nella circolazione stradale che nella navigazione, che le regole cautelari violate siano del genere c.d. elastico, che cioè necessitano, per la loro applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare – al contrario di quelle cosiddette “rigide”, che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento – ed è dunque necessario, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta antidoverosa, procedere a una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto⁷⁰.

Va ancora segnalato il quadro sanzionatorio che risulta dal *possibile concorso dell'omicidio nautico con il reato di naufragio colposo*, almeno nell'ipotesi in cui l'incidente sia dovuto a una collisione o a un urto o comunque provochi la perdita o l'inutilizzabilità del natante, dell'imbarcazione o della nave (come nel caso di cronaca che ha suscitato l'ultimo dibattito). Dato infatti il costante riconoscimento del concorso formale eterogeneo già prima dell'art. 589 comma 1 c.p., e ora presumibilmente del nuovo art. 589-*bis* c.p., con il delitto di naufragio colposo (art. 449 c.p.), si applicherebbe sempre il cumulo giuridico, vale a dire la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo (art. 81 comma 1 c.p.). La pena-base dovrebbe risultare quella (nuova) per l'omicidio nautico, già di per sé particolarmente elevata e potrebbe subire un aumento (anche minimo ma comunque un aumento) che la renderebbe – proprio per la coesistenza (finora spesso indissolubile) con il delitto di naufragio – più grave rispetto a quella dell'omicidio stradale. Si impone dunque una interpretazione severa della fattispecie di pericolo di naufragio colposo per evitare tensioni con i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

4.2.

Le circostanze aggravanti per tipo di autore.

La modifica al secondo comma dell'art. 589-*bis* estende le previsioni relative all'omicidio stradale aggravato dallo stato di ubriachezza o stupefazione a chiunque, ponendosi alla con-

⁶⁸ Vedi qui in particolare VENEZIANI (2021), p. 851.

⁶⁹ Cass. 2 maggio 2016, Bianchini, CED 266641 – 01. Del resto – osserva ROMANO (2004), 462 – l'inosservanza di regole cautelari specifiche, in quanto previsioni astratte di prudenza, non è mai criterio risolutore del comportamento dovuto nel caso concreto.

⁷⁰ Cass. 6 settembre 2018, Lenarduzzi, CED 273871 – 01, con riferimento a un omicidio colposo da incidente stradale.

duzione di un'unità da diporto in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, cagioni per colpa la morte di una persona, stabilendo che sia punito anch'esso con la reclusione da 8 a 12 anni⁷¹.

Le prescrizioni prodromiche all'aggravamento di pena non sono equivalenti.

Le sanzioni per la guida in stato di ebbrezza previste dal codice della strada dipendenti dal livello del tasso alcolemico sono le seguenti:

- tasso alcolemico tra 0,5 e 0,8 g/l: sanzione amministrativa da 543 euro a 2.170 euro, sospensione della patente di guida tra 3 e 6 mesi;
- tasso alcolemico tra 0,8 e 1,5 g/l: ammenda da 800 euro a 3.200 euro, arresto fino a 6 mesi, sospensione della patente di guida da 6 mesi a 1 anno;
- tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l: ammenda da 1.500 euro a 6.000 euro, arresto da 6 mesi a 1 anno, sospensione della patente di guida da 1 a 2 anni, sequestro preventivo del veicolo e sua confisca. Nel caso in cui il veicolo appartenga a persona estranea al reato, la durata della sospensione viene raddoppiata. La patente è inoltre oggetto di revoca nel caso in cui vi sia una condizione di recidiva nel biennio.

In tema di circolazione nautica da diporto, dopo la disposizione del primo comma dell'art. 53-bis (recentemente riformato) del codice del 2005 che fa divieto di assumere o ritenere il comando o la condotta o la direzione nautica di un'unità da diporto in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, le sanzioni vengono ugualmente graduate sulla base del livello del tasso alcolemico⁷². Anche qui in sintesi e ove il fatto non costituisca reato:

- tasso alcolemico tra 0,5 e 0,8 g/l: sanzione amministrativa da 2.755 euro a 11.017 euro, sospensione della patente nautica tra 3 e 6 mesi;
- tasso alcolemico tra 0,8 e 1,5 g/l: sanzione amministrativa da 3.550 euro a 12.500 euro, sospensione della patente nautica da 6 mesi a 1 anno;
- tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l: sanzione amministrativa da 5.000 a 15.000, sospensione della patente nautica da 1 a 2 anni, sequestro del veicolo e raddoppio delle sanzioni quando sia cagionato un sinistro marittimo⁷³. La patente è inoltre oggetto di revoca nel caso in cui vi sia una condizione di recidiva nel biennio.

Come è dato notare, la diversità non è solo di livello quantitativo all'interno comunque di sanzioni amministrative, ma è proprio differente la considerazione penalistica, visto che a partire dal tasso alcolemico tra 0,8 e 1,5 g/l si passa nella circolazione stradale al campo penalistico contravvenzionale, mentre nella circolazione nautica vengono sì elevati i livelli monetari ma sempre nell'ambito di sanzioni amministrative. Da tale diversa considerazione conseguono poi distinte discipline in ordine al sequestro e alla confisca.

Oggetto di continui mutamenti nell'iter legislativo, anche nella precedente legislatura, è il riferimento alla *tipologia di mezzo nautico* per la quale si applica questo aggravamento di pena. Il testo originario presentato nella precedente legislatura conteneva il riferimento quale unico mezzo nautico alla "imbarcazione", un termine avente uno specifico significato nel contesto del codice della nautica da diporto e che lasciava fuori dunque dal campo applicativo le altre unità da diporto comprese in tale codice, e soprattutto le "navi", non rientranti nell'ambito definitorio delle imbarcazioni da diporto; inoltre anche mezzi nautici non dotati di propulsione meccanica sono dotati di potenzialità lesiva (viene richiamata per esempio un'unità a propulsione velica) e dunque meritevoli di considerazione in un tale (proposto) contesto sanzionatorio⁷⁴. Di fronte a tali critiche si era già passati nella precedente legislatura alla previsione come mezzo di "un natante, una imbarcazione o una nave", giacché sembrava meglio in grado di comprendere le diverse tipologie di circolazione nautica inclusa la navigazione mercantile. Questo riferimento è stato ripresentato nel progetto di legge a inizio di questa legislatura e poi ancora

⁷¹ Cfr., già con dopo l'introduzione dell'omicidio stradale, le critiche di PIERGALLINI (2020), pp. 169 ss., sulle caratteristiche principali della riforma, nata, anche sotto una ragguardevole spinta massmediatica, per fronteggiare fatti di omicidio e di lesioni consumati – osserva Piergallini – da alcuni "tipi di autore", socialmente intollerabili (ubriachi, drogati, "pirati della strada"), attraverso condotte imperniate nella volontaria assunzione di rischi intollerabili, che soppiantano le regole cautelari.

⁷² L'art. 53-bis richiamato nel testo dell'articolo è intitolato "Conduzione di unità da diporto sotto l'influenza dell'alcool", mentre l'art. 53-quater disciplina l'ipotesi della "Conduzione di unità da diporto in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti e psicotrope".

⁷³ Le cronache estive del 2023 riportano il caso, nei pressi dell'isola di Spargi, nell'Arcipelago della Maddalena, della segnalazione da parte di alcune persone di uno skipper in evidente stato confusionale e poi accertato ubriaco, alla guida di un gommone con 16 passeggeri a bordo, tra i quali cinque bambini: lo skipper ha ricevuto una sanzione amministrativa di 6.600 euro per la guida in stato di ebbrezza, un'ulteriore sanzione di 459 euro per il superamento del numero massimo di passeggeri consentito, oltre al sequestro del gommone e alla sospensione della patente nautica (in una misura che sarà definita) da dodici a ventiquattro mesi.

⁷⁴ Per tali condivisibili critiche, COMENALE PINTO (2021), pp. 45 ss. e in particolare nt. 119.

modificato nel testo finale approvato e divenuto legge: la dicitura “unità da diporto” è stata introdotta in sede referente durante l’esame della proposta di legge in Senato in sostituzione dei (ritenuti) generici termini di “nave, imbarcazione e natante” contenuti nel testo originario, al fine dichiarato di determinare con maggiore precisione l’ambito di applicazione della fattispecie di reato, ma forse però anche per creare omogeneità tra il mezzo e la normativa dove è prevista la disciplina sanzionatoria della guida in stato di ebbrezza. Una soluzione coerente con la normativa di settore avrebbe potuto essere quella del mero riferimento alla “nave”, valendosi dell’ampia nozione dell’art. 136 cod. nav.⁷⁵, che comprende qualsiasi costruzione che risponda alla sua definizione, senza distinguere sulla base dell’impiego in mare o nella navigazione interna: dunque tecnicamente anche le unità elencate e disciplinate nel codice della nautica da diporto – il cui ambito, per inciso, è definito non solo dalle dimensioni, ma anche, e soprattutto anzi, dalla destinazione di impiego – corrispondono alla nozione di “nave”⁷⁶. Infine si sarebbe potuto anche pensare una definizione valida agli effetti penali, col rischio però di appesantire ulteriormente la fattispecie proposta, oppure molto più semplicemente utilizzare una formula amplissima (da reato comune e non da reato proprio) come “chiunque alla guida di un mezzo nautico” oppure di un “veicolo navale” o “di navigazione” estendendo le disposizioni sulla guida in stato di ebbrezza contenute nel codice della nautica da diporto a qualsiasi ipotesi di guida in mare o nelle acque interne, per la banale considerazione che la guida in stato di ebbrezza merita le speciali sanzioni previste nel rinnovato articolo del codice penale sempre e non solo nella nautica da diporto; settore quest’ultimo, evidentemente, comunque, ritenuto quello di maggiore impatto pratico e per il quale già esiste una disciplina sanzionatoria simile a quella del codice della strada, in quanto basata sui diversi livelli di assunzione di alcool.

De iure condito rimarranno comunque applicabili (in concorso con l’omicidio nautico di cui al primo comma del nuovo art. 589-bis) le disposizioni penali del codice della navigazione (almeno con riferimento a ciò che non rappresenta navigazione interna: l’art. 1087 cod. nav. esclude dall’applicazione a essa le disposizioni degli artt. 1088-1160⁷⁷): l’art. 1120 (*Ubbriachezza*) punisce infatti con la reclusione da sei mesi a un anno «Il comandante della nave, del galleggiante o dell’aeromobile ovvero il pilota dell’aeromobile, che si trova in tale stato di ubbriachezza, non derivata da caso fortuito o da forza maggiore, da escludere o menomare la sua capacità al comando o al pilotaggio»; la reclusione è da uno a sei mesi per i componenti dell’equipaggio che si trovino in un tale stato di ubriachezza durante un servizio attinte alla sicurezza della navigazione o nel momento in si deve assumerlo. Le medesime sanzioni si applicano, sull’esempio del codice penale, se l’esclusione o la menomazione della capacità al comando o al pilotaggio o allo svolgimento delle specifiche mansioni di sicurezza dell’equipaggio siano dovute all’uso di stupefacenti. Soprattutto però l’articolo successivo (1121 cod. nav.) prende in considerazione – tra le *Condizioni di maggiore punibilità* relative a una serie di articoli, tra i quali il 1120⁷⁸ – il naufragio e la morte di persone prevedendo sanzioni assai severe: «1) della reclusione da due a otto anni, se dal fatto deriva l’incendio, il naufragio o la sommersione di una nave o di un galleggiante ovvero l’incendio, la caduta o la perdita di un aeromobile; 2) della reclusione da tre a dodici anni, se, nel caso previsto dal numero precedente, la nave o l’aeromobile sono adibiti al trasporto di persone». Non va dimenticato che tra le fattispecie aggravate dall’art. 1121 cod. nav. rientrano anche ipotesi come l’omissione di soccorso, l’omissione o rimozione di segnali, l’abbandono del pilotaggio o del posto, l’addormentarsi durante un servizio attinente alla sicurezza della nave, che pure rappresentano violazioni di

⁷⁵ Per l’art. 136 cod. nav. al primo comma, «Per nave si intende qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto, o ad altro scopo», e poi al secondo: «Le navi si distinguono in maggiori e minori. Sono maggiori le navi alturiere; sono minori le navi costiere, quelle del servizio marittimo dei porti e le navi addette alla navigazione interna». Nel COLREG al termine “nave” viene assegnato – alla regola 3 lett. a, tra le definizioni generali – un significato amplissimo: «qualsiasi tipo di natante, compresi quelli non dislocanti e gli idrovolanti, usati o in grado di essere usati come mezzo di trasporto sull’acqua».

⁷⁶ Per la definizione nel codice della navigazione dei veicoli tipici della navigazione, ZUNARELLI e COMENALE PINTO (2023), p. 71 e, per le varie tipologie di unità da diporto, pp. 78-79. Rispetto a questa categoria gli Autori osservano che con la riforma del 2017 si è recata una significativa modifica rispetto alla precedente tripartizione basata soltanto su criteri dimensionali e che si limitava a contemplare natanti, imbarcazioni e navi da diporto, e si è arrivati invece a una definizione disomogenea, in quanto caratterizzata dalla commistione di criteri dimensionali, di destinazione e storici. Nel codice del diporto (art. 3) le unità da diporto sono infatti distinte in varie tipologie: unità utilizzata a fini commerciali, nave da diporto maggiore, nave da diporto minore, nave da diporto minore storica, imbarcazione da diporto, natante da diporto, moto d’acqua.

⁷⁷ *Retro* nota 43, in particolare sui limiti della navigazione “interna”, PADOVANI (1987), p. 1196.

⁷⁸ Le “condizioni di maggiore punibilità” di cui parla l’art. 1121 cod. nav. devono in realtà ritenersi circostanze aggravanti in quanto si tratta di istituto estraneo al nostro ordinamento e mutuato dalla dottrina tedesca del tempo: in quanto circostanze rientrano nell’imputazione soggettiva, così rispettando il principio di colpevolezza. Sul punto così TRAPANI (2022), p. 87, nt. 191.

regole cautelari e per le quali potrebbe porsi un problema di concorso con la nuova fattispecie di omicidio (stradale o) nautico, da valutare alla luce dei significati tecnici da attribuire alle figure contemplate nel codice della navigazione, da ritenersi comunque fonte richiamata dal disposto del primo comma dell'art. 589-bis c.p. ("con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale e della navigazione marittima o interna").

Le ulteriori ipotesi di omicidio stradale commesse in stato di ubriachezza, previste ai commi terzo e quarto dell'art. 589-bis, vengono coerentemente modificate per estenderne le previsioni all'omicidio nautico. Sono i casi in cui sia accertato nel conducente un tasso alcolemico compreso tra 0,8 e 1,5 grammi per litro, quindi inferiore a quanto previsto dal secondo comma. In entrambi i commi, al riferimento normativo che stabilisce tale limite per i conducenti di veicoli circolanti su strada (art. 186, c. 2, lett. b), del codice della strada), viene aggiunto quello dell'art. 53-bis, comma 2, lettera b), del codice della nautica da diporto, che stabilisce lo stesso limite per i conducenti di unità da diporto.

In particolare il terzo comma, riguardante i conducenti di veicoli a motore che esercitino l'attività di trasporto di persone o di cose (indicati all'art. 186-bis, comma 1, lettere b), c) e d) del codice della strada), viene integrato con il riferimento a coloro che utilizzano unità da diporto a fini commerciali. Nei confronti di tali soggetti, in caso di commissione di omicidio colposo nello svolgimento della suddetta attività di navigazione commerciale, si applica la stessa pena prevista dal secondo comma, ovvero la reclusione da 8 a 12 anni, anche se in presenza di un tasso alcolemico inferiore proprio in virtù del fatto che lo stato di ebbrezza viene rilevato nell'esercizio di un'attività professionale.

Il quarto comma prevede invece l'applicazione di una pena più mite (reclusione da 5 a 10 anni) qualora l'omicidio sia cagionato da un conducente sul quale sia rilevato un tasso alcolemico superiore a 0,8 ma inferiore a 1,5 grammi per litro che non eserciti attività commerciale.

Rimane logicamente immutato il quinto comma, perché riguarda situazioni di estrema imprudenza riferibili al solo omicidio stradale: eccesso di velocità su strade urbane ed extraurbane, attraversamento con il semaforo rosso o circolazione contromano, inversione di marcia in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi, sorpasso in corrispondenza di attraversamento pedonale o linea continua. Si sarebbe potuto pensare di includere ipotesi di estrema imprudenza anche nel campo nautico (vedi alcune di quelle comprese nell'art. 53 del codice della nautica da diporto), come per esempio, in un emendamento (dep. Casu) rigettato, l'ipotesi del conducente di un'unità da diporto che, non rispettando le regole di precedenza o la prescritta distanza dalla costa o da un subacqueo, cagioni per colpa la morte di una persona, ma non si è fatto presumibilmente per esigenze di celerità nell'approvazione.

La modifica al sesto comma consiste nell'adeguamento alle prescrizioni sulla mancanza, sospensione o revoca della patente⁷⁹: ora si prevede che le pene previste dall'art. 589-bis, a eccezione delle ipotesi previste dal quinto comma (il quale, come appena visto, rimane identico ed è applicabile al solo omicidio stradale) siano aumentate se il fatto è commesso da persona non munita di patente nautica, ove prescritta, o con patente sospesa o revocata ovvero nel caso in cui il natante, l'imbarcazione o nave, sia di proprietà dell'autore del fatto e tale mezzo risulti sprovvisto di assicurazione obbligatoria.

4.3.

La circostanza attenuante relativa all'efficienza causale.

Come il quinto anche il settimo comma rimane immutato perché, prevedendo la diminuzione della pena fino alla metà qualora l'evento non dipenda esclusivamente dall'azione o dall'omissione del colpevole⁸⁰, è immediatamente applicabile anche all'omicidio nautico. La circostanza attenuante (a effetto speciale) della realizzazione dell'evento quale non esclusiva conseguenza dell'azione od omissione del colpevole potrebbe avere un *significativo impatto*

⁷⁹ Si tratta di un settore di non perfetto parallelismo con la circolazione stradale. Proprio in sede di dibattito parlamentare si sono poste in luce alcune forti criticità. Nell'intervento della senatrice Floridia così si osserva: «Ricordo inoltre che, fin dall'età di sedici anni, nel nostro Paese si può guidare un'imbarcazione senza patente, a patto che si navighi entro sei miglia dalla costa. Ma questo è un vero problema, perché è proprio quella sotto le sei miglia la fascia più critica, poiché copre anche la sottocosta e necessita di maggiori conoscenze e competenze per incidenti, problematiche e imprevisti che possono emergere. Dai diciotto anni in poi, si può navigare fino a un massimo di dodici miglia dalla costa se la barca è correttamente omologata. Per contro, per guidare un motorino di 50 centimetri cubici ci vogliono la patente e la targa».

⁸⁰ Per una recente vicenda, con mancata applicazione dell'attenuante della concausa ex art. 589-bis comma 7, CAPPELLINI (2021), pp. 2462 ss.

*in campo nautico*⁸¹, considerato che consentirà di tenere conto per esempio delle condizioni meteorologiche, fortemente condizionanti la circolazione nautica, in cui l'incidente si sia verificato⁸². Risulteranno qui particolarmente utili le osservazioni della Corte costituzionale (sent. n.88/2019) su questa circostanza attenuante fondata sul carattere non esclusivo dell'efficienza causale della condotta dell'autore, introdotta per moderare il notevole rigore della risposta sanzionatoria, e che è per la Corte del tutto coerente col sistema delle circostanze perché afferrisce al rapporto causale, retto dal principio dell'equivalenza delle condizioni, e che vuole che il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non escluda il rapporto di causalità tra l'azione od omissione e l'evento (art. 41 c.p.).

4.4.

Pluralità di eventi lesivi.

Infine, con la modifica all'ottavo comma, si estende al conducente di un'unità da diporto la disposizione prevista per i casi di pluralità di eventi lesivi. L'estensione alle "ipotesi di cui ai commi precedenti" sembra però non tener conto che nel primo comma autore può essere "chiunque" e non solo "il conducente dell'unità da diporto" citato in questo ottavo comma: è vero che questa mancata corrispondenza vi è anche per il conducente stradale ma il riferimento al "veicolo" ha una portata onnicomprensiva al contrario dell'unità da diporto, qualifica più limitata derivante dal tipo di utilizzo. In particolare, comunque, si prevede che, qualora il conducente del veicolo o dell'unità da diporto cagioni la morte di più persone, ovvero la morte di una o più persone e lesioni a una o più persone, debba applicarsi la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, purché tale pena non superi gli anni diciotto di reclusione (quindici anni è invece il limite previsto all'art. 589 per l'omicidio colposo), configurando dunque un'ipotesi di concorso formale di reati. Continua ad aversi qui – per consolidata giurisprudenza già con riferimento all'omicidio colposo e poi a quello stradale – una unificazione del reato solo *quoad poenam*, restando autonome e distinte le singole violazioni.

4.5.

L'omicidio stradale o nautico aggravato dalla fuga del conducente.

Con l'art. 1 comma 2 della legge approvata il 20 settembre 2023 viene estesa (coordinando la rubrica) anche all'omicidio nautico, così come ora risulta dall'art. 589-*bis*, la specifica circostanza aggravante (art. 589-*ter*), a effetto speciale, per il caso in cui il conducente, resosi responsabile di un omicidio (stradale o nautico), si sia dato alla fuga. In tale ipotesi la pena è aumentata da un terzo a due terzi e comunque non può essere inferiore a cinque anni. L'aggravante è soggetta ai limiti del giudizio di bilanciamento stabiliti dall'art. 590-*quater* ("Computo delle circostanze"). Va ora tenuto conto, ai fini delle successive applicazioni in concorso, di quanto ha chiarito la giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra il reato (qui in esame) di omicidio stradale aggravato dalla fuga con quello di omessa prestazione di assistenza (comma 7 dell'art. 189 del codice della strada), il quale non risulta assorbito dall'ipotesi aggravata di cui all'art. 589-*ter*, che attiene alla sola ipotesi di «fuga del conducente»⁸³, risultando differente l'oggettività giuridica della fattispecie del codice della strada, finalizzata ad assicurare il necessario soccorso alle persone rimaste ferite: si tratta dunque di due fattispecie (quella dell'art. 589-*ter* c.p. e quella dell'art. 189 c. 7 cod. str.) autonome e indipendenti, sicché è ravvisabile un concorso materiale tra le due ipotesi criminose. Quanto all'omicidio nautico con fuga del conducente l'ipotesi che potrebbe venire in considerazione, ai fini del concorso di reati, nel codice della navigazione è non tanto il delitto di "omissione di soccorso" dell'art. 1113, che ha presupposti e condizioni applicative (la richiesta dell'autorità competente) particolari, quanto piuttosto la fattispecie (compresa nel capo VII del codice della navigazione dedicato ai delitti

⁸¹ Vedine già alcune implicazioni riguardo all'omicidio stradale in PISTILLI (2017), pp. 1451 ss.

⁸² Fino al possibile esito nel caso fortuito come in passato riconobbe Trib. Varese, Sez. uff. ind. prel., 4 giugno 1999, in *Foro ambr.*, 1999, p. 438.

⁸³ Rimane invece assorbita – secondo il paradigma del reato complesso di cui all'art. 84 c.p. – nel reato di omicidio stradale aggravato dalla fuga del conducente ex art. 589-*ter* la distinta ipotesi del comma 6 dell'art. 189 del Codice della strada, che ugualmente prevede la condotta di fuga dopo un incidente stradale.

contro la persona) dell'art. 1158 la cui rubrica reca "Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo", seppur anch'essa con qualche limitazione applicativa⁸⁴.

4.6.

Le lesioni personali stradali o nautiche gravi o gravissime.

Il comma 3 dell'art. 1 della legge estende l'autonoma fattispecie di lesioni personali stradali (art. 590-*bis*) anche alle ipotesi di lesioni, gravi o gravissime, che siano commesse con violazione delle norme sulla disciplina della navigazione marittima o interna.

Le due fattispecie degli artt. 589-*bis* e 590-*bis*, al netto della diversità di condotta e del diverso trattamento sanzionatorio, uguale rispetto al testo originario, condividono la stessa struttura e sono articolate in maniera sostanzialmente identica sotto il profilo della formulazione. Dunque anche in questo caso il comma 3, pur intervenendo attraverso l'integrale sostituzione dell'art. 590-*bis* c.p., si limita poi a inserire, in alcuni commi e nella rubrica del citato articolo, taluni incisi allo scopo di introdurre nell'ordinamento la fattispecie di lesioni nautiche gravi o gravissime senza innovare rispetto a quanto già previsto per lesioni stradali gravi o gravissime e non modifica i commi quinto, che riguarda circostanze aggravanti applicabili alle sole lesioni stradali, e settimo, che prevede la diminuzione della pena fino alla metà qualora l'evento non dipenda esclusivamente dall'azione o dall'omissione del colpevole ed è immediatamente applicabile anche alle lesioni nautiche. Rimane identico, rispetto alla formulazione del precedente art. 590-*bis*, anche il comma 9, che in seguito alla Riforma Cartabia (D. lgs. 150/2022) dispone che qualora non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo (ovvero nelle ipotesi base di lesioni gravi o gravissime causate da inosservanza delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o della navigazione marittima o interna di cui al primo comma), il reato sia perseguibile a querela della persona offesa.

Nel dettaglio, e avvalendoci della scheda di lettura del Servizio Studi della Camera dei Deputati:

- «il primo comma dell'art. 590-*bis* viene modificato al fine di prevedere che le lesioni conseguenti alla violazione delle norme sulla disciplina della navigazione marittima o interna integrino un'ipotesi di reato colposo punibile con la reclusione da 3 mesi a 1 anno in caso di lesioni gravi e da 1 a 3 anni nel caso in cui le lesioni procurate siano gravissime.

La modifica al secondo comma dell'art. 590-*bis* estende le relative previsioni a chiunque, ponendosi alla conduzione di un'unità da diporto in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, cagioni per colpa lesioni gravi o gravissime ad una persona, stabilendo che sia punito, rispettivamente, con la reclusione da 3 a 5 anni e da 4 a 7 anni.

Ai riferimenti normativi concernenti lo stato di ebbrezza con tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro e lo stato di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope contenuti nel codice della strada (rispettivamente art. 186, c. 2, lett. c) e 187) vengono affiancati gli analoghi riferimenti contenuti nel codice della nautica da diporto, ovvero gli articoli 53-*bis*, comma 2, lett. c) e 53-*quater*.

Ulteriori ipotesi di lesioni colpose commesse in stato di ebbrezza alcolica sono altresì previste ai commi terzo e quarto dell'art. 590-*bis*, che vengono coerentemente modificati per estenderne le previsioni alle lesioni nautiche. Si tratta di casi in cui sia accertato nel conducente un tasso alcolemico compreso tra 0,8 e 1,5 grammi per litro, quindi inferiore a quanto previsto dal secondo comma. In entrambi i commi, al riferimento normativo che stabilisce tale limite per i conducenti di veicoli circolanti su strada (art. 186, c. 2, lett. b), del codice della strada), viene aggiunto quello dell'art. 53-*bis*, comma 2, lettera b), del codice della nautica da diporto, che stabilisce lo stesso limite per i conducenti di unità da diporto.

In particolare, il terzo comma riguarda attualmente i conducenti di veicoli a motore che esercitino l'attività di trasporto di persone o di cose (indicati all'art. 186-*bis*, comma 1, lettere b), c) e d) del codice della strada) e viene integrato con il riferimento a coloro che utilizzano

⁸⁴ Art. 1158 cod. nav.: «Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionali o stranieri, che omette di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice, è punito con la reclusione fino a due anni.

La pena è della reclusione da uno a sei anni, se dal fatto deriva una lesione personale; da tre a otto anni, se ne deriva la morte.

Se il fatto è commesso per colpa, la pena è della reclusione fino a sei mesi; nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà.»

unità da diporto a fini commerciali. Nei confronti di tali soggetti, in caso di commissione di lesioni colpose nello svolgimento della suddetta attività di navigazione commerciale, si applica la stessa pena prevista dal secondo comma, ovvero la reclusione da 3 a 5 anni per le lesioni gravi e da 4 a 7 anni per le lesioni gravissime, anche se in presenza di un tasso alcolemico inferiore, proprio in virtù del fatto che lo stato di ebbrezza viene rilevato nell'esercizio di un'attività professionale.

Il quarto comma prevede invece l'applicazione di una pena più mite (reclusione da 1 anno e 6 mesi a 3 anni per le lesioni gravi e da 2 a 4 anni per le lesioni gravissime) qualora le lesioni siano cagionate da un conducente su cui sia rilevato un tasso alcolemico superiore a 0,8 ma inferiore a 1,5 grammi per litro che non eserciti attività commerciale.

Con la modifica al sesto comma si prevede che le pene previste dall'art. 590-*bis*, a eccezione delle ipotesi previste dal quinto comma (il quale, come già visto, rimane identico ed è applicabile alle sole lesioni stradali) siano aumentate se il fatto è commesso da persona non munita di patente nautica, ove prescritta, o con patente sospesa o revocata ovvero nel caso in cui il natante, l'imbarcazione o nave, sia di proprietà dell'autore del fatto e tale mezzo risulti sprovvisto di assicurazione obbligatoria.

Con la modifica all'ottavo comma, si estende al conducente di un'unità da diporto la disposizione prevista per i casi di pluralità di eventi lesivi. In particolare si prevede che, qualora il conducente cagioni lesioni a più persone, debba applicarsi la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, purché tale pena non superi gli anni 7 di reclusione.»

Ancora, per l'art. 1 comma 4 della legge, un semplice aggiornamento in rubrica è stato sufficiente per adeguare la fattispecie di "Fuga del conducente" (art. 590-*ter*), aggiungendo il riferimento alle lesioni personali nautiche, oltre a quelle stradali già previste⁸⁵.

4.7.

Le modifiche al codice di procedura penale in tema di arresto in flagranza.

L'art. 2 della legge infine adegua le disposizioni del codice di procedura penale in tema di arresto, obbligatorio e facoltativo, in flagranza, prevedendo per l'omicidio nautico e per le lesioni nautiche gravi o gravissime lo stesso trattamento previsto in tema di circolazione stradale. Più precisamente – ai sensi del comma 1 dell'art. 2 – l'art. 380 comma 2 lett. m-*quater* prevede ora l'arresto obbligatorio in flagranza, già previsto per l'omicidio stradale aggravato dallo stato di alterazione del conducente ai sensi dell'art. 589-*bis*, secondo e terzo comma, per la nuova fattispecie dell'omicidio nautico (aggravato). Si è qui anche proceduto a una integrazione sulla base di quanto già prevede il codice della strada nell'art. 189 (*Comportamento in caso di incidente*) nel caso del conducente che si fermi e, occorrendo, presti assistenza a coloro che hanno subito danni alla persona, mettendosi immediatamente a disposizione degli organi di polizia giudiziaria, quando dall'incidente derivi il delitto di lesioni personali colpose: in tale evenienza non è soggetto all'arresto stabilito per il caso di flagranza di reato. Con un ragionamento a *fortiori* si è ritenuto dunque di integrare così la disposizione dell'art. 380 comma 2 lett. m-*quater* sull'arresto obbligatorio in flagranza nei casi di omicidio stradale e nautico aggravato: «salvo che il conducente si sia immediatamente fermato, adoperandosi per prestare o attivare i soccorsi, e si sia messo immediatamente a disposizione degli organi di polizia giudiziaria».

Infine il comma 2 dell'art. 2 modifica l'articolo 381, comma 2, lettera m-*quinquies*, del codice di procedura penale in materia di arresto facoltativo in flagranza per il delitto di lesio-

⁸⁵ A proposito dell'art. 590-*ter* c.p. va segnalata la recente ordinanza del Tribunale di Monza (Sez. pen., ord. 28 aprile 2023, G.U. n. 23 del 7 giugno 2023, Giud. Polastri, in *Sist. pen.* 5 agosto 2023, con scheda di MANFRIN) che pone la questione di legittimità costituzionale in ordine alla parte in cui prevede che per le lesioni colpose gravi o gravissime con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale previste dall'art. 590-*bis*, co. 1, c.p. aggravate dalla fuga del conducente, la pena non possa comunque essere inferiore a tre anni.

La questione è stata ritenuta dal Tribunale monzese rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli articoli 3 e 27, co. 1 e 3, della Costituzione. Si tratta della seconda questione di legittimità che investe – a meno di un anno di distanza e per ragioni sostanzialmente sovrapponibili ad analoga questione sollevata dal Tribunale di Milano – questo profilo della disposizione, al fine di denunciarne la problematica compatibilità con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza della pena, in funzione rieducativa.

ni colpose stradali gravi o gravissime previsto dall'articolo 590-bis, secondo, terzo, quarto e quinto comma, del codice penale, estendendo tale possibilità anche al delitto di lesioni colpose nautiche gravi o gravissime.

5. Considerazioni finali.

La legge approvata il 20 settembre 2023 *colma effettivamente una lacuna* nel nostro ordinamento penale, ponendo fine a una ingiustificata disparità di trattamento dell'omicidio nautico rispetto all'omicidio stradale; e già questo è un merito del provvedimento legislativo. Altro discorso è se davvero questa *tecnica casistica* di parcellizzazione dell'omicidio colposo risponda a una equilibrata politica criminale: e qui i dubbi già riguardavano l'omicidio stradale, espressione di una politica criminale priva di un disegno complessivo e animata spesso dal fattore del consenso su temi di forte impatto. Sul piano pratico ugualmente *difficile da dimostrare è il maggior effetto preventivo* che sono in grado di esercitare nuove sanzioni su comportamenti colposi e specialmente imprudenti, rispetto a quello che potrebbe derivare da un rafforzamento delle (basilari) regole cautelari con annesse autonome sanzioni amministrative.

Fermo il giudizio negativo su questa lunga fase politico criminale – che dovrà prima o poi concludersi, per l'insostenibilità degli effetti – rimane il profilo tecnico di questo adeguamento legislativo, non scevro di difficoltà, dato *che la nuova figura è "tarata" su un precedente "uguale ma diverso"*. Abbiamo esaminato, tra le principali criticità, la natura assai più variegata delle regole cautelari nella navigazione rispetto alla circolazione stradale e la diversità (e ampiezza) del quadro normativo di contorno, con la fattispecie di naufragio (colposo) che fa spesso da accompagnamento alla contestazione dell'omicidio, tutte circostanze che rendono concreto il rischio di una punizione maggiore dell'omicidio nautico rispetto a quello stradale. Si pone poi il problema di un *quadro applicativo dubbio* per la varietà terminologica, emersa anche nel corso dei lavori parlamentari, e in fondo con differenze immotivate attraverso il riferimento normativo alle unità da diporto (termine tecnico con significato preciso) per le fattispecie aggravate specie dall'abuso di alcool o dall'assunzione di stupefacenti. D'altro canto proprio la previsione congiunta con l'omicidio stradale consentirà alla fattispecie di omicidio nautico di giovare di un percorso teorico e applicativo assai esplorato nell'infinita casistica della circolazione stradale⁸⁶.

Sullo sfondo dunque – e non solo qui – si scorge l'esigenza di un *raccordo tra la legislazione complementare e quella del codice penale*. La fattispecie dell'art. 589-bis c.p. è l'ultimo stadio di tutela, quella rivolta all'offesa più grave, ma prima vengono altri stadi normativi contenenti anticipazioni di tutela che dovrebbero contribuire a un sistema progressivo e modulato⁸⁷, senza sovrapposizioni o duplicazioni e rispettoso dei principi di *proporzionalità* e *ragionevolezza*. A maggior ragione ci sembra di avvertire questa necessità – qualche spunto è emerso – in un sistema come quello che precede l'omicidio nautico, con una congerie normativa multilivello e con respiro da locale a statale e internazionale, un quadro certamente più complicato rispetto alla circolazione stradale.

Rimane infine il problema di una *rincorsa continua*, se non si sarà pronti ad accomunare le situazioni di rischio, quando paragonabili, nei medesimi provvedimenti: come accennato,

⁸⁶ Si pensi da ultima, alla sentenza n. 146/2023 della Corte costituzionale, con la quale è stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-bis, primo comma, cod. pen., nella parte in cui non consente l'astratta ammissibilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato in ipotesi di omicidio stradale allorché non ricorra alcuna aggravante e sussistano gli estremi dell'attenuante, a effetto speciale, del concorso di colpa della vittima nella causazione del sinistro mortale. È auspicabile però per la Corte che il legislatore – nelle scelte di politica criminale di sua esclusiva prerogativa – valuti una più ampia ammissibilità della messa alla prova anche per reati che sono molto meno gravi di quelli per cui oggi tale beneficio è consentito, prevedendo che le attenuanti a effetto speciale siano rilevanti agli effetti della messa alla prova. Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione recentemente Cass. 23 febbraio 2023 (ud. 9 febbraio 2023), n. 7879, Varretta, dove si afferma necessario, per l'imputazione soggettiva dell'evento in presenza di violazione di regole cautelari elastiche (frequenti anche in ambito nautico), l'apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento da parte dell'agente modello. La Suprema Corte afferma espressamente, contestando l'impostazione della Corte territoriale, che «non era sufficiente, per rispondere alle doglianze difensive, fare applicazione del principio secondo il quale gli utenti della strada si devono considerare responsabili anche dei comportamenti imprudenti posti in essere da altri, ove prevedibili (Sez. 4, n. 8090 del 15/11/2013, dep. 2014, Saporito, Rv. 259277; Sez. 4, n. 33385 del 08/07/2008, Ianniello, Rv. 240899), essendo anche necessario affrontare compiutamente l'ulteriore argomento della evitabilità dell'evento in concreto, in base alla considerazione *ex ante* di quello che avrebbe dovuto essere il comportamento esigibile in una determinata condizione da un'automobilista diligente e prudente (Sez. 4, n. 9390 del 13/12/2016, dep. 2017, Di Pietro, Rv. 269254 - 01)».

⁸⁷ In generale, sui possibili modelli di raccordo, già da tempo FOFFANI (2003), pp. 293 ss., e dopo l'introduzione nel codice penale della riserva di codice, DONINI (2018), specie p. 433, e ROTOLO (2019), specie pp. 167 ss.

l'esempio è dato da un recente disegno di legge (governativo) che interviene su sanzioni, prevenzione ed educazione stradale, con un rafforzamento delle misure di contrasto alla guida sotto l'effetto di alcool e droghe, e che dunque già sarebbe opportuno estendere, nei limiti della compatibilità, alla nautica.

Bibliografia

ADDANTE, Eleonora (2017): “*Vox populi vox Dei*. L'omicidio stradale: una riforma figlia del tempo attuale”, *Archivio penale*, 2 (web), pp. 1-32

AMBROSETTI, Enrico Mario (2016): “Il nuovo delitto di omicidio stradale”, *Responsabilità civile e previdenza*, 5, pp. 1785-1792

ANGIONI, Francesco (1983): *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico* (Milano, Giuffrè)

ANGIONI, Francesco (1994): *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2^a ed. (Milano, Giuffrè)

ANTOLISEI, Francesco (2018): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, XVI ed. (Milano, Giuffrè)

ARDIZZONE, Salvatore (1992): “Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)”, *Digesto discipline penalistiche*, VI (Torino, Utet)

ARDIZZONE, Salvatore (1994): “Naufragio, disastro aviatorio, disastro ferroviario”, *Digesto discipline penalistiche*, VIII (Torino, Utet)

BECK, Ulrich (2007): *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der Verlorenen Sicherheit* (Frankfurt am Main, Suhrkamp) (trad. it. Sandrelli, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, Laterza, 2008).

BELL, Alexander (2015): *Pericolo e incolumità pubblica* (Rimini, Maggioli)

CAPPELLINI, Alberto (2021): “Colpa e concausa della vittima: il G.U.P. di Roma sull'omicidio stradale di Corso di Francia”, *Giurisprudenza italiana*, 11, pp. 2461-2468

CARTABIA, Marta (2016): “Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky* (Torino, Einaudi), pp. 463-475

CASTRONUOVO, Donato (2009): *La colpa penale* (Milano, Giuffrè)

CERVETTI, Alessandra (1994): “Navigazione interna”, *Digesto discipline privatistiche – sezione commerciale*, X (Torino, Utet)

COMENALE PINTO, Michele Maria (2018): “La disciplina dell'urto aeronautico nella prospettiva del XXI secolo”, *Rivista del Diritto della Navigazione*, 1, pp. 3-43

COMENALE PINTO, Michele Maria (2021): “Il «diritto vivente» e l'autonomia del diritto della navigazione. Interrogativi agli albori del terzo millennio”, *Rivista del Diritto della Navigazione*, 1, pp. 1-75

CORBETTA, Stefano (2003), *Delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, II, 1 (Padova, Cedam)

CORBETTA, Stefano (2021a): *sub art. 422*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V ed., tomo II (Milano, Wolters Kluwer - IPSOA)

CORBETTA, Stefano (2021b): *sub art. 449*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V ed., tomo II (Milano, Wolters Kluver - IPSOA)

D'AMICO, Laura (2019): "La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico", *Diritto Penale Contemporaneo* 9 maggio 2019

D'AURIA, Donato (2016): "Omicidio stradale: prime osservazioni", *Diritto penale e processo*, 4, pp. 432-442

DELOGU, Tullio (1936): "I reati marittimi colposi", *Rivista del Diritto della Navigazione*, XIV-XV, vol. II parte I, pp. 375-409

DEMURO, Gian Paolo (2013): "Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1654-1694

DEMURO, Gian Paolo (2017): "Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata", nota a sent. Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2016 (dep. 2 novembre 2016), n. 45997, *Giurisprudenza italiana*, 4, pp. 942-951

DI LELLO FINUOLI, Marina (2019): "Criminalità stradale e prevenzione delle condotte pericolose", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1383-1429

DONINI, Massimo (2008): "Sicurezza e diritto penale", *Cassazione penale*, 10, pp. 3558-3572

DONINI, Massimo (2018): "L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato", *Diritto penale e processo*, 4, pp. 429-445

DONINI, Massimo (2021): "Presentazione", *Enciclopedia del diritto – I Tematici: Reato colposo* (Milano, Giuffrè).

EUSEBI, Luciano (2009): "Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie", nota a Corte europea diritti uomo, 16/07/2009, n. 22635, sez. II, *Cassazione penale*, 12, pp. 4938-4958

FERRARINI, Sergio (1963): "Note sul concetto di naufragio", *Rivista del Diritto della Navigazione*, vol. XXIV parte I, pp. 90-102

FIANDACA, Giovanni (2009): "Sfrecciare col rosso e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?", *Foro italiano*, 7-8, 2, pp. 414-419

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed. (Bologna, Zanichelli)

FOFFANI, Luigi (2003): "Codice penale e legislazione complementare: da un modello 'pollicentrico' a un modello 'piramidale'", in M. Donini (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare* (Milano, Giuffrè), pp. 293-305

FORTI, Gabrio (1990): *Colpa ed evento nel diritto penale* (Milano, Giuffrè)

FRANK, Reinhard (1890): "Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 10, pp. 169-228

FRAU, Riccardo (2010): "La responsabilità civile nella navigazione da diporto", *Responsabilità civile e previdenza*, 9, pp. 1732-1741

GARGANI, Alberto (2008): "Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza", in *Trattato di Diritto penale*, diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, *Parte speciale*, IX, 1 (Milano, Giuffrè)

GIUNTA, Fausto (2018): "Culpa, culpae", *Criminalia*, pp. 569-599

GRIGOLI, Michele (1977): “Naufragio (dir. nav.)”, *Enciclopedia del diritto*, XXVII (Milano, Giuffrè)

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. (Berlin, Duncker & Humblot)

LATTANZI, Giorgio (2014): “L’omicidio stradale. Relazione al convegno sul tema “Ipotesi su una nuova figura di reato: l’omicidio stradale” – Napoli 7 marzo 2014”, *Cassazione penale*, 6, pp. 1978-1988

LEFEBVRE D’OVIDIO, Antonio, PESCATORE, Gabriele, TULLIO, Leopoldo (2019): *Manuale di Diritto della Navigazione*, XV ed. (Milano, Giuffrè)

LEONE, Giovanni (1940): “Considerazioni sulla sistemazione del diritto penale della navigazione”, in *Studi per la codificazione del diritto marittimo*, I (Roma, Soc. ed. del Foro italiano), pp. 115-129

LOSAPPIO, Giuseppe (2016): “Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni “stradali””, *Diritto Penale Contemporaneo* 30 giugno 2016

LOSCHI, Francesco (2018): “La colpa c.d. cosciente o con previsione tra formante legislativo e prassi applicativa. Lo stato dell’arte alla luce della più recente dottrina e giurisprudenza alla prova della sentenza relativa al naufragio della Costa Concordia”, *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2, pp. 840-880

MAJNO, Luigi (1894): “sub art. 304”, in *Commento al codice penale italiano*, II (Verona, Donato Tedeschi e figlio)

MANES, Vittorio (2019): “La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie”, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima* (Torino, Giappichelli), pp. 173-407

MANFRIN, Francesco Emiliano (2023), “Compatibilità costituzionale delle pene fisse: il Tribunale di Monza solleva una questione con riferimento alle lesioni stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente ex art. 590-ter c.p.”, *Sistema penale* 5 agosto 2023

MANTOVANI Ferrando (2020), *Diritto Penale. Parte generale*, XI ed. (Milano, Wolters Kluwer - Cedam)

MANTOVANI, Marco (2015): “In tema di omicidio stradale”, *Diritto Penale Contemporaneo* 9 dicembre 2015

MANZINI, Vincenzo (1986): *Trattato di diritto penale italiano*, VI, V ed. (Torino, Utet)

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, GATTA, Gian Luigi (2023): *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 12^a ed. (Milano, Giuffrè)

MASERA, Luca (2021): sub art. 589, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V edizione, tomo III (Milano, Wolters Kluwer - IPSOA)

MASSARO, Antonella (2016): “Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato””, *Diritto Penale Contemporaneo* 20 maggio 2016

MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida (2017): “Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell’irragionevolezza”, *Archivio penale*, 1 (web), pp. 1-52

MENGHINI, Antonia (2016): *L’omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione di sistema* (Napoli, Editoriale Scientifica)

MONGILLO, Vincenzo (2018): “Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della sentenza Schettino”, *Diritto Penale Contemporaneo* 14 febbraio 2018

MONTAGNI, Andrea (2021): *sub art. 589-bis*, in *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini e G. Marinucci, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V edizione, tomo III (Milano, Wolters Kluver - IPSOA)

MORANDI, Francesco (1998): “Contravvenzioni marittime e aeronautiche”, *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, (Milano, Giuffrè)

NAPPI, Antonio (2020): “Omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale: riflessioni comparatistiche e prospettive di riforma”, *L'Indice penale*, 1, pp. 216-229

NAUCKE, Wolfgang (1991): *Strafrecht. Eine Einführung*, 6. Aufl., (Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag)

NOTARO, Domenico (2016): “I nuovi reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali: norme “manifesto” o specializzazione dello statuto colposo?”, *La Legislazione Penale* 28 luglio 2016

PADOVANI, Tullio (1987): “Reati della navigazione”, *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII (Milano, Giuffrè)

PALAZZO, Francesco (2017): “Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale”, in AA. Vv., *Scritti in onore di G. Furgiele* (Mantova, Universitas Studiorum), pp. 311-327

PALIERO, Carlo Enrico (2006): “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti sociali dei media)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 467-536

PAVICH, Giuseppe (2016): “Omicidio stradale e lesioni stradali: novità e possibili criticità della nuova legge”, *Cassazione penale*, 6, pp. 2309-2315

PIERGALLINI, Carlo (2019): “L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli “self restraint” e imbarazzanti silenzi”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2, pp. 1199-1215

PIERGALLINI, Carlo (2020): “Focus: l'omicidio stradale. Introduzione”, *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, pp. 169-178

PISA, Paolo (2012): “Il naufragio della Costa Concordia: i profili di responsabilità penale”, *Diritto penale e processo*, 3, pp. 367-371

PISTILLI, Nicola (2017): “Il concorso di colpe nella circolazione stradale: alcuni punti fermi attendendo la giurisprudenza al varco della nuova attenuante”, *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1451-1459

PISTILLI, Nicola (2019): *Profili penali della colpa stradale* (Milano, Wolters Kluver – Cedam)

PRITTWITZ, Cornelius (1993): *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann)

PULITANÒ, Domenico (2021): *Diritto penale*, 9^a ed. (Torino, Giappichelli)

RECCIA, Eliana (2014): *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza* (Torino, Giappichelli)

RIVELLO, Pier Paolo (1990): “Diritto penale della navigazione”, *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV (Torino, Utet)

ROIATI, Alessandro (2016): “L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione”, *Diritto Penale Contemporaneo* 1° giugno 2016

ROMAGNOLI, Ettore (2009): “I delitti della navigazione: cenni introduttivi al diritto penale marittimo”, *Trasporti: diritto, economia, politica*, 108, pp. 9-28

- ROMANO, Mario (2004), *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, terza ed. (Milano, Giuffrè)
- ROMANO, Mario (2008): “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 984-1003
- ROSSI, Stefania (2020): *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* (Napoli, Editoriale Scientifica)
- ROTOLO, Giuseppe (2019): “Riserva di codice e legislazione penale complementare”, *JusOnline*, 3, pp. 160-186
- ROXIN, Claus (1964): “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”, *JuS*, pp. 53-61
- SQUILLACI, Ettore (2016): “Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali”, *Diritto Penale Contemporaneo* 18 aprile 2016
- STORTONI, Luigi (2019): “Il diritto penale sotto il segno dell’efficienza del sistema”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 379-396
- TRAPANI, Mario (2022): *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato* (Roma, Romatre-Press)
- TRONCONE, Fulvio (1996): “Il delitto di naufragio colposo: una fattispecie di nuovo attuale”, *Studi Marittimi*, 49, pp. 45-51
- VENEZIANI, Paolo (2021): “Omicidio stradale e responsabilità per colpa”, *Enciclopedia del diritto – I Tematici: Reato colposo* (Milano, Giuffrè)
- VIGANÒ, Francesco (2005): “«Fuga spericolata» in autostrada e incidente con esito letale: un’ipotesi di dolo eventuale?”, *Corriere del Merito*, 1, pp. 73-77
- VIGANÒ, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale* (Torino, Giappichelli)
- ZUNARELLI, Stefano e COMENALE PINTO, Michele Maria (2023): *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, I, ed. V (Milano, Wolters Kluwer - Cedam)

L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento tra iniziativa delle parti e poteri del giudice

La aplicación de las penas sustitutivas en el procedimiento de admisión de responsabilidad por iniciativa de las partes y los poderes del juez

The Application of Alternative Punishments in Plea Bargain Between Parties' Initiatives and Judge's Powers

FRANCESCO LAZZARINI

*Dottorando di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano
 francesco.lazzarini@unimi.it*

PENE SOSTITUTIVE,
 PROCEDIMENTI SPECIALI

PENAS SUSTITUTIVAS,
 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

ALTERNATIVE PUNISHMENT,
 SPECIAL PROCEEDINGS

ABSTRACTS

La riforma Cartabia ha ristrutturato dalle fondamenta il sistema delle pene sostitutive, anche nei suoi aspetti processuali, e il patteggiamento si pone quale luogo elettivo per la loro applicazione. Tuttavia, nella disciplina del rito, il legislatore si è limitato a introdurre, accanto a una generica disposizione, un rinvio all'applicazione delle disposizioni relative al c.d. *sentencing* nel procedimento ordinario, in quanto compatibili. Spetta così all'interprete ricostruire le prerogative delle parti e, soprattutto, i poteri del giudice, in un procedimento dominato dalla logica negoziale. In questa prospettiva, il contributo mira ad analizzare le diverse tipologie di richieste formulabili dalle parti, in relazione al loro grado di completezza, e a delimitare, per ciascuna di esse, gli eventuali spazi d'intervento del giudice nelle scelte sulla pena sostitutiva e sui suoi contenuti. Ciò, vagliando la compatibilità delle soluzioni ermeneutiche con i principi che governano il rito negoziato e con le esigenze di coerenza e di tenuta del sistema.

La reforma Cartabia ha reestructurado desde los cimientos el sistema de penas sustitutivas, incluso en sus aspectos procesales, y el procedimiento de admisión de responsabilidad se presentan como el lugar elegido para su aplicación. Sin embargo, en la regulación de este procedimiento, el legislador se limitó a introducir, junto a una disposición genérica, una remisión a la aplicación de las normas relacionadas con el denominado *sentencing* en el procedimiento ordinario, siempre que sean compatibles. Por lo tanto, corresponde al intérprete reconstruir las prerrogativas de las partes y, sobre todo, los poderes del juez en el procedimiento de admisión de responsabilidad, dominado por la lógica negociadora. Desde esta perspectiva, el artículo tiene como objetivo analizar los diferentes tipos de solicitudes que las partes pueden formular en relación con su grado de completitud, y delimitar, para cada una de ellas, los posibles espacios de intervención del juez en las decisiones sobre la pena sustitutiva y su contenido. Lo anterior, evaluando la compatibilidad de las soluciones interpretativas con los principios que rigen el procedimiento negociado y con las necesidades de coherencia y sostenibilidad del sistema.

The so called "Cartabia Reform" restructured the system of alternative punishments from its foundations, including its procedural aspects, and plea bargain stands as the elective place for their application. However, in the regulation of the procedure, the legislature merely introduced, alongside a generic provision, a reference to the application of the provisions regarding the so-called *sentencing* in the ordinary proceeding, insofar as they are compatible. Therefore, it is up to the jurist to reconstruct the rights of the parties and, above all, the powers of the judge, in a procedure dominated by the logic of negotiation. In this perspective, the author aims to analyse the different types of requests that can be formulated by the parties, in relation to their degree of completion,

and to delimit, for each of them, the possible spaces of intervention of the judge in the choices on the alternative punishment and its contents. Finally, the author intends to examine the compatibility of the solutions with the principles that govern the plea bargain and with the requirements of coherence and tightness of the system.

SOMMARIO

1. Il patteggiamento come terreno elettivo di applicazione delle pene sostitutive. – 2. L'accordo "completo" sulla sostituzione. – 3. L'accordo "incompleto" sulla sostituzione. – 3.1. La determinazione della pena sostitutiva e/o delle sue modalità esecutive in esito all'udienza ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p. – 3.1.1. Il completamento giurisdizionale dell'intesa. – 3.1.2. L'attività acquisitiva come mero impulso alle parti per un nuovo accordo. – 3.1.3. Il completamento giurisdizionale dell'intesa "sanato" da una nuova espressione del consenso. – 3.2. La determinazione "differita" delle modalità di esecuzione della pena sostitutiva. – 4. La sostituzione "delegata". – 5. La sostituzione officiosa. – 5.1. Il quadro giurisprudenziale precedente alla riforma Cartabia. – 5.2. La disciplina introdotta dalla riforma Cartabia. – 5.3. Gli esiti deformanti della sostituzione disposta d'ufficio. – 6. Osservazioni conclusive.

1.

Il patteggiamento come terreno elettivo di applicazione delle pene sostitutive.

Non è la prima volta che il tentativo di rilanciare le pene sostitutive guarda al rito contrattato quale luogo privilegiato della loro applicazione. Già vent'anni fa, con la legge 12 giugno 2003, n. 134, il legislatore, potenziando, nell'ambito di uno stesso intervento normativo, il sistema delle sanzioni sostitutive e il patteggiamento¹, mostrava di intendere i due istituti come fortemente interconnessi².

La stessa impostazione di fondo si rinveniva nella Relazione finale della Commissione Lattanzi, che aveva suggerito al legislatore di istituire una «operatività sinergica tra le sanzioni extradetentive e i riti alternativi»³, riservando l'applicabilità della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e dell'affidamento in prova sostitutivo⁴ al solo patteggiamento, per massimizzare gli obiettivi di deflazione processuale⁵. Nella proposta della Commissione, erano residuali le fattispecie in cui la sostituzione con le pene sopra menzionate sarebbe potuta avvenire anche in esito al dibattimento⁶. In più, sebbene si prospettasse l'applicazione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo sia nel procedimento ordinario sia nel

¹ L'intervento normativo, oltre ad introdurre il c.d. patteggiamento allargato, elevò a due anni la soglia della pena detentiva sostituibile, dopo che, con l'art. 5, comma 1, d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. in l. 12 agosto 1993, n. 296, il limite era stato portato a un anno, raddoppiandolo rispetto a quello di sei mesi, risultante dalla versione originaria dell'art. 53, comma 1, l. 24 novembre 1981, n. 689. Peraltro, i dati hanno dato atto del fallimento delle sanzioni sostitutive, malgrado il progressivo ampliamento del loro perimetro operativo, v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in *www.governo.it*, p. 64, secondo cui, al 15 aprile 2021, i soggetti in carico all'Ufficio di esecuzione penale esterna a titolo di semidetenzione erano 2, quelli a titolo di libertà controllata erano 104. Si tratta di dati tali da avere indotto la Commissione stessa ad affermare che quelle disciplinate dalla l. n. 689/1981 fossero «sanzioni [...] esistenti solo sulla carta». Sul punto, v., *ex multis*, DOLCINI (2022), p. 4; BIANCHI (2021), p. 35; AMARELLI (2022), p. 235; GARGANI (2023), p. 18; PALAZZO (2021b), p. 12.

² VARRASO (2023), §4; GIUNTA (2004), p. 69, secondo cui, rispetto all'ampliamento del raggio operativo del patteggiamento, il potenziamento delle sanzioni sostitutive mostrava per intero la sua potenzialità, «fungendo da fattore di forte incremento dell'accesso» al rito negoziato. In verità, già la «applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato», antenata del patteggiamento, disciplinata dagli artt. 77 ss., l. n. 689/1981 istituiva una stretta correlazione tra la giustizia negoziata e l'applicazione delle sanzioni sostitutive, sull'istituto, v. VIGONI (2000), pp. 1-4.

³ ABBAGNANO TRIONE (2022a), p. 240.

⁴ L'indicazione volta all'inclusione dell'affidamento in prova nel catalogo delle pene sostitutive non è stata colta dal legislatore delegante (art. 1, comma 17, lett. b), l. 27 settembre 2021, n. 134). Parte della dottrina ha ritenuto che la scelta legislativa sia stata motivata dalla necessità di non disincentivare il ricorso alla sospensione del procedimento con messa alla prova, v. GATTA (2021), p. 17. Inoltre, la determinazione del legislatore è stata ricondotta all'equilibrio interno della maggioranza che sosteneva il Governo Draghi e alla preoccupazione di mantenere il connubio pena-limitazione della libertà personale, v. VARRASO (2023), §4; DOLCINI (2021), §3. Peraltro, si è evidenziato che l'esclusione dell'affidamento in prova sia suscettibile di rappresentare un freno alla sostituzione delle pene detentive, visto che, per l'imputato, potrebbe apparire più conveniente far seguire alla sentenza di condanna un'istanza volta alla concessione di questa misura alternativa, piuttosto che prestare il consenso, in sede di cognizione, alla sostituzione con pene maggiormente affittive, quali la semilibertà sostitutiva o la detenzione domiciliare sostitutiva, v. DOLCINI (2022), p. 11. Diversi Autori hanno anche sottolineato come non si possa escludere che un imputato ritenuto inidoneo all'applicazione di una pena sostitutiva sia giudicato, in sede esecutiva, idoneo all'affidamento in prova, con la conseguenza che chi viene valutato idoneo alla sostituzione in fase di cognizione può subire un trattamento deteriore (ad es., la condanna alla semilibertà sostitutiva o alla detenzione domiciliare sostitutiva) rispetto a chi viene giudicato tale in sede esecutiva, v. BORTOLATO (2023), p. 5; BIANCHI (2021), p. 40; VARRASO (2023), §4. Infine, si è sottolineato che l'affidamento in prova sostitutivo sarebbe stata «la *species* sanzionatoria meglio idonea a fornire una risposta al reato realmente individualizzata, ovvero sia ritagliata sulle specifiche esigenze di reinserimento sociale del condannato e capace di promuovere una partecipazione "attiva" e "responsabilizzante" di quest'ultimo nell'esecuzione della pena; e per altro verso avrebbe consentito di porre rimedio al fenomeno dei c.d. liberi sospesi», v. VENTUROLI (2023), pp. 5-6.

⁵ Si legge nella Relazione che «nel contesto di un progetto di riforma più ampio, volto a rendere più efficiente il processo penale riducendone i tempi, la Commissione ritiene che la proposta avanzata possa essere opportunamente riservata al rito alternativo del patteggiamento, rappresentandone un forte incentivo», v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 66.

⁶ La Commissione aveva suggerito di limitare la possibilità di sostituzione in esito al giudizio ordinario solo per «specifici reati», v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 64.

patteggiamento, era solo in questa seconda ipotesi che la pena avrebbe avuto una durata non superiore alla metà della pena detentiva sostituita⁷.

Peraltro, il Governo e il Parlamento hanno attenuato le interazioni tra il rito negoziato e le pene sostitutive, consentendo l'applicabilità di queste ultime a prescindere dalle forme in cui si sia svolta la fase di cognizione⁸. L'abbandono di quella «fortissima sinergia tra pena e processo», immaginata dalla Commissione Lattanzi, è stato salutato con favore da una parte della dottrina penalistica, preoccupata che l'infissione di una pena motivata da ragioni esclusivamente processuali potesse pregiudicare la proporzionalità della stessa al disvalore del fatto commesso⁹.

In verità, l'interconnessione tra le pene sostitutive e i riti alternativi, seppur di molto depotenziata, non risulta del tutto annullata, come emerge dall'art. 56-*bis*, comma 4, l. 24 novembre 1981, n. 689, a norma del quale il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato al risarcimento del danno o all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, comporta la revoca della confisca facoltativa solo quando la pena sia stata applicata con la sentenza di patteggiamento o con il decreto penale di condanna¹⁰.

Comunque, se è vero che, in linea di principio, l'applicazione di una pena sostitutiva non rappresenta più la contropartita di una rinuncia alla piena cognizione¹¹, è altrettanto vero, come si è affermato, che il patteggiamento «sembra rimanere la sede privilegiata»¹² della sostituzione. Si è sostenuto, infatti, che, nel rito negoziato, l'operazione sarà correlata spesso a veri e propri «saldi», come avviene già oggi, e che le parti potranno concordare l'applicazione di una pena sostitutiva senza doversi affidare alla discrezionalità sanzionatoria del giudice nel procedimento ordinario¹³.

Venendo ora alle modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, tre sono gli interventi che hanno inciso in modo più significativo sulla disciplina delle pene sostitutive nel patteggiamento.

Innanzitutto, il legislatore ha riscritto l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981 e ha disposto che il giudice possa sostituire la pena detentiva con una delle pene *ex art. 20-bis* c.p. «nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti», introducendo così il riferimento al patteggiamento, non presente nel testo previgente della disposizione.

In secondo luogo, è stata apportata una modifica meramente formale all'art. 444, comma 1, c.p.p.: il legislatore delegato ha confermato la possibilità, già contemplata dalla disposizione¹⁴, che l'accordo delle parti preveda la sostituzione della pena detentiva, limitandosi ad adeguare al rinnovato *nomen iuris*¹⁵ la terminologia impiegata dalla norma, che prima faceva riferimento

⁷ Al contrario, per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo applicato in esito al giudizio ordinario, si prevedeva una durata corrispondente a quella della pena detentiva sostituita, v. Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 66.

⁸ GARGANI (2022), p. 10; VARRASO (2023), §4.

⁹ PALAZZO (2021b), p. 6; VENTUROLI (2023), p. 6, secondo cui «il legame tra le sanzioni sostitutive e i procedimenti speciali [...] viene a compromettere la *ratio* solidaristica idealmente assegnata alle alternative al carcere, a causa della risaputa impossibilità di riconoscere una qualsiasi giustificazione penologica ai riti premiali, e tanto meno in termini di prevenzione speciale positiva». Anche la soluzione fatta propria dalla riforma, peraltro, non ha mancato di sollevare perplessità, nella misura in cui, con l'innalzamento a quattro anni della pena detentiva sostituibile, «la divaricazione quantitativa e qualitativa tra pena editale e pena irrogata in concreto è sempre più vistosa e foriera di distorsioni e incomprensioni sul piano comunicativo», GARGANI (2022), p. 22. Sulla stessa linea, v. AMARELLI (2022), p. 237, che sottolinea come la possibilità di sostituire pene detentive fino a quattro anni si ponga in termini problematici rispetto alla funzione general-preventiva della pena. La circostanza della divaricazione tra pena prevista e pena espiata era già stata sottolineata in occasione dell'innalzamento dei limiti editali per la sostituzione operata con l'art. 4, comma 1, l. n. 134/2003 da VIGONI (2004), pp. 711-712.

¹⁰ Il legislatore pare essersi ispirato a quanto disposto dall'art. 186, comma 9-*bis*, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, c.d. Codice della strada (guida sotto effetto di alcol) e dall'art. 187, comma 8-*bis*, c.d.s. (guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti), a norma dei quali il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità comporta, tra le altre cose, la revoca della confisca del veicolo sequestrato. In questi casi, tuttavia, la premialità viene riconosciuta a prescindere dalle forme in cui si è svolta la fase di cognizione. Nella disciplina dell'art. 56-*bis*, l. n. 689/1981, invece, «la revoca della confisca è agganciata e condizionata all'accesso ai predetti riti alternativi, che il legislatore delegante ha inteso evidentemente incentivare per contribuire a ridurre i tempi medi del processo penale. La rinuncia dello Stato al bene confiscato [...] è funzionale all'anzidetto obiettivo. D'altra parte, l'accesso ai riti alternativi, con l'applicazione del LPU, è sempre subordinato alla valutazione del pubblico ministero, prima, e del giudice, poi, che potranno tenere adeguatamente in considerazione la possibilità della revoca della confisca», *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, in G.U., Serie generale n. 245 del 19 ottobre 2022 – Suppl. straordinario n. 5*, p. 201.

¹¹ PALAZZO (2021a), p. 3.

¹² VARRASO (2023), §4.

¹³ VARRASO (2023), §4. Anche ABBAGNANO TRIONE (2023), p. 758, nota 7, evidenzia che la riforma, con l'innalzamento a quattro anni della pena detentiva sostituibile, incentiverà il ricorso ai riti alternativi. Nello stesso senso, v. GUIDI (2023), p. 12.

¹⁴ Già nella sua versione originaria, entrata in vigore nel 1989, l'art. 444 c.p.p. prevedeva che «l'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva [...]».

¹⁵ Come si legge nella Relazione illustrativa, «la scelta del legislatore delegato, in linea con lo spirito della legge delega, è di adottare senza indugi la nuova denominazione, più coerente col sistema sanzionatorio e, per quanto si è detto, con la Costituzione. Si tratta di pene, diverse

alle «sanzioni sostitutive»¹⁶.

Infine, la riforma ha introdotto un nuovo comma 1-*bis* all'art. 448 c.p.p., volto a disciplinare le fattispecie in cui le parti concordano l'applicazione di una pena sostitutiva e non è possibile decidere immediatamente¹⁷. In questi casi, si prevede che il giudice sospenda il processo, rinviandolo ad altra udienza a non oltre sessanta giorni, e che trovi applicazione, in quanto compatibile, l'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p.¹⁸. Si tratta della disposizione che, ai fini della decisione del giudice sulla sostituzione, sulla scelta della pena sostitutiva e delle relative prescrizioni, gli consente di acquisire informazioni, tra gli altri, dall'Ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria¹⁹ e di richiedere al primo la predisposizione del programma di trattamento.

Va ora compreso come la disciplina appena richiamata si atteggi rispetto alle situazioni che potranno verificarsi nella prassi giudiziaria, in relazione alle diverse tipologie di richieste formulabili dalle parti e ai poteri esercitabili dal giudice. In particolare, va verificata la tenuta dei principi che governano il procedimento speciale alle innovazioni introdotte dalla riforma.

2.

L'accordo "completo" sulla sostituzione.

La prima ipotesi, che la Relazione illustrativa definisce «fisiologica», è quella in cui le parti sottopongono al giudice un accordo «solo da delibare»²⁰. Si tratta, cioè, del caso in cui l'imputato e il pubblico ministero abbiano concordato la pena sostitutiva da applicare e le sue modalità esecutive.

Il problema relativo alla determinazione del contenuto del trattamento sanzionatorio si pone, in particolare, per le c.d. «pene-programma»²¹, imperniate su flessibili obblighi di astensione, divieti e prescrizioni positive. Nella semilibertà sostitutiva (art. 55, l. n. 689/1981) e nella detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56, l. n. 689/1981), ad esempio, vanno quantificate le ore che il condannato deve trascorrere presso l'istituto di pena o presso il domicilio, così come l'attività che gli è consentito svolgere all'esterno e le modalità della stessa. Anche nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo (art. 56-*bis*, l. n. 689/1981) vanno individuate la frequenza e la modalità della prestazione. Nel caso della detenzione domiciliare sostitutiva, inoltre, si prevede che possano essere prescritte modalità di controllo, pure mediante mezzi elettronici (art. 56, comma 4, l. n. 689/1981). Tra le prescrizioni comuni che è possibile disporre, inoltre, compaiono divieti quali quello di avvicinamento alla persona offesa (art. 56-*ter*, comma 2, l. n. 689/1981).

Nel senso di una predeterminazione di tutti questi aspetti nella richiesta di applicazione della pena, spinge la *soft law* di recentissima elaborazione: ad esempio, lo «Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi», sottoscritto il 13 febbraio scorso dai Presidenti delle sedi giudiziarie di Milano, dell'Ordine degli Avvocati, della Camera Penale e dal dirigente dell'Ufficio di esecuzione penale esterna, prescrive ai difensori «in caso di applicazione pena su richiesta delle parti, [di] depositare la documentazione necessaria e concordare con il pubblico ministero anche la pena sostitutiva e le condizioni della stessa». Il protocollo, inoltre, specifica che «si applica l'art. 448 comma 1 *bis* solo nei casi strettamente necessari»²².

da quelle edittali (detentive e pecuniarie), irrogabili dal giudice penale in sostituzione di pene detentive, funzionali alla rieducazione del condannato, così come a obiettivi di prevenzione generale e speciale», v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 185.

¹⁶ Nell'ambito del rito negoziato, il legislatore non ha fatto mostra della stessa diligenza nell'art. 445, comma 2, c.p.p., in cui ancora compare la locuzione «sanzione sostitutiva».

¹⁷ La disposizione è parallela a quella dell'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., la cui operatività sarebbe limitata, secondo la Relazione illustrativa, al giudizio ordinario e al giudizio abbreviato, v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 241. Sul punto, v., *infra*, §5.2.

¹⁸ Una disposizione analoga è prevista all'art. 554-*ter*, comma 2, c.p.p., per il caso in cui le parti concordino l'applicazione di una pena sostitutiva e ne facciano richiesta nell'udienza di comparizione predibattimentale in seguito a citazione diretta.

¹⁹ Si prevede inoltre che il giudice possa acquisire dai soggetti indicati dall'art. 94, T.U. Stupefacenti la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol, da gioco d'azzardo e il programma terapeutico.

²⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 241.

²¹ DE VITO (2023), p. 10.

²² *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, in www.sistemapenale.it, 14 febbraio 2023, p. 3. Recano formulazioni testualmente analoghe anche altri Protocolli, siglati nelle scorse settimane, sul modello di quello milanese, v., per es., *Protocollo operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Prato il 27 aprile 2023, in www.tribunale.prato.it, p. 3; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste il 5 maggio 2023, in www.tribunale.trieste.it, p. 2;

Dunque, nell'ipotesi in cui le parti abbiano già definito i "contenuti" della pena da sostituire, l'udienza *ex art. 448*, comma 1-*bis*, c.p.p. è destinata a svolgere un ruolo meramente residuale.

Pare infatti che la sospensione del processo possa essere disposta solo ai fini della verifica sul ricorrere dei requisiti di legge per la sostituzione della pena, che, in quanto riconducibile, in definitiva, al vaglio sulla congruità della stessa *ex art. 444*, comma 2, c.p.p., rimane di stretta pertinenza del giudice. Sebbene la Relazione illustrativa non riconduca il rinvio ad altra udienza a questa finalità²³, la sospensione del processo potrebbe rendersi necessaria per reperire dall'Ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria la documentazione utile all'effettuazione del predetto vaglio, nei casi in cui le parti non l'abbiano allegata alla richiesta. Si potrebbe trattare, ad esempio, dell'ipotesi in cui l'imputato e il pubblico ministero concordino l'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva, determinando il tasso giornaliero, senza mettere a disposizione del giudice gli elementi posti a fondamento della quantificazione, che va operata con riguardo alle complessive condizioni patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare (*art. 56-quater*, l. n. 689/1981)²⁴.

Sarebbero casi come questi, dunque, quelli in cui «non è possibile decidere immediatamente».

Del resto, l'*art. 545-bis*, comma 2, c.p.p., a cui fa rinvio, in quanto compatibile, l'*art. 448*, comma 1-*bis*, c.p.p., individua tra le finalità della sospensione quella «di decidere sulla sostituzione della pena detentiva». La locuzione, nel contesto di un accordo che già individui la pena e ne definisca le modalità esecutive, pare riconducibile unicamente alla necessità di assicurare al giudice una base conoscitiva adeguata alle verifiche che è chiamato a svolgere sulla sussistenza dei presupposti per la sostituzione.

Al contrario, non paiono superare il vaglio di compatibilità *ex art. 448*, comma 1-*bis*, c.p.p. le altre funzioni del rinvio menzionate dall'*art. 545-bis*, comma 2, c.p.p.: in particolare, quando le parti hanno già concordato la pena sostitutiva e il suo contenuto, non sembra che il giudice possa disporre le acquisizioni documentali ai fini della «scelta della pena sostitutiva [...] nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni relative». In questo caso, infatti, ogni aspetto dell'applicazione della pena sostitutiva forma oggetto dell'accordo, sul quale il giudice, come di regola avviene nel rito negoziato, può esprimersi unicamente nel senso dell'accoglimento o del rigetto, non essendogli consentito di incidere sulle determinazioni discrezionali delle parti (sul punto, v., *amplius, infra*, §3.1).

3. L'accordo "incompleto" sulla sostituzione.

Certamente più problematica è invece l'ipotesi in cui l'accordo delle parti abbia un contenuto più ridotto, limitato alla sostituzione della pena detentiva o all'individuazione della stessa, senza che però ne siano determinate le modalità di esecuzione e le prescrizioni. Ciò, in particolare, per la semilibertà sostitutiva, per la detenzione domiciliare sostitutiva e per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, che prevedono la definizione di un programma adeguato al caso concreto²⁵.

Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, sottoscritto a Lecco il 12 maggio 2023, in www.tribunale.lecco.it, p. 2. Nello stesso senso si orientano anche le *Linee guida per l'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi*, sottoscritte a Torino il 16 aprile 2023, in www.ordineavvocatorino.it, p. 2.

²³ Per le funzioni dell'udienza *ex art. 448*, comma 1-*bis*, c.p.p., v., *infra*, §3.1.

²⁴ Con riferimento a questa ipotesi, ad esempio, il Protocollo milanese prescrive ai difensori di «produrre documentazione inerente al reddito e al patrimonio e ogni altro documento» finalizzato alla determinazione del tasso giornaliero e all'eventuale concessione della rateizzazione, v. *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, cit., p. 3.

²⁵ Ai fini che qui interessano, importa unicamente che si tratti di "pene-programma", come tali imperniate su flessibili obblighi di astensione, divieti e prescrizioni positive (v., *supra*, §2). Non rileva, invece, la questione se l'Ufficio di esecuzione penale esterna debba o no predisporre il "programma di trattamento". Sul punto, infatti, si discute se quest'ultimo debba essere redatto per ciascuna delle tre pene sostitutive che si sono menzionate. Pare militare in senso negativo il fatto che soltanto l'*art. 55*, l. n. 689/1981, in materia di semilibertà sostitutiva, lo menziona espressamente. Non vi fanno riferimento, invece, né l'*art. 56*, l. n. 689/1981, in materia di detenzione domiciliare sostitutiva, né l'*art. 56-bis*, l. n. 689/1981, in materia di lavoro di pubblica utilità sostitutivo. In questo senso, con l'evidente intento di alleggerire il carico sull'Ufficio di esecuzione penale esterna, v., per es., *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, p. 3; *Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Lecco, cit., p. 3; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste, cit., p. 5; *Protocollo con vademecum sulle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Napoli (sede di Napoli Nord), in www.sistemapenale.it, 1 giugno 2023, pp. 2 ss. In senso contrario, tuttavia, pare deporre, ad esempio, l'*art. 459*, comma 1-*ter*, c.p.p., che, in materia di conversione della pena pecuniaria nella pena del lavoro di pubblica utilità dispone che «con

3.1. *La determinazione della pena sostitutiva e/o delle sue modalità esecutive in esito all'udienza ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.*

L'udienza *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.* sembra potere svolgere un ruolo ben più pregnante nelle ipotesi in cui l'accordo delle parti non sia completo al punto da consentire al giudice di pronunciarsi immediatamente sulla richiesta.

Come si desume dal tenore testuale della disposizione, il giudice può disporre il rinvio nel caso in cui l'imputato e il pubblico ministero «concordano» l'applicazione di una pena sostitutiva. Sul punto, la Relazione illustrativa esplicita che «l'accordo almeno generale deve essere già raggiunto e deve precedere la richiesta di differimento dell'udienza»²⁶. La finalità è quella di evitare istanze esplorative o dilatorie, che impegnino l'Ufficio di esecuzione penale esterna in attività preparatorie cui non segua un esito concreto²⁷.

Stando alla Relazione illustrativa, le situazioni in cui pare possibile il rinvio sarebbero allora (i) quella in cui le parti abbiano concordato la sostituzione, ma non abbiano ancora individuato quale delle pene sostitutive di cui all'art. 20-bis c.p. applicare²⁸, (ii) quella in cui le parti, raggiunto l'accordo sulla pena sostitutiva, non abbiano definito le sue modalità esecutive²⁹. In altri termini, si tratterebbe delle ipotesi diverse da quella «fisiologica» su cui ci si è diffusi in precedenza (v., *supra*, §2), che ricorrerebbe «quando l'iniziativa diligente della difesa e la disponibilità del pubblico ministero si incontrano tempestivamente»³⁰.

Nei casi menzionati, dunque, va indagato quale significato assuma il rinvio all'art. 545-bis, comma 2, c.p.p. In effetti, la disposizione indica quali finalità della sospensione proprio la scelta della pena sostitutiva e la determinazione degli obblighi e delle prescrizioni relative, nonché la predisposizione del programma di trattamento. Nella scarsa chiarezza del dato normativo, resta da capire come salvaguardare, in queste ipotesi, il vincolo di compatibilità *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.*

Iniziano qui a profilarsi, infatti, alcune possibili tensioni tra la disciplina della sostituzione e la fisionomia del patteggiamento. A entrare in gioco sono sia il rapporto fra l'accordo delle parti e le attribuzioni del giudice, sia il problema dei limiti che l'organo giurisdizionale incontra nell'integrare l'accordo e nel sostituire la propria volontà a quella delle parti. La questione riveste primaria rilevanza, se si considera che, come sostenuto dalle Sezioni unite, l'equilibrio del patteggiamento consiste proprio nella necessaria corrispondenza tra la base negoziale del procedimento e il potere decisionale del giudice³¹.

Centro dell'elaborazione in materia è il principio di intangibilità dell'accordo, secondo cui «il giudice può accogliere o rigettare “in blocco” l'intesa, senza possibilità di modifica [e di] aggiunta»³². Come ha affermato la Cassazione, «stante la struttura in larga parte negoziale che domina il procedimento di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., al giudice, il quale è terzo rispetto al negozio bilaterale posto a fondamento del procedimento, è consentito unicamente di ratificare ovvero di negare la propria ratifica ai termini concordati tra le parti»³³.

Le eccezioni a questo assetto sono tassative e riguardano unicamente le materie insuscettibili di formare oggetto dell'accordo e le fattispecie in cui le parti non abbiano predeterminato

l'istanza, l'imputato può chiedere un termine di sessanta giorni per depositare la disponibilità dell'ente o dell'associazione di cui all'articolo 56-bis, primo comma, e il programma dell'ufficio di esecuzione penale esterna».

²⁶ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.

²⁷ Sono state sempre ragioni di economia, anche se parzialmente differenti, a guidare il legislatore nel congegnare l'art. 545-bis c.p.p., sul presupposto che, all'esito del dibattimento, l'attività dell'Ufficio di esecuzione penale esterna potrebbe risultare vana, ad esempio, per via della pronuncia di una sentenza di assoluzione o della pronuncia di una sentenza di condanna a pena superiore ai quattro anni o dell'eventuale opposizione dell'imputato alla sostituzione o, infine, dell'eventuale valutazione di non meritevolezza espressa dal giudice all'esito del processo, v. CHELO (2023), p. 178. Nel dibattimento, peraltro, il rinvio dell'intervento dell'Ufficio di esecuzione penale esterna è parso necessario in quanto un suo preventivo coinvolgimento sarebbe potuto apparire come un'anticipazione di giudizio, v. Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., pp. 246-247; CHELO (2023), p. 178.

²⁸ A questa eventualità parrebbe fare riferimento la Relazione illustrativa laddove individua quale presupposto del rinvio «che le parti si trovino già davanti al giudice e non abbiano potuto o voluto per qualsiasi causa raggiungere un consenso sull'applicazione di una pena sostitutiva», v. Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.

²⁹ A questa eventualità parrebbe fare riferimento la Relazione illustrativa laddove individua quale presupposto del rinvio «che sia raggiunto almeno un accordo sulla pena e sulla sua applicazione ai sensi dell'articolo 444 c.p.p.», v. Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.

³⁰ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.

³¹ Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 23400, Boccardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 283191.

³² VIGONI (2000), p. 279.

³³ Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, S. G., in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 253 ss., con nota di CECCHI (2017).

aspetti che conseguono necessariamente e per legge all'applicazione della pena, con l'esclusione di qualsiasi decisione che sia il risultato di apprezzamenti discrezionali³⁴.

In materia di pene accessorie, ad esempio, la Cassazione, prima della riforma, aveva pacificamente ammesso l'applicazione di quelle obbligatorie e predefinite *ex lege* per specie e durata³⁵, ritenendo che l'eliminazione dell'omissione «non produce[ss]e] modificazioni della sentenza, ma ne completa[ss]e] il contenuto, in armonia con la statuizione fondamentale già attuata»³⁶. Nello stesso senso si era espressa in materia di confisca³⁷. Andrà ora compreso se questi indirizzi potranno sopravvivere alle novità introdotte dal d.lgs. n. 150/2022, con cui si consente all'imputato e al pubblico ministero di chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata predeterminata, come anche di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato (art. 444, comma 1, secondo periodo, c.p.p.).

In ogni caso, orientamenti analoghi si sono consolidati, ad esempio, in materia di sanzioni amministrative accessorie³⁸ e di condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile³⁹.

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente escluso l'intervento modificativo o integrativo del giudice, quando incide su materie che possono legittimamente costituire oggetto di negoziazione e la relativa pronuncia comporta l'esercizio di un potere discrezionale.

Quanto alla determinazione della misura della diminuzione, ad esempio, la Cassazione ha affermato che «il giudice ha l'obbligo di rigettare la richiesta di patteggiamento mancante del computo della diminuzione “fino a un terzo” della pena»⁴⁰, non potendosi sostituire alla discrezionalità commisurativa delle parti.

Ancora più significativi paiono i trentennali orientamenti sulla sospensione condizionale della pena, fatti propri dalle Sezioni Unite fin dalla sentenza nel caso Iovine del 1993⁴¹ e dalle stesse ribaditi, appena lo scorso anno, nella decisione del caso Boccardo⁴². Laddove le parti non abbiano concordato l'applicazione della sospensione condizionale della pena, è escluso che il giudice possa concedere il beneficio: in caso contrario, infatti, «verrebbero travalicati i limiti della negoziazione»⁴³. All'opposto, la sospensione deve essere concessa qualora le parti abbiano subordinato l'accoglimento della richiesta al suo riconoscimento: se il giudice ritiene di non poterla accordare, non gli resta che rigettare l'accordo (art. 444, comma 3, c.p.p.). Di-

³⁴ In questi termini, le Sezioni Unite si sono univocamente espresse sin dagli anni Novanta, v., per es., Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 10, Zanlorenzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 194064, secondo cui «quando la legge preveda un data determinazione quale conseguenza di una decisione giurisdizionale senza lasciare al giudice facoltà di diversamente deliberare, anche se quella determinazione non sia compresa nei termini dell'accordo, deve essere adottata dal decidente in conformità alla volontà della legge, essendo implicito che le parti ne abbiano fatto oggetto di previsione, proprio per l'ineludibilità della conseguenza; né alle parti potrebbe ritenersi consentito (come non lo è per il giudice) pretermettere la legge [...]. Al contrario, quando la determinazione sia considerata dalla legge quale esercizio di una facoltà del giudice, se, sempre in tema di procedimento alternativo pattiziamente definibile, nessuna previsione sia stata formulata con la proposta (a maggior ragione nell'ipotesi di esclusione), al decidente non rimane altra opzione tra quelle di aderire al patto, per ritenere la determinazione di cui si discute superabile per effetto della buona volontà manifestata dalle parti o altra positiva considerazione secondo giustizia, ovvero, nell'ipotesi contraria, respingere il patto per procedere al giudizio ordinario, all'esito del quale sarà adottata decisione coerente allo schema previsto dalla legge».

³⁵ Tipico esempio è la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque, che segue di diritto all'applicazione di una pena detentiva non inferiore a tre anni (art. 29 c.p.), v. Cass., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 16034, Binaj, in *C.E.D. Cass.*, n. 243527; Cass., sez. II, 24 giugno 2015, n. 38713, Manzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 264801.

³⁶ Cass., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 16034, cit.

³⁷ Cass., sez. III, 27 settembre 2016, n. 6047, Zaini, in *C.E.D. Cass.*, n. 268829; Cass., sez. III, 9 ottobre 2013, n. 44445, Cruciani, in *C.E.D. Cass.*, n. 257616. Sulla possibilità che la confisca facoltativa sia ricompresa nell'accordo, v., *infra*, §3.1 in relazione alle innovazioni introdotte dalla riforma.

³⁸ Cass., sez. IV, 15 settembre 2021, n. 36557, P. A., M. M., in *DeJure*, Cass., sez. IV, 5 aprile 2013, n. 50612, P. G., in *Dir. e giust. online*, 2013; Cass., sez. II, 26 novembre 2013, n. 49461, C., in *C.E.D. Cass.*, n. 257871; Cass., sez. IV, 26 febbraio 2016, n. 39075, F., in *C.E.D. Cass.*, n. 267978.

³⁹ Cass., sez. II, 13 gennaio 2009, n. 6809, Gottuso, in *C.E.D. Cass.*, n. 243422; Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 4300, Grossi, in *C.E.D. Cass.*, n. 254486.

⁴⁰ Cass., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9888, P. M., in *C.E.D. Cass.*, n. 243097; nello stesso senso, v. Cass., sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 18669, Pacitto, in *C.E.D. Cass.*, n. 255926; Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, cit.

⁴¹ Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 5882, Iovine, in *C.E.D. Cass.*, n. 193417.

⁴² Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 23400, cit.

⁴³ Cass., sez. I, 29 aprile 2019, n. 25384, L. G., in *DeJure*; nello stesso senso, v. Cass., sez. III, 7 aprile 2015, n. 31633, Macri, in *C.E.D. Cass.*, n. 264426; Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, Zinno, in *C.E.D. Cass.*, n. 250172; Cass., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 40950, C. F., in *C.E.D. Cass.*, n. 241371; Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 10, cit., Cass., Sez. un., 11 maggio 1993, n. 5882, cit., secondo cui « il tema dell'accordo delle parti assume valore pregiudiziale ed assorbente nel giudizio in esame, devesi, necessariamente escludere che il giudice possa, di sua iniziativa concedere il beneficio, apparendo evidente che - com'è stato sottolineato anche in dottrina - l'insistenza legislativa sulla essenzialità dei termini dell'accordo tra imputato e P.M. fa ritenere “assurdo giuridico” la possibilità di una pronuncia “*ultra petita*”».

versamente, la pena può (ma non deve necessariamente) essere sospesa dal giudice, laddove le parti l'abbiano concordemente richiesto, senza tuttavia subordinare l'accordo alla concessione del beneficio⁴⁴, così che «la questione relativa sia devoluta, esplicitamente e specificamente, da entrambe le parti al potere discrezionale del giudice»⁴⁵.

Fatte tali premesse, per le ipotesi in cui, a fronte di una richiesta “incompleta”, sia stata disposta la sospensione del processo *ex art. 448, comma 1-bis, c.p.p.* e sia stata acquisita la documentazione dall'Ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria, incluso eventualmente il programma di trattamento, va chiarito *(i)* se il giudice possa in autonomia scegliere la pena sostitutiva da applicare e il suo contenuto, senza che sia necessario un nuovo intervento delle parti (v., *infra*, §3.1.1), *(ii)* se, all'opposto, il reperimento della documentazione sia solo funzionale a consentire alle parti di formulare nuove richieste, su cui il giudice potrà esprimersi a ragion veduta (v., *infra*, §3.1.2) o, infine, *(iii)* se sia ammissibile una soluzione intermedia, secondo il cui il giudice potrebbe individuare la pena sostitutiva e/o le sue modalità esecutive e, tuttavia, a tali determinazioni dovrebbe seguire una nuova espressione del consenso ad opera dell'imputato e del pubblico ministero (v., *infra*, §3.1.3).

3.1.1. *Il completamento giurisdizionale dell'intesa.*

L'ipotesi in cui, a seguito di una richiesta “incompleta”, il giudice accolga l'accordo e lo completi unilateralmente, definendo in modo analitico il contenuto della pena sostitutiva e imponendo eventualmente nuove prescrizioni, non pare conforme al sistema.

È la base negoziale del rito a inibire al giudice l'integrazione dei termini dell'accordo, se non per gli aspetti del *decisum* che conseguano necessariamente e per legge alla decisione, tra i quali, pacificamente, non rientrano gli aspetti relativi alla sostituzione della pena detentiva⁴⁶.

Tanto la scelta della pena sostitutiva, quanto la definizione del suo contenuto in concreto rappresentano tutt'altro che scelte normativamente vincolate, come reso esplicito dall'art. 58, l. n. 689/1981. La disposizione, rubricata «potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive», evoca criteri elastici quali l'idoneità alla rieducazione del condannato, la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati, anche attraverso opportune prescrizioni, il minimo sacrificio della libertà personale. Non a caso, la dottrina ha letto nei nuovi parametri un'esaltazione della discrezionalità giudiziale in materia sanzionatoria⁴⁷.

L'esclusione di un potere d'ufficio sul punto sembra potersi affermare anche sulla base di quanto hanno efficacemente sostenuto le Sezioni unite nella già richiamata sentenza nel caso Boccardo, secondo cui «attraverso l'evoluzione normativa dell'istituto e la sua elaborazione giurisprudenziale, deve [...] ritenersi sia emerso nel tempo, con sempre maggiore nitidezza, come l'essenza del patteggiamento non si esaurisca nella retribuzione premiale della rinuncia dell'imputato a contestare l'accusa ed al contraddittorio sulla prova, ma sia definita altresì dalla prevedibilità in concreto della decisione, ossia dalla possibilità offerta allo stesso imputato di avere il controllo sul contenuto della sentenza». La Suprema Corte, inoltre, ha sottolineato che la necessità che l'imputato, «nel disporre dei propri diritti costituzionalmente garantiti, possa determinarsi nella piena consapevolezza delle conseguenze della rinuncia». Consapevolezza che non può sussistere se la decisione, anziché limitarsi a recepire l'accordo intervenuto con la parte pubblica, è suscettibile di assumere «contenuti che trascendono quelli concordati o predeterminati dalla legge»⁴⁸.

Tali conclusioni paiono in linea anche con le altre innovazioni apportate dalla riforma Cartabia, che ha ampliato il perimetro possibile dell'accordo, ricomprendendovi le pene accessorie e la confisca facoltativa (art. 444, comma 1, secondo periodo, c.p.p.). La direzione intrapresa dal legislatore è quella della negoziabilità del trattamento sanzionatorio nel suo

⁴⁴ Cass., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 40950, cit.

⁴⁵ Cass., sez. II, 13 giugno 2019, n. 42973, Val, in *C.E.D. Cass.*, n. 277610.

⁴⁶ Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, cit.

⁴⁷ Per ampie considerazioni sulla discrezionalità giudiziale nell'applicazione delle nuove pene *ex art. 20-bis c.p.*, v. GARGANI (2023), pp. 25 ss.; ABBAGNANO TRIONE (2022b), pp. 7 ss.; AMARELLI (2022), p. 236; VARRASO (2023), §3; PISANI (2023), pp. 944 ss. Sottolinea il rischio che l'ampliamento dei margini della discrezionalità giudiziale possa contribuire ad aumentare la c.d. incertezza della pena e il disorientamento dei consociati CAVALIERE (2021), p. 16.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 23400, cit.

complesso⁴⁹, con la correlativa compressione degli spazi di intervento officioso del giudice e l'effetto non secondario di consentire una maggiore prevedibilità della risposta sanzionatoria al reato.

3.1.2. *L'attività acquisitiva come mero impulso alle parti per un nuovo accordo.*

Esclusa la possibilità di un completamento giurisdizionale dell'intesa, l'acquisizione della documentazione può allora intendersi quale impulso alle parti per il raggiungimento di un accordo "completo" sulla sostituzione della pena detentiva.

La Relazione illustrativa parrebbe deporre per questa alternativa, laddove spiega che «la norma contiene il rinvio all'applicazione del comma 2 dell'art. 545-bis c.p.p., che disciplina le attività e i poteri del giudice, delle parti e dell'Ufficio di esecuzione penale esterna, allo scopo di determinare i contenuti e la fisionomia della pena sostitutiva *da sottoporre al giudice stesso*»⁵⁰. Quest'ultima espressione lascerebbe intendere che, una volta definite le modalità esecutive della pena, l'imputato e il pubblico ministero debbano portarle all'attenzione del giudice, così presupponendo che, sulle stesse, debba preventivamente intervenire un accordo tra le parti.

La soluzione ermeneutica fatta implicitamente propria dalla Relazione, che pare voler salvare la tenuta del sistema, è senz'altro coerente con la base negoziale del patteggiamento, che può costituire, ancora una volta, il dato fondamentale di riferimento per la soluzione di problematiche interpretative quali quelle prospettate in questa sede. Pare infatti opportuno che scelte discrezionali quali la definizione dei contenuti del trattamento sanzionatorio rimangano nella sfera della negozialità e, dunque, prerogativa delle parti.

Tuttavia, la limitazione delle funzioni dell'acquisizione a quelle di mero impulso potrebbe non essere immune da obiezioni. Secondo questa prospettiva, infatti, il rinvio ad altra udienza servirebbe unicamente a procurare elementi utili alle parti e a concedere loro più tempo per la conclusione di un accordo che contempli tutti gli aspetti della sostituzione. Se così fosse, peraltro, non si spiegherebbe l'attribuzione al giudice di un potere di acquisizione di documenti che le parti possono già ottenere in autonomia, in particolare interloquendo con l'Ufficio di esecuzione penale esterna: nel nuovo modello bifasico, l'acquisizione *ex art. 545-bis*, comma 2, c.p.p., infatti, è più funzionale all'attività del giudice che a quella delle parti.

Del resto, in un contesto in cui l'accordo tra l'imputato e il pubblico ministero sia limitato alla sostituzione, ma non alle modalità della stessa, il rinvio a una disposizione che attribuisce al giudice penetranti poteri officiosi, incluso quello di affidare all'Ufficio di esecuzione penale esterna la predisposizione del programma di trattamento, non sembra mettere al riparo dalla possibilità che i confini tra i poteri delle parti e quelli del giudice siano flessibili⁵¹. Che la linea di demarcazione possa sfumare emerge anche dai primi protocolli elaborati in materia: nello Schema operativo "milanese", ad esempio, anche con riferimento al rito contrattato, si prescrive ai difensori di «depositare tempestivamente la documentazione necessaria a sostegno dell'istanza e *per fornire gli elementi per la definizione della pena sostitutiva*»⁵².

⁴⁹ Anche la giurisprudenza ha assecondato questa tendenza, rilevando che dalla successione delle riforme emerge una più ampia valorizzazione della logica negoziale del rito, tesa a riconoscere all'accordo la possibilità di assumere contenuti che trascendono quello necessario definito dall'art. 444 c.p.p., sul punto, v. Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 21368, Savin, in *C.E.D. Cass.*, n. 279348.

⁵⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 241.

⁵¹ Parlano dell'acquisizione quale attività strumentale alla determinazione degli obblighi e delle relative prescrizioni, anche nel patteggiamento, CHELO e DEMARTIS (2022), p. 412; CORVI (2023), p. 760.

⁵² *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, cit., p. 3. Recano la stessa formulazione i già citati *Protocollo operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Prato, cit., p. 3; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste, cit., p. 2; *Protocollo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Lecco, cit., p. 2. Anche la Circolare della Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Bologna del 3 gennaio scorso afferma che «l'art. 448 co. 1 bis c.p.p. [...] prevede questa possibilità di accordo, che, se non accompagnato da tutte le informazioni necessarie per la decisione, *vedrà anche in questo caso una sospensione del processo per la predisposizione a cura dell'UEPE del programma di trattamento individualizzato* del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, della detenzione domiciliare sostitutiva e della semilibertà sostitutiva», non chiarendo il rapporto tra la predisposizione del programma di trattamento e l'accordo delle parti, v. *Breve lettura delle pene sostitutive di pene detentive brevi*, in www.pg.bologna.giustizia.it, p. 4.

3.1.3. *Il completamento giurisdizionale dell'intesa "sanato" da una nuova espressione del consenso.*

Ritenuto che il rinvio all'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p. non pare potersi interpretare quale fondamento per una definizione unilaterale, ad opera del giudice, dei contenuti dell'accordo e che, ad apparire conforme al sistema, sembra la soluzione opposta, che individua nell'attività di acquisizione documentale un impulso alle parti per il completamento dell'intesa, occorre verificare se sia percorribile una strada intermedia tra quelle esaminate. In particolare, occorre muovere dalle considerazioni che si sono appena svolte circa il fatto che i poteri di acquisizione *ex art. 545-bis*, comma 2, c.p.p. paiono congegnati per essere strumentali più all'operato del giudice che a quello delle parti.

In sintesi, va trovato il modo di conciliare l'anima negoziale del patteggiamento con la presenza di una disposizione che potrebbe essere letta quale apertura all'intervento officioso nelle scelte inerenti alla sostituzione.

Pur ribadendo che determinazioni di questo tipo costituiscono pur sempre apprezzamenti discrezionali e che, come tali, dovrebbero rimanere appannaggio delle parti, nell'ipotesi in cui il giudice esercitasse tali poteri integrativi, lo "strappo" all'ordinaria ripartizione tra le prerogative delle parti e quelle dell'organo giurisdizionale pare potersi ricucire solo condizionando la pronuncia della sentenza di patteggiamento a una nuova espressione del consenso, tanto da parte dell'imputato, quanto da parte del pubblico ministero, che riguardi, innanzitutto, la pena sostitutiva da applicare, le relative prescrizioni e il programma di trattamento fatto predisporre dall'Ufficio di esecuzione penale esterna.

Ne consegue che, laddove le parti abbiano sottoposto al giudice un accordo non esaustivo e questi l'abbia completato, la richiesta debba essere rigettata se sulla stessa, come integrata dalle determinazioni dell'organo giurisdizionale, l'imputato e il pubblico ministero non abbiano prestato nuovamente l'assenso. Le modalità esecutive devono infatti ritenersi un elemento necessario dell'accordo, in quanto indispensabili per determinare la fisionomia della pena da applicare. Come si è visto, la giurisprudenza della Cassazione si è già orientata nel senso del rigetto, in relazione a richieste che omettono di disciplinare aspetti riconducibili all'oggetto necessario dell'accordo, come la misura della diminuzione per la scelta del rito (v., *supra*, §3.1).

3.2. *La determinazione "differita" delle modalità di esecuzione della pena sostitutiva.*

Nell'eventualità che le parti abbiano individuato la pena sostitutiva da applicare, ma non abbiano determinato il suo "contenuto", non si deve escludere che, nella prassi, il giudice decida comunque di pronunciare sentenza, rinviando a un momento successivo la definizione delle modalità di esecuzione della pena. Del resto, l'art. 61, l. n. 689/1981 si limita a stabilire che il dispositivo della sentenza indichi «la specie, la durata ovvero l'ammontare della pena sostitutiva» e non menziona espressamente la necessità di esplicitarne le modalità esecutive⁵³. La specificazione "differita" delle stesse potrebbe considerarsi possibile alla luce dell'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., a norma del quale «il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti [...] all'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare e delle pene conseguenti alla conversione della pena pecuniaria [...] proced[e] a norma dell'articolo 667, comma 4».

Peraltro, la disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 62, l. n. 689/1981, che disciplina l'esecuzione delle sentenze che applichino la semilibertà sostitutiva o la detenzione domiciliare sostitutiva. La norma prevede che il pubblico ministero trasmetta la sentenza al magistrato di sorveglianza competente, che, procedendo ai sensi dell'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., «previa verifica dell'attualità delle prescrizioni [...], provvede con ordinanza con cui conferma e, ove necessario, modifica le modalità di esecuzione e le prescrizioni della pena». La disposizione, affidando al magistrato di sorveglianza la sola funzione di verifica sull'attualità delle prescrizioni, presuppone che le stesse siano già state determinate in sede di cognizione e

⁵³ Nel senso della determinazione del contenuto della pena nel dispositivo, si orientano i Modelli di sentenze di condanna a pena sostitutiva, allegati allo *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, cit.

non pare consentire l'integrazione della sentenza che sia carente in punto di modalità di esecuzione della pena sostitutiva. All'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p. fa rinvio anche l'art. 64, comma 1, l. n. 689/1981, in materia di modifica delle prescrizioni imposte con l'ordinanza *ex art.* 62, laddove ricorrano «comprovati motivi»: anche in questo caso, la disposizione non è certo congegnata per consentire al magistrato di sorveglianza di supplire alle mancanze imputabili alla sentenza di cognizione.

L'impossibilità di integrare una pronuncia deficitaria risulta ancora più chiaramente dalla disciplina dell'esecuzione della pena del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. In questo caso, l'art. 63, l. n. 689/1981 non prevede nemmeno che intervenga il magistrato di sorveglianza, onerando semplicemente l'imputato di presentarsi all'Ufficio dell'esecuzione penale esterna, una volta ricevuto il provvedimento del giudice della cognizione che ordina l'esecuzione della pena *ex art.* 661, comma 1-*bis*, c.p.p. La magistratura di sorveglianza non è competente nemmeno per le modifiche alle prescrizioni, che spettano al giudice che ha applicato la pena sostitutiva (art. 64, comma 2, l. n. 689/1981).

Il quadro normativo non sembra dunque consentire una determinazione «differita» delle modalità di esecuzione delle pene *ex art.* 20-*bis* c.p.⁵⁴. Del resto, si tratterebbe di una soluzione radicalmente incompatibile con le finalità acceleratorie della riforma, che ha voluto anticipare alla cognizione l'applicazione delle pene sostitutive proprio per evitare il coinvolgimento della magistratura di sorveglianza in valutazioni complesse anche inerenti al loro contenuto. Infine, la definizione di questi aspetti in sede esecutiva esporrebbe l'imputato a un esercizio di discrezionalità giudiziale, che lo stesso avrebbe verosimilmente voluto evitare con la scelta del patteggiamento⁵⁵.

In ogni caso, per quanto vada evitata la pronuncia di sentenze «incomplete», l'eventualità non può essere esclusa e, anzi, pare considerata anche dai primi protocolli in materia⁵⁶. In questi casi, non è difficile ipotizzare che alle carenze si possa supplire in un momento successivo con le modalità dell'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., sebbene la disposizione sia stata concepita con tutt'altra finalità. Ciò, senza considerare che la definizione dei contenuti della pena in sede esecutiva, quando avvenga in esito al rito contrattato, acuirebbe in modo significativo la tensione tra la sua base negoziale e i poteri esercitabili dal giudice a prescindere dall'accordo delle parti.

Va poi sottolineato che, se l'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p. potrebbe costituire la base normativa per «aggiustare» le carenze occorse in sede di cognizione in ragione della sua ampia formulazione, che fa generico riferimento alle «materie attinenti [...] all'esecuzione delle pene sostitutive», la sua operatività risulta comunque testualmente circoscritta alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare. Per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, invece, è consentito l'intervento successivo del solo giudice che ha pronunciato la sentenza, nell'ambito di norme che, tuttavia, presentano un tenore letterale più stringente, espressamente limitato alla sola modifica delle prescrizioni per comprovate ragioni. Per questa pena sostitutiva, dunque, l'integrazione della sentenza «incompleta» risulterebbe ancora più problematica, in mancanza di una disposizione legislativa analoga all'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p., da «piegare» a questa finalità.

⁵⁴ Si tratta di una lettura che pare assecondata anche dalla Relazione illustrativa, secondo cui «i poteri di intervento del magistrato di sorveglianza sono limitati ai profili esecutivi e alle eventuali modifiche delle condizioni di fatto delle prescrizioni, *dettate dall'evoluzione degli eventi*, ma non potranno estendersi a mutare il volto della pena sostitutiva, né meno ancora ad applicarne una diversa anche se meno incisiva sulla libertà personale o ritenuta più rieducativa. La pena sostitutiva, infatti, è stabilita dal giudice, non è alternativa all'esecuzione di una pena principale ed è quindi coperta dal giudicato», *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 220.

⁵⁵ A questo profilo, sebbene in relazione ad altre riflessioni, parrebbe fare riferimento VARRASO (2023), §4, laddove afferma che, attraverso un patteggiamento a pena sostitutiva, le parti possono «*ab initio* fissarne modalità esecutive [...] non rimesse alla valutazione, pur sempre discrezionale, della magistratura di sorveglianza».

⁵⁶ Il Protocollo milanese, ad esempio, con riguardo alla detenzione domiciliare sostitutiva, afferma che «se la documentazione prodotta è sufficiente a determinare i contenuti e le condizioni della detenzione, [il giudice] può pronunciare immediatamente il dispositivo con le relative prescrizioni generali, gli orari nei limiti previsti dalla legge e le condizioni di fatto specifiche, la pena sostitutiva dovrà essere comunque dichiarata efficace ed eseguita dal *magistrato di sorveglianza*, che potrà chiedere successivamente il programma specifico all'UEPE, a cui il giudice può rinviare in termini generici», v. *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Milano, cit., pp. 4-5. In senso testualmente analogo si esprimono anche i già citati *Protocollo operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Prato, cit., p. 5; *Schema operativo in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto a Trieste, cit., p. 5.

4. La sostituzione “delegata”.

Diversa dalle ipotesi appena esaminate è quella in cui le parti, concordata l'applicazione di una pena detentiva, rimettano espressamente al giudice le scelte in ordine alla sostituzione.

L'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. chiarisce che il giudice può disporre il rinvio ad altra udienza quando «le parti concordano l'applicazione di una pena sostitutiva». La Relazione illustrativa individua, tra i presupposti per l'operatività della disposizione, «che le parti si trovino già davanti al giudice e non abbiano potuto o voluto per qualsiasi causa raggiungere un consenso sull'applicazione di una pena sostitutiva»⁵⁷. La Relazione, se rapportata al dato normativo, sembra riferirsi all'ipotesi in cui le parti abbiano raggiunto un accordo sulla sola sostituzione, senza tuttavia individuare la pena da applicare, o, pur avendola indicata, senza definire le sue modalità di esecuzione.

Come si è detto in precedenza, deve ritenersi che, di regola, il rinvio possa essere disposto per consentire alle parti di formulare nuove proposte o, al più, per definire il contenuto della pena, su cui le parti debbano poi esprimere nuovamente il consenso (v., *supra*, §3.1).

Tali conclusioni possono reputarsi valide per l'ipotesi in cui l'imputato e il pubblico ministero si siano limitati a formulare una richiesta “incompleta”, ma forse non per il caso in cui le parti abbiano espressamente attribuito al giudice la facoltà di procedere discrezionalmente alla sostituzione.

La sostituzione “delegata”, infatti, non pare una soluzione avulsa dall'ordinamento processuale, se si ha riguardo, ad esempio, alla consolidata giurisprudenza in materia di sospensione condizionale della pena⁵⁸, che consente la concessione del beneficio laddove «la questione relativa sia devoluta, esplicitamente e specificamente, da entrambe le parti al potere discrezionale del giudice»⁵⁹ (v., *supra*, §3.1).

Nel caso in cui l'imputato e il pubblico ministero si determinino in questo senso, potrebbe dunque ammettersi che gli aspetti inerenti alla sostituzione siano unilateralmente determinati dall'organo giurisdizionale, senza che ricorra la necessità di una nuova manifestazione del consenso. Ciò, in ragione del fatto che le parti hanno concordemente attribuito la decisione della questione al suo potere discrezionale, legittimandone in via preventiva l'operato. Peraltro, è opportuno ribadire che la scelta della devoluzione debba essere manifestata «esplicitamente e specificamente», non potendosi certo desumere da una richiesta “incompleta” di applicazione di una pena sostitutiva una delega implicita al giudice per l'individuazione della pena e/o per la determinazione del suo contenuto.

5. La sostituzione officiosa.

Si è finora proposta una lettura particolarmente restrittiva dei poteri del giudice in punto di applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento, ritenendola conforme alla fisionomia del rito e alla consolidata elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia.

Peraltro, gli esiti a cui si è pervenuti vanno raffrontati alla più problematica delle disposizioni introdotte dalla riforma, l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, che non pare testualmente escludere la possibilità di una sostituzione officiosa operata dal giudice «nel pronunciare sentenza [...] di applicazione della pena su richiesta delle parti». La questione si pone per le ipotesi in cui l'imputato e il pubblico ministero sottopongano al decidente un accordo che preveda l'applicazione di una pena detentiva inferiore a quattro anni, senza devolvere espressamente al suo apprezzamento discrezionale la scelta in ordine alla sostituzione.

⁵⁷ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 241.

⁵⁸ È la stessa giurisprudenza della Suprema Corte ad avere istituito un parallelismo tra le due fattispecie, laddove ha affermato che «il giudice non può sostituire di ufficio la pena detentiva con una sanzione sostitutiva, in mancanza di un'esplicita richiesta delle parti, poiché altrimenti quella del giudice sarebbe una decisione difforme dalla richiesta [...]». In tema poi di concessione del beneficio della sospensione condizionale nello speciale rito, la maggioranza delle decisioni è nel senso che, la sospensione condizionale della pena può essere concessa soltanto se faccia parte integrante dell'accordo o se la questione relativa sia devoluta, esplicitamente e specificamente, da entrambe le parti al potere discrezionale del giudice. Al di fuori di queste ipotesi, la mancata richiesta e la mancata devoluzione hanno significazione escludente, nel senso che, nel rispetto del principio dispositivo, la pronuncia del giudice non può travalicare i termini del patto», v. Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.; Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 28154, B. W., in *DeJure*.

⁵⁹ Cass., sez. II, 13 giugno 2019, n. 42973, cit.

5.1.

Il quadro giurisprudenziale precedente alla riforma Cartabia.

Nella giurisprudenza precedente alla riforma, era pacifico che, nel patteggiamento, la sostituzione officiosa con una delle sanzioni *ex art. 53*, comma 1, l. n. 689/1981 non fosse ammessa.

Innanzitutto, la disposizione consentiva al giudice la sostituzione della pena detentiva, quando questi avesse pronunciato «sentenza di condanna», senza fare alcun cenno alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti⁶⁰. Da un lato, è vero che la disposizione, risalente al 1981, non avrebbe comunque potuto contenere un riferimento al rito negoziato, disciplinato dal Codice del 1988. Dall'altro lato, però, è altrettanto vero che il legislatore non aveva mai modificato il riferimento, nonostante i plurimi interventi sulla disposizione⁶¹.

Ancora sul piano testuale, l'art. 444, comma 1, c.p.p. prevedeva (e continua a prevedere) che «l'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva» (oggi «pena sostitutiva»), riconducendo questo esito a una conforme richiesta avanzata dalle parti, senza prefigurare in alcun modo l'eventualità di una decisione autonoma dell'organo giurisdizionale sulla sostituzione.

Peraltro, al di là del dato letterale, l'inammissibilità dell'intervento sostitutivo del giudice nel rito contrattato era stata ricondotta alla natura stessa del procedimento speciale.

La Suprema Corte, in più occasioni, aveva ritenuto che l'operazione non fosse consentita «in mancanza di un'esplicita richiesta delle parti, poiché altrimenti quella del giudice sarebbe una decisione difforme dalla richiesta»⁶². La Cassazione aveva ricondotto la soluzione al «generale principio [...] che la struttura in larga parte negoziale che domina il procedimento di applicazione di pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. consente al giudice, il quale è terzo rispetto al negozio bilaterale posto a fondamento del procedimento, esclusivamente di ratificare ovvero di negare la propria ratifica ai termini concordati tra le parti, mentre è inibito di modificarli *motu proprio*»⁶³. Il giudice di legittimità, inoltre, aveva sottolineato che, ragionando diversamente, «verrebbe meno la base consensuale su cui [il patteggiamento] si fonda»⁶⁴, affermando che «la mancata richiesta e la mancata devoluzione hanno significazione escludente, nel senso che, nel rispetto del principio dispositivo, il giudice non può travalicare i termini del patto»⁶⁵. Sempre la Cassazione aveva chiarito che, laddove le parti avessero concordato la pena detentiva da applicare e la richiesta di sostituzione fosse pervenuta dal solo imputato, il giudice non avrebbe comunque potuto procedere in questo senso, mancando il consenso della parte pubblica⁶⁶.

Anche la dottrina escludeva la possibilità della sostituzione d'ufficio, riconducendo la soluzione al principio di non addizione rispetto alle determinazioni delle parti⁶⁷.

5.2.

La disciplina introdotta dalla riforma Cartabia.

Il quadro si fa meno limpido, se si ha riguardo alle innovazioni del d.lgs. n. 150/2022.

La Commissione Lattanzi aveva invitato il legislatore a «prevedere che il giudice, con la sentenza pronunciata ai sensi dell'articolo 444, comma 1, del codice di procedura penale, quando la pena detentiva irrogata non è superiore a quattro anni» potesse applicare una pena

⁶⁰ La disposizione, nella sua versione originaria, disponeva che «il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di sei mesi può sostituire tale pena con la semidetenzione; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre mesi può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un mese può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente». Gli interventi normativi successivi hanno innalzato le soglie edittali (v., *supra*, §1, nota 1), senza tuttavia mutare il riferimento alla sola sentenza di condanna.

⁶¹ Sul punto, v., *supra*, §1, nota 1.

⁶² Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.; Cass., sez. V, 20 settembre 2017, n. 49227, D. I. R., in *DeJure*; Cass., sez. V, 18 maggio 2017, n. 33023, N. C., in *DeJure*; Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 13719, cit.; Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 28154, cit.; Cass., sez. I, 26 giugno 1996, n. 4370, D'Errico, in *C.E.D. Cass.*, n. 205502; Cass., sez. V, 24 aprile 1992, n. 7254, Mocellini, in *C.E.D. Cass.*, n. 190993; Cass., sez. V, 17 marzo 1992, n. 5550, Vitali, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 387 ss.

⁶³ Cass., sez. V, 20 settembre 2017, n. 49227, cit., in termini più generali, v. Cass., Sez. un., 12 ottobre 1993, n. 295, Scopel, in *C.E.D. Cass.*, n. 195617, che, esprimendosi sull'applicazione della diminuzione fino a un terzo, aveva sottolineato come «la richiesta [...] di applicazione di una pena detentiva da sostituirsi con una sanzione non dà luogo ad una duplicità di richieste, alternative tra loro».

⁶⁴ Cass., sez. V, 18 maggio 2017, n. 33023, cit.

⁶⁵ Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.

⁶⁶ Cass., sez. V, 11 novembre 1999, n. 5377, Fertitta, in *C.E.D. Cass.*, n. 215565.

⁶⁷ VIGONI (2004), p. 711; VIGONI (1997), p. 143.

sostitutiva⁶⁸. Peraltro, la proposta non pare si riferisse a fattispecie di sostituzione officiosa della pena detentiva: la Commissione, infatti, ne aveva concepito l'applicabilità nell'ambito del patteggiamento per incentivare l'accesso al rito deflattivo e, nella sua Relazione, non aveva mai fatto riferimento a un potere sostitutivo del giudice.

Tuttavia, i limiti all'operatività delle pene sostitutive nel procedimento ordinario sono venuti meno in sede parlamentare (v., *supra*, §1), laddove, con l'art. 1, comma 17, *lett. e*), l. 27 settembre 2021, n. 134, si è delegato il governo a prevedere che il giudice potesse procedere alla sostituzione della pena detentiva «nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti».

In senso conforme si è determinato il legislatore delegato, che ha deciso di attuare il criterio direttivo appena menzionato riscrivendo l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, il cui testo novellato prevede che il giudice, «nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale [...], può sostituire» la pena detentiva con una delle pene *ex art. 20-bis c.p.* (sul punto, v., *supra*, §1).

Si tratta ora di capire se tale disposizione possa essere letta nel senso che il giudice del patteggiamento, recepito l'accordo che preveda l'applicazione della pena detentiva, possa d'ufficio sostituirla oppure se si tratti della mera ricognizione della facoltà delle parti di concordare l'applicazione di una pena sostitutiva, come già previsto dall'art. 444, comma 1, c.p.p.

Il tenore testuale della disposizione parrebbe deporre nel primo senso, laddove dispone che il giudice, «nel pronunciare» sentenza di patteggiamento, possa sostituire la pena detentiva. Il riferimento all'emissione della sentenza, quale atto del giudice, potrebbe indurre a ritenere che l'intervento sostitutivo si possa verificare a prescindere dall'accordo delle parti, che si colloca in un momento logicamente e cronologicamente precedente alla pronuncia della decisione sull'applicazione della pena.

Anche l'espressa menzione della sentenza di patteggiamento nella disposizione potrebbe essere intesa come volta ad attestare il cambio di passo rispetto al passato, considerando che la modifica non avrebbe senso, se letta come mero riconoscimento della possibilità, per le parti, di concordare l'applicazione di una pena sostitutiva, poiché tale facoltà è da sempre consentita dall'art. 444, comma 1, c.p.p.

Peraltro, numerosi argomenti militano in senso contrario, a dispetto della *littera legis*.

In primo luogo, la Relazione illustrativa spiega la novella con la necessità di «aggiornare la disciplina dell'art. 53, l. n. 689/1981, che nella sua versione originaria precede l'introduzione del rito speciale nel codice di procedura penale del 1988»⁶⁹. Tali affermazioni avvalorano l'ipotesi che il riferimento alla sentenza patteggiata sia semplicemente ricognitivo di una possibilità già contemplata dalla legge, dal nullo valore innovativo. Del resto, riconoscere un potere di sostituzione officiosa nel rito negoziato travalicherebbe il fisiologico aggiornamento della disposizione.

Inoltre, la Relazione non fa alcun cenno alla possibilità di una sostituzione disposta dal giudice a prescindere dalla richiesta delle parti, a dimostrazione che una svolta di questo tipo non fosse nelle intenzioni del legislatore.

Tra l'altro, la riforma provvede ad adeguare la disciplina del patteggiamento al nuovo procedimento di applicazione delle pene sostitutive unicamente introducendo il comma 1-*bis* all'art. 448 c.p.p., la cui operatività è espressamente limitata ai casi in cui le parti «concordano» l'applicazione di una delle pene *ex art. 20-bis c.p.* (v., *supra*, §3.1). Nulla viene disposto, invece, con riguardo all'eventualità di una sostituzione officiosa, così che non è dato rinvenire a quale procedimento, in tal caso, il giudice dovrebbe fare ricorso. Sul punto, una suggestione parrebbe venire dal nuovo art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., che, a dispetto della rubrica «Condanna a pena sostitutiva», nel testo fa generico riferimento all'ipotesi in cui sia stata «applicata una pena detentiva», così che la disposizione potrebbe ritenersi idonea ricomprendere anche l'epilogo del rito speciale. La *sedes materiae*, tuttavia, induce a ritenere che l'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., nemmeno richiamato dalle norme sul patteggiamento, sia riferito soltanto al procedimento ordinario e al giudizio abbreviato⁷⁰.

⁶⁸ Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, cit., p. 63.

⁶⁹ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 190.

⁷⁰ In questo senso si esprime anche la Relazione illustrativa, secondo cui l'art. 545-*bis* c.p.p. è applicabile «per il giudizio ordinario e il giudizio abbreviato», v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 241. Del resto, come è naturale che sia, la disciplina del patteggiamento non contiene un rinvio alla disciplina della decisione dibattimentale analogo a quello dell'art. 442, comma 1, c.p.p. in materia di giudizio abbreviato, a norma del quale «terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti».

Infine, a conferma della natura meramente ricognitiva della novella, vi è la considerazione che la sostituzione d'ufficio si porrebbe in contrasto con il principio di intangibilità dell'accordo. A venire in rilievo, infatti, sarebbe la fisionomia stessa del procedimento speciale, quale rito dominato dal consenso, che vede il giudice intervenire unicamente nel senso dell'accoglimento o del rigetto della richiesta⁷¹, eccezion fatta per le statuizioni dovute *ex lege*, a cui non sono certamente riconducibili le determinazioni discrezionali in ordine alla sostituzione (v., *supra*, §3.1). Oltretutto, la possibilità di applicare una pena diversa da quella richiesta si porrebbe in aperto contrasto pure con le esigenze di prevedibilità della decisione, che costituiscono, a detta anche delle Sezioni unite, uno dei profili qualificanti del rito contrattato (v., *supra*, §3.1.1).

Sul punto, va dato atto che, in alcune recentissime pronunce, la Suprema Corte si è espressa su ricorsi delle difese con cui si denunciava l'omessa applicazione, ad opera del giudice del patteggiamento, di una delle nuove pene *ex art. 20-bis c.p.*, richiesta unilateralmente dall'imputato, o l'omesso avviso *ex art. 545-bis*, comma 1, c.p.p. Pur trattandosi di casi in cui ad essere censurata era la mancata sostituzione della pena detentiva e non l'applicazione officiosa di una pena sostitutiva, da tali sentenze paiono emergere le prime risposte, non del tutto univoche, alla domanda se sia possibile un intervento del giudice che prescindendo dal consenso di entrambe le parti.

La maggior parte delle pronunce sembra orientarsi negativamente. Pur non considerando, nella propria argomentazione, il testo del novellato art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, la Cassazione ha affermato che «il giudice del patteggiamento può disporre la sostituzione delle pene detentive brevi [...] solo nel caso in cui tale sostituzione costituisca oggetto dell'accordo processuale, non avendo, in caso contrario, altra alternativa tra l'accoglimento e il rigetto della richiesta»⁷².

Peraltro, accanto a provvedimenti di questo tenore, ve ne sono altri che hanno ritenuto infondate le doglianze delle difese non tanto perché, sulla sostituzione, non vi era stato il consenso anche del pubblico ministero, quanto perché si è considerata immune da vizi la motivazione del giudice di merito sull'insussistenza dei presupposti per l'applicazione di una pena sostitutiva (ad esempio, per via del superamento dei limiti di pena previsti dalla l. n. 689/1981), senza dare rilevanza alla mancanza di accordo tra le parti sulla sostituzione⁷³.

In attesa di capire in quale direzione si consolideranno gli indirizzi della Suprema Corte, pare utile indagare come vengano interpretate disposizioni speciali, recanti formulazioni assimilabili a quella del novellato art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, in punto di ammissibilità della sostituzione d'ufficio.

In primo luogo, l'art. 73, comma 5-*bis*, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (c.d. T.U. Stupefacenti) prevede espressamente che il giudice «con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero [...] può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità».

La Cassazione, in un recente *obiter dictum*, ha sottolineato che «la sostituzione della pena inflitta o applicata in sede di patteggiamento con il lavoro di pubblica utilità, ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5 bis è atto discrezionale del giudice»⁷⁴. Tuttavia, a differenza dell'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981, si richiede espressamente l'istanza dell'imputato e (soltanto) il parere del pubblico ministero, rendendo chiaro che l'operazione di sostituzione possa porsi al di fuori dell'accordo delle parti.

Più rilevante è invece la fattispecie dell'art. 16, comma 1, D.P.R. 15 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. Immigrazione), a norma del quale «il giudice, nel pronunciare la condanna o nell'applicare la pena su richiesta» nei confronti dello straniero che versi in determinate condizioni, «quando

⁷¹ In questo senso, le Sezioni Unite si esprimono senza soluzione di continuità fin dalla risalente sentenza nel caso Iovine del 1993, in cui si sottolineava che «il cosiddetto accordo tra le parti, indispensabile perché il giudice possa operare ai sensi dell'art. 444 c.p.p. costituisce un limite invalicabile al potere giurisprudenziale, nel senso che la relativa sentenza non può che rispecchiare il contenuto e solamente il contenuto dell'accordo medesimo, sicché al giudice non è consentito che accogliere in pieno quanto emerge dall'accordo delle parti, ovvero rigettarlo a procedere oltre, magari, con rito ordinario. È evidente lo stretto legame di dipendenza logico-funzionale che avvince i termini dell'accordo al contenuto decisionale del giudice che opera ai sensi dell'art. 444 c.p.p.», v. Cass., Sez. Un., 11 maggio 1993, n. 5882, cit.

⁷² Cass., sez. VI, 28 aprile 2023, n. 30767, F. L. A., in *DeJure*; in senso analogo, v. Cass., sez. V, 16 maggio 2023, n. 32302, R. R., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 6 giugno 2023, n. 30211, Z. A. R., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 11 luglio 2023, n. 31255, S. A., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 23 giugno 2023, n. 32694, M. N., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 9 maggio 2023, n. 32357, D. A., in *DeJure*. In particolare, le pronunce richiamate fanno leva sul fatto che l'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p., oltre a presupporre espressamente, per la sua operatività, l'accordo delle parti sulla sostituzione, non richiama l'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., così che tale disposizione potrebbe operare solo nel giudizio ordinario e in quello abbreviato.

⁷³ Cass., sez. V, 5 giugno 2023, n. 31761, D. L. A., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 16 maggio 2023, n. 24218, V. A., in *DeJure*.

⁷⁴ Cass., sez. IV, 18 gennaio 2022, n. 13225, S. D., in *DeJure*.

ritiene di dover irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni [...] può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione»⁷⁵.

Sull'interpretazione della disposizione, vi è contrasto nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte⁷⁶.

Un primo indirizzo afferma che l'espulsione «esula dall'accordo delle parti sull'applicazione della pena [...] e può essere disposta direttamente dal giudice, all'esito di una valutazione discrezionale dei parametri normativi», escludendo addirittura che, in questo caso, sussista un interesse concreto e attuale dell'imputato a far valere l'illegittimità di una statuizione «per lui favorevole»⁷⁷.

Un secondo indirizzo, invece, sostiene che l'esclusione del potere officioso di sostituzione «si fonda sulla constatazione che si tratti di un potere discrezionale del giudice, rispetto al quale è ragionevole che operi il limite dell'accordo delle parti, vista la struttura dell'istituto di cui all'art. 444 c.p.p., e valorizza l'interesse dell'imputato a non vedersi comminata una sanzione (che può anche essere sentita come maggiormente affittiva rispetto alla detenzione) estranea all'accordo concluso con il pubblico ministero»⁷⁸.

Il quadro giurisprudenziale che si è tratteggiato, da un lato, non fornisce risposte univoche, dall'altro lato, non esclude la possibilità che l'art. 53, comma 1, l. n. 689/1981 possa essere interpretato dalla prassi nel senso di consentire la sostituzione d'ufficio, come già avvenuto per l'analogo art. 16, comma 1, T.U. Immigrazione.

Si tratterebbe di un esito conforme a quello caldeggiato, già prima della riforma Cartabia, da quanti hanno ritenuto che la sostituzione officiosa dovrebbe essere consentita in conformità dei principi del *favor rei* e del *favor libertatis*, che dovrebbero guidare il giudizio di congruità del trattamento sanzionatorio. In altri termini, si è reputato che il giudice, in una prospettiva di garanzia, a fronte di una richiesta di applicazione della pena della pena detentiva, mantenga il pieno potere di sostituirla. Inoltre, si è affermato che l'operazione costituirebbe l'esito di una mera valutazione ricognitiva sui presupposti della sostituzione, risolvendosi in una sorta di automatismo applicativo, senza implicare l'esercizio di una discrezionalità giudiziale in senso proprio⁷⁹.

È una visione che pare emergere anche in alcuni degli arresti giurisprudenziali che hanno ammesso la sostituzione della pena detentiva con l'espulsione *ex art. 16*, comma 1, T.U. Immigrazione. Si è sostenuto che, a fronte della sostituzione officiosa della reclusione con una pena che incide in misura inferiore sulla libertà personale, non sussisterebbe nemmeno un interesse concreto e attuale dell'imputato a far valere l'illegittimità della statuizione, in quanto a lui favorevole⁸⁰.

Si tratta, in ogni caso, di un'impostazione che non pare condivisibile.

In primo luogo, nel patteggiamento, «il giudice può accogliere o rigettare “in blocco” l'intesa, senza possibilità [...] di proporre direttamente una diversa soluzione, anche più favorevole»⁸¹. Se il giudice ritiene che l'applicazione della pena detentiva in luogo della pena sostitutiva non sia congrua perché eccessivamente limitativa della libertà personale, nulla gli impone di accogliere la richiesta, anzi, è tenuto a rigettarla. Nessuna lesione viene così arrecata né al principio del *favor rei*, né ai principi che governano il procedimento speciale.

In secondo luogo, la tesi secondo cui la sostituzione della pena detentiva costituirebbe l'esito di un automatismo applicativo si scontra con gli ampi spazi di discrezionalità riconosciuti

⁷⁵ La sanzione sostitutiva *ex art. 16*, comma 1, D.P.R. 15 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. Immigrazione), va tenuta distinta dall'espulsione applicata a titolo di misura alternativa alla detenzione *ex art. 16*, comma 5, dall'espulsione applicata a titolo di misura di sicurezza *ex art. 15*, comma 1, e anche dall'espulsione applicata a titolo di misura amministrativa *ex art. 13*. Sulla sanzione sostitutiva in questione, v. LOCATELLI (1999), p. 1035, secondo cui si tratta di una disciplina che si espone a forti dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza.

⁷⁶ Nel 2019, soluzioni opposte sono state fatte proprie da due pronunce del giudice nomofilattico, emesse a distanza di due settimane l'una dall'altra: Cass., sez. V, 11 giugno 2019, n. 29396, Outmane, in *C.E.D. Cass.*, n. 276911; Cass., sez. IV, 25 giugno 2019, n. 29561, B. A., in *DeJure*.

⁷⁷ Cass., sez. I, 9 maggio 2014, n. 33799, Nonaj, in *C.E.D. Cass.*, n. 261467; Cass., sez. IV, 26 aprile 2017, n. 27563, E. F. A., in *DeJure*; Cass., sez. IV, 25 giugno 2019, n. 29561, cit.

⁷⁸ Cass., sez. V, 11 giugno 2019, n. 29396, cit.; Cass., sez. V, 18 marzo 2011, n. 15079, cit.; Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 7906, K. M., in *C.E.D. Cass.*, n. 233491.

⁷⁹ CECCHI (2017), pp. 258-261; nello stesso senso v. CORVI (2017), pp. 827-828, secondo cui «anche nel contesto negoziale del patteggiamento, i poteri delle parti limitano quelli del giudice in un'unica direzione - quella della pena concordata -, ma non li escludono; il giudice di fronte ad una pena richiesta dalle parti mantiene quindi il potere di applicare una sanzione sostitutiva, ove vi siano i presupposti, senza per questo modificare i termini del patto o alterarlo nella sostanza».

⁸⁰ Cass., sez. I, 9 maggio 2014, n. 33799, cit.; Cass., sez. IV, 25 giugno 2019, n. 29561, cit.

⁸¹ VIGONI (2000), p. 279.

espressamente al giudice nella scelta della pena sostitutiva e nella determinazione delle sue modalità esecutive ai sensi dell'art. 58, l. n. 689/1981⁸² (v. *supra*, §3.1.1).

Inoltre, il ragionamento sopra riportato muove dall'assunto che, per l'imputato, sia sempre preferibile la pena astrattamente meno limitativa della libertà personale, non tenendo conto che, ad esempio, una pena pecuniaria di rilevante entità potrebbe risultare più affittiva di una pena detentiva espiata con una misura alternativa in un contesto extramurario.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva ne comporta la revoca e la conversione nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva (art. 71, comma 1, l. n. 689/1981) e, nel caso di insolvenza, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o nella detenzione domiciliare sostitutiva (art. 71, comma 2, l. n. 689/1981). Inoltre, il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva, salvi i casi di insolvenza, costituisce motivo ostativo ad una futura eventuale sostituzione (art. 59, comma 1, lett. b), l. n. 689/1981)⁸³.

Del resto, i presupposti delle riflessioni cui si è fatto riferimento paiono superati dallo stesso legislatore. L'art. 459, comma 1-ter, c.p.p. dispone che, quando è stato emesso un decreto penale di condanna a pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva, l'imputato possa chiedere la sostituzione con il lavoro di pubblica utilità *ex* art. 56-bis, l. n. 689/1981⁸⁴. La disposizione ammette che il condannato possa chiedere l'applicazione di una pena che incide sulla libertà personale in misura maggiore della pena pecuniaria, evidentemente perché ritiene opportuno rimettere allo stesso la valutazione in ordine all'affittività in concreto della risposta sanzionatoria al reato, evitando di fare operare meccanismi presuntivi⁸⁵.

5.3.

Gli esiti deformanti della sostituzione disposta d'ufficio.

L'inammissibilità dell'intervento sostitutivo officioso può apprezzarsi anche avendo riguardo ai suoi possibili esiti applicativi.

Sul punto, va premesso che il problema potrebbe risultare di contenuto rilievo con riferimento alla semilibertà sostitutiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva, in ragione della loro assimilabilità alle omologhe misure alternative alla detenzione, cui l'imputato può avere accesso, senza necessità del consenso del pubblico ministero, in sede esecutiva. A tali osservazioni, tuttavia, si può obiettare che, in verità, non si tratterebbe semplicemente di anticipare alla cognizione un risultato comunque conseguibile, sulla base della richiesta del solo imputato, anche a valle del rito negoziato, in ragione del fatto che le menzionate pene sostitutive non ricalcano esattamente nel contenuto le analoghe misure alternative, sussistendo alcuni non irrilevanti elementi di diversità⁸⁶.

In ogni caso, più importanti questioni si pongono per il lavoro di pubblica utilità sosti-

⁸² In realtà, già prima della riforma, l'art. 58, l. n. 689/1981 richiamava criteri elastici quali quelli indicati nell'art. 133 c.p., che costituiscono l'emblema della discrezionalità giudiziale, oltre all'idoneità al reinserimento sociale del condannato e alla prognosi di adempimento delle prescrizioni.

⁸³ Le disposizioni ricordate si pongono nel solco di un complesso di interventi volti a restituire effettività alla pena pecuniaria, su cui v. GARGANI (2023), pp. 28 ss.; sulle questioni inerenti all'esecuzione della pena pecuniaria, v. MIEDICO (2023), pp. 36 ss.; GIOVINAZZO (2023), pp. 1 ss.; GOISIS (2023), pp. 950 ss.

⁸⁴ Lo stesso meccanismo era già previsto, ad esempio, dall'art. 186, comma 9-bis, c.d.s., che già consentiva di sostituire anche la pena pecuniaria con il lavoro di pubblica utilità.

⁸⁵ In questo stesso senso si è espressa, proprio con riguardo all'art. 16, comma 1, T.U. Immigrazione, Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 7906, cit., secondo cui «né può essere posto in discussione l'interesse dell'imputato a far valere l'illegittimità della statuizione, non essendo dato escludere che un trattamento in apparenza più favorevole sia suscettibile di produrre in concreto un pregiudizio più intenso di quello determinato dalla pena sostituita».

⁸⁶ Ad esempio, la semilibertà sostitutiva, rispetto all'omologa misura alternativa, inverte il rapporto tra il tempo da trascorrere in istituto e quello da trascorrere all'esterno: quanto alla prima, infatti, l'art. 55, comma 1, l. n. 689/1981 determina in otto ore il tempo della permanenza in istituto, consentendo di trascorrere il resto della giornata all'esterno, quanto alla seconda, invece, l'art. 48, comma 1, ord. penit. configura la permanenza in istituto come regola e quella all'esterno come eccezione. Anche la detenzione domiciliare sostitutiva presenta alcune divergenze rispetto alla misura alternativa, comportando una minore compressione della libertà personale del condannato: l'art. 56, l. n. 689/1981 determina il tempo minimo di permanenza nel domicilio in dodici ore, con la possibilità di allontanarsi per la restante parte della giornata per le finalità indicate nel programma di trattamento, l'art. 47-ter ord. penit., invece, consente l'allontanamento dal domicilio per un tempo strettamente necessario alle indispensabili esigenze di vita o per l'esercizio di un'attività lavorativa. Diversa risulta anche la disciplina delle licenze (art. 69, comma 1, l. n. 689/1981). Sul punto, v. DOLCINI (2022), pp. 4-5. VARRASO (2023), §2.1, sottolinea che «si capovolge, in questo modo, la regola oggi esistente, nelle misure omologhe disciplinate dagli artt. 47 ter e 48 ord. penit., restrizione – libertà. La componente detentiva delle misure *de quibus* diventa "recessiva" al fine di salvaguardare l'utilità delle misure stesse a fini rieducativi e di reinserimento sociale, aprendo "finestre" più ampie per il condannato con il mondo esterno».

tutivo e per la pena pecuniaria sostitutiva. Qui non si tratta di perseguire fini acceleratori: a una situazione analoga o comunque assimilabile non è infatti consentito pervenire nella fase esecutiva, visto che, nel catalogo delle misure alternative alla detenzione, il legislatore non prevede istituti omologhi.

Il nuovo assetto pare generare criticità tanto per la posizione del pubblico ministero, quanto per quella dell'imputato, introducendo nel rito negoziato, dominato dal profilo dell'accordo, un elemento di incontrollabilità proprio con riferimento alla pena.

Alcuni esempi possono chiarire il punto.

Ammettendo la sostituzione d'ufficio, quando la parte pubblica prestasse il proprio consenso all'applicazione di una pena detentiva di un anno, in ragione del fatto che la ritiene congrua, il giudice potrebbe sostituirla con una pena pecuniaria di 1.825 euro, qualora applicasse il minimo giornaliero, che è stato ridotto a 5 euro⁸⁷ (art. 56-*quater*, l. n. 689/1981). Lo stesso vale per le pene detentive inferiori ai tre anni, sostituibili con il lavoro di pubblica utilità.

Parimenti, l'esercizio del potere sostitutivo officioso del giudice può rivelarsi problematico anche per l'imputato. Ciò non tanto nel caso in cui la pena sostitutiva applicata sia il lavoro di pubblica utilità, che presuppone sempre il suo consenso, quanto piuttosto nell'ipotesi in cui il giudice decida di sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria, potendosi prescindere, in questa ipotesi, dall'assenso della parte (art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p.)⁸⁸. L'accordo relativo all'applicazione di una pena detentiva per la durata di un anno potrebbe subire un drastico mutamento, visto che il giudice potrebbe sostituirla con pena pecuniaria fino a 912.500, qualora applicasse il massimo giornaliero, oggi pari a 2.500 euro (art. 56-*quater*, l. n. 689/1981). Questo sviluppo appare difficilmente conciliabile con le finalità perseguite con la scelta del rito negoziato, se si considera che l'imputato, concordando l'applicazione della pena detentiva di un anno, potrebbe coltivare l'aspettativa di espirla con la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali.

Oltretutto, al di là delle obiezioni sopra richiamate, riconoscere al giudice la possibilità di sostituire d'ufficio la pena concordata tra le parti rischia di sortire un effetto contrario alle logiche di deflazione processuale che hanno animato la riforma: se il patteggiamento si aprisse a sviluppi incontrollabili di questo tipo, l'effetto della novella sarebbe probabilmente quello di frenare tanto l'imputato quanto il pubblico ministero alla prestazione del consenso, con il rischio che una parte significativa di procedimenti, prima definiti secondo il rito negoziato, verrà celebrata nelle forme ordinarie. Per una particolare eterogenesi dei fini, un intervento ispirato a obiettivi di deflazione assumerebbe i connotati di un disincentivo all'accesso a uno dei riti in grado di assicurare i risultati più evidenti in termini di economia processuale e riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti.

6. Osservazioni conclusive.

A valle della rassegna che si è svolta, pare emergere la discrasia tra l'intenzione del legislatore di fare del patteggiamento la sede naturale di applicazione delle pene sostitutive e la mancanza di una disciplina chiara e idonea a delineare con sufficiente certezza le prerogative delle parti e le attribuzioni giudiziali circa l'applicazione delle medesime.

A sembrare esente dai problemi ermeneutici più significativi è unicamente il caso nel quale l'imputato e il pubblico ministero raggiungano un accordo "completo", che involga tutti gli aspetti della sostituzione. Si tratta anche dell'ipotesi che richiede il maggiore impegno all'imputato e al pubblico ministero e che, stando almeno ai primi protocolli intervenuti in materia, "impone" alla difesa un onere di produzione documentale. Sarà il tempo a rivelare quanto frequentemente un simile impegno potrà essere profuso dalle parti.

D'altro canto, le questioni interpretative si infittiscono, a mano a mano che l'accordo si fa meno esaustivo. In questo caso, a porre gli interrogativi più complessi è il rinvio operato dall'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. all'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p. «in quanto compatibile». È alla luce di questo criptico vaglio di compatibilità che vanno letti i poteri del giudice, nel

⁸⁷ Sulle vicende che hanno interessato il minimo giornaliero prima della Riforma Cartabia, per effetto degli interventi del legislatore (in particolare, art. 32, comma 62, l. 15 luglio 2009, n. 92) e della Corte costituzionale (in particolare, Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 15), v. MEDICO (2022), pp. 910 ss.

⁸⁸ La disposizione prevede che l'imputato debba acconsentire alla sostituzione della pena detentiva quando la pena sostitutiva sia «diversa dalla pena pecuniaria».

contesto di un procedimento che, in quanto dominato dalla logica negoziale, non ammette interventi additivi o integrativi dell'organo giurisdizionale rispetto al contenuto dell'accordo, quando comportino, come è nel caso della sostituzione della pena detentiva, apprezzamenti di natura discrezionale.

Il sistema, in questo caso, pare poter tenere solo sostenendo che, se anche si ammettesse l'esercizio di un potere determinativo del giudice sul contenuto della pena sostitutiva, la pronuncia della sentenza *ex art. 444 c.p.p.* dovrebbe essere comunque preceduta da una nuova manifestazione del consenso.

Ciò, sempre che le parti non si siano orientate espressamente in senso diverso, come è loro facoltà fare, devolvendo alla discrezionalità del giudice la decisione sulle questioni inerenti alla sostituzione.

Ancora meno governabile, sotto il profilo degli effetti di sistema, è la fattispecie della sostituzione officiosa, ipotizzabile sulla base del nuovo art. 53, comma 1, l. n. 689/1981. Le prime pronunce intervenute sulla questione e quelle stratificatesi su disposizioni analoghe sul piano testuale non consentono di fare previsioni né di escludere la possibilità di una lettura che ammetta l'intervento d'ufficio. Certo è che, qualora questo venisse consentito, si produrrebbero effetti a cascata difficilmente controllabili anche sulle fattispecie prima esaminate e, in particolare, sui rapporti tra l'iniziativa delle parti e i poteri del giudice nei casi di richiesta "incompleta". La suggestione della sostituzione officiosa, alimentata, in verità, dal solo tenore letterale della norma, va tuttavia respinta nel nome della coerenza del sistema, dei principi informativi del procedimento e della predicibilità della sentenza, quale tratto ormai caratterizzante il rito negoziato.

Bibliografia

ABBAGNANO TRIONE, Andrea (2022a): "Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti", *Processo penale e giustizia*, pp. 238-248.

ABBAGNANO TRIONE, Andrea (2022b): "Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive", *Legislazione penale*, pp. 1-19.

ABBAGNANO TRIONE, Andrea (2023): "Il sistema delle pene sostitutive e il *favor libertatis*", *Processo penale e giustizia*, 2023, pp. 757-776.

AMARELLI, Giuseppe (2022): "L'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre", *Processo penale e giustizia*, pp. 234-237.

BIANCHI, Davide (2021): "Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 33-49.

BORTOLATO, Marcello (2023): "Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I "liberi sospesi" e gli effetti della riforma Cartabia", *Sistema penale online*, pp. 1-10.

CAVALIERE, Antonio (2021): "Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia", *www.penaledp.it*, pp. 1-36.

CECCHI, Marco (2017): "Patteggiamento: poteri del giudice in relazione alle sanzioni sostitutive", *Diritto penale e processo*, pp. 253-261.

CHELO, Andrea (2023): "Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio "secondo Cartabia"", *Diritto penale e processo*, pp. 170-179.

CORVI, Paola (2017): "I poteri del giudice di appello in materia di sostituzione delle pene detentive brevi", *Processo penale e giustizia*, pp. 822-828.

CORVI, Paola (2023): “La nuova fisionomia dell’applicazione della pena su richiesta di parte”, in CASTRONUOVO, DONINI, MANCUSO, VARRASO (eds.): *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* (Padova, Cedam), pp. 743-762.

DE VITO, Riccardo (2023): “Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere”, *www.questionegiustizia.it*, pp. 1-23.

CHELO e DEMARTIS (2022): “Il patteggiamento secondo Cartabia”, in SPANGHER (editor): *La riforma Cartabia* (Pisa, Pacini Giuridica), pp. 392-423.

DOLCINI, Emilio (2021): “Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia”, *Sistema penale online*.

DOLCINI, Emilio (2022): “Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive”, *Sistema penale online*, pp. 1-26.

DONINI, Massimo (2021): “Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità”, *Politica del diritto*, pp. 591-608.

GARGANI, Alberto (2022): “La riforma in materia di sanzioni sostitutive”, *Legislazione penale*, pp. 1-18.

GARGANI, Alberto (2023): “Le “nuove” pene sostitutive”, *Diritto penale e processo*, pp. 17-35.

GATTA, Gian Luigi (2021): “Riforma della giustizia penale: contesto obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia””, *Sistema penale online*, pp. 1-30.

GIOVINAZZO, Angela Anna Antonia (2023): “La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo: alcune osservazioni critiche”, *Sistema penale online*, pp. 1-29.

GIUNTA, Fausto (2004): “Le novità in materia di sanzioni sostitutive”, in PERONI (editor): *Patteggiamento “allargato” e giustizia penale* (Torino, Giappichelli), pp. 65-72.

GOISIS, Luciana (2023): “Pena pecuniaria e “riforma Cartabia”. Un primo passo nel segno dell’effettività”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 950-955.

GUIDI, Dario (2023): “La riforma delle “pene” sostitutive”, *Legislazione penale*, pp. 1-42.

LOCATELLI, Giuseppe (1999): “Osservazioni sull’espulsione sostitutiva della detenzione”, *Diritto penale e processo*, pp. 1035-1036.

MIEDICO, Melissa (2022): “La conversione delle pene pecuniarie: tra maldestri interventi legislativi e correttivi della Corte costituzionale, nell’attesa di una riforma complessiva”, *Diritto penale e processo*, pp. 910-918.

MIEDICO, Melissa (2023): “La pena pecuniaria: alla ricerca dell’effettività”, *Diritto penale e processo*, pp. 36-44.

PALAZZO, Francesco (2021a): “Pena e processo nelle proposte della “Commissione Lattanzini””, *Legislazione penale*, pp. 1-8.

PALAZZO, Francesco (2021b): “I profili di diritto sostanziale della riforma penale”, *Sistema penale online*, pp. 1-18.

PISANI, Nicola (2023): “Le pene sostitutive”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 942-950.

VARRASO, Gianluca (2023): “Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura “definitiva” della sequenza cognizione-esecuzione”, *Giustizia insieme online*.

VENTUROLI, Marco (2023): “Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150”, *Sistema penale online*, pp. 1-23.

VIGONI, Daniela (1997): “L’applicazione della pena su richiesta delle parti”, in PISANI (editor): *I procedimenti speciali in materia penale* (Milano, Giuffrè), pp. 116-241.

VIGONI, Daniela (2000): *L'applicazione della pena su richiesta delle parti* (Milano, Giuffrè).

VIGONI, Daniela (2004): "Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza", *Cassazione penale*, pp. 710-716.

QUESTIONI DI PARTE GENERALE

CUESTIONES DE PARTE GENERAL

ISSUES ON THE GENERAL PART

- 54 **I due *ne bis in idem*, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti**
Los dos ne bis in idem, sustantivo y procesal: homónimos pero no parientes
The Two ne bis in idem, Substantive and Procedural: Homonyms yet Unrelated
Ignazio Giacona
- 71 **Concurso de normas y vigencia de los delitos complejos en la legislación penal italiana: especial referencia al artículo 84**
Concorso di norme e reati complessi nella legislazione penale italiana: il particolare riferimento all'art 84
Concurrence of Norms and Complex Offenses in Italian Criminal Law: Specific Reference to Article 84
Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos
- 95 **La colpa in attività illecita: il ruolo “straordinario” della prevedibilità nella personalizzazione del giudizio colposo**
La imprudencia en actividades ilícitas: el papel "extraordinario" de la previsibilidad en la personalización del juicio imprudente
Fault in Illegal Activity: The “Extraordinary” Role of Foreseeability in the Individualized Ascertainment of Fault
Elena Ammannato

I due *ne bis in idem*, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti

*Los dos ne bis in idem, sustantivo y procesal:
 homónimos pero no parientes*

*The Two Ne Bis In Idem, Substantive and Procedural:
 Homonyms yet Unrelated*

IGNAZIO GIACONA

Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Palermo
 ignazio.giacona@unipa.it

NE BIS IN IDEM, DIRITTO UE,
 CONCORSO DI REATI

NE BIS IN IDEM, DERECHO UE,
 CONCORSO DE DELITOS

NE BIS IN IDEM, EU LAW,
 PLURALITY OF OFFENCES

ABSTRACTS

Dopo avere esaminato due recenti importanti pronunzie della Corte Costituzionale (n. 149 del 2022) e della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione, 8 marzo 2022, NE), relative entrambe al principio di proporzionalità e la prima anche a quello di *ne bis in idem*, l'autore sofferma l'attenzione su quest'ultimo e sui rapporti tra accezione sostanziale e processuale. Nonostante la loro comune generica funzione garantistica di evitare eccessi persecutori, si sottolinea la loro diversità e come una corretta fisiologia penalistica richiede che anzitutto vengano risolti nel corso del processo gli aspetti relativi al *concorso apparente ovvero formale di reati*; mentre dopo il passaggio in giudicato della sentenza potranno assumere rilevanza quei segmenti del fatto di reato che non sono stati oggetto di accertamenti. Quindi, l'importanza attribuita negli ultimi anni al principio di *ne bis in idem* sostanziale comporta l'esigenza – oggi ancor più che in passato – di affrontare il problema del concorso apparente di reati attraverso il criterio di consunzione (per approfondimenti l'autore rinvia a un suo recente studio monografico).

Después de examinar dos recientes e importantes sentencias de la Corte Constitucional (número 149 de 2022) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala, 8 de marzo de 2022, NE), ambas relacionadas con el principio de proporcionalidad y la primera también con el *ne bis in idem*, el autor centra su atención en este último y en la relación entre su aspecto sustantivo y procesal. A pesar de su función común de proteger a las personas en contra de excesos de la acusación, se destacan sus diferencias. Una comprensión adecuada del derecho penal requiere que los problemas relacionados con la concurrencia aparente o formal de delitos se aborden principalmente durante el juicio, mientras que después de que la sentencia se vuelve definitiva, pueden volverse relevantes aquellos segmentos del acto delictivo que no han sido objeto de examen. Por lo tanto, la creciente importancia del principio de *ne bis in idem* sustantivo en los últimos años requiere, ahora más que nunca, abordar el problema de la concurrencia aparente de delitos a través del concepto de consunción (para obtener más información, el autor remite a su reciente estudio monográfico).

After a thorough examination of two recent significant rulings, one from the Constitutional Court (No. 149 of 2022) and the other from the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber, March 8, 2022, NE), both concerning the principle of proportionality, with the former also addressing the principle of *ne bis in idem*, the article directs its focus to the latter principle and the intricate interplay between its substantive and procedural dimensions. While both share the overarching objective of safeguarding against prosecutorial excesses, the author

emphasizes their inherent distinctions, by underlining how during criminal trial the initial focus should be on addressing issues related to the apparent or formal concurrence of offenses. After the final judgment, then, attention may shift to those facets of the criminal act that have not been subject to scrutiny. Consequently, the heightened significance ascribed to the principle of substantive *ne bis in idem* in recent years accentuates the urgency – more so than in the past – of grappling with the conundrum of apparent concurrence of offenses through the lens of the consummation criterion. For an in-depth exploration of this subject, the author refers to their recent monographic study.

SOMMARIO

1. La sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2022. – 2. La sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE. – 3. Le obiezioni della dottrina pubblicistica alla sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2022. – 4. La condivisione della soluzione della Corte Costituzionale da parte della dottrina penalistica (che l'ha ricollegata alla sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, Grande-Stevens). – 5. Il *ne bis in idem* sostanziale e processuale come principi ben distinti e i loro rapporti nella giurisprudenza europea e costituzionale. – 6. Le istanze di *ne bis in idem* sostanziale alla base della questione del c.d. doppio binario punitivo.

1.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2022.

Nell'ormai particolarmente ampio dibattito sul principio di *ne bis in idem* nei casi di c.d. doppio binario sanzionatorio (penale e formalmente amministrativo), viene in evidenza la recente importante pronuncia della Corte Costituzionale n. 149 del 2022¹.

Ripercorriamo il contenuto della sentenza. Il caso concreto riguardava il titolare di una copisteria che, avendo abusivamente riprodotto un numero considerevole di libri, dapprima era stato condannato alla sanzione amministrativa di euro 5.974, in base all'art. 174-*bis*, l. del 1941 n. 633 (sul diritto d'autore); successivamente era stato sottoposto per lo stesso fatto anche a processo penale per il delitto di cui all'art. 171-*ter*, c. 1, lett. b), l. cit.

Sollevata questione di legittimità costituzionale, la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-*ter* della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* della medesima legge».

A questa conclusione i giudici costituzionali sono pervenuti sulla base di quanto affermato negli ultimi anni dalla giurisprudenza europea. Infatti, come si legge in sentenza, la Corte EDU ha affermato, a partire dalla sentenza della Grande Camera del 2016 A e B contro Norvegia², «che non necessariamente l'inizio o la prosecuzione di un secondo procedimento di carattere sostanzialmente punitivo in relazione a un fatto per il quale una persona sia già stata giudicata in via definitiva nell'ambito di un diverso procedimento, pure di carattere sostanzialmente punitivo, dà luogo a una violazione del *ne bis in idem*. Una tale violazione deve, infatti, essere esclusa allorché tra i due procedimenti vi sia una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta», così che essi rappresentino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria al medesimo illecito (Corte EDU, sentenza A e B, paragrafo 130). Al fine di verificare se una tale connessione sussista, la Corte, nella sentenza ora indicata, ha enunciato in particolare i criteri seguenti (paragrafo 132): – se i diversi procedimenti perseguano scopi complementari e pertanto concernano diversi aspetti del comportamento illecito in questione; – se la duplicità di procedimenti in conseguenza della stessa condotta sia prevedibile, in astratto e in concreto; – se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare, nella misura del possibile, ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove; – se siano previsti meccanismi che consentano, nel secondo procedimento, di tenere in considerazione la sanzione eventualmente già inflitta nel primo procedimento, in modo da evitare che l'interessato sia sottoposto a un trattamento sanzionatorio complessivo eccessivamente gravoso (...). Conviene qui incidentalmente notare che ad approdi assai simili negli esiti a quelli, appena riassunti, della giurisprudenza di Strasburgo è pervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea sulla corrispondente garanzia apprestata dall'art. 50 CDFUE (grande sezione, sentenze 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA* e altri, n. C-537/16; in causa C-524/15, *Menci*; in cause C-596/16 e C-597/16, *Di Puma* e altri)»³.

¹ Sent. 16 giugno 2022 n. 149. Per dei commenti a questa decisione v., tra gli altri: ANGIOLINI (2022), pp. 1329-1323; BIN L. (2022b), pp. 1599-1609; CHIANELLO (2022), pp. 3381-3389; DELLA VALENTINA (2022), pp. 219-239; MEDICO (2022), pp. 1609-1619; PEPE (2022), pp. 1578-1590; PINELLI (2022), pp. 1574-1578; PROCACCINO (2022b), pp. 1590-1599; RECCHIA (2022), pp. 1676-1706; SCOLETTA (2022); SEMINARA (2022), pp. 1381-1397.

Meno significative sono le precedenti pronunzie della Corte Costituzionale sul doppio binario sanzionatorio, sulle quali v. *infra*, nt. 22.

² Corte EDU, sent. 16 novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016, con nota di VIGANÒ (2016).

³ C. Cost. 16 giugno 2022 n. 149, par. 5.1.3.

Quindi, in applicazione di queste affermazioni della giurisprudenza europea, la Corte Costituzionale si è soffermata a esaminare la situazione specifica sottoposta al suo vaglio, e cioè «se i due procedimenti finalizzati all'irrogazione delle sanzioni – penali e amministrative, ma entrambe di natura punitiva – previste rispettivamente dagli artt. 171-ter e 174-bis della legge n. 633 del 1941 possano ritenersi avvinati da una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, così che tali procedimenti appaiano come parti di un unico sistema integrato di tutela dei medesimi beni giuridici, insuscettibile di produrre effetti sproporzionati sui diritti fondamentali dell'interessato»⁴.

Pertanto, i giudici costituzionali sono pervenuti alla conclusione «che il sistema di “doppio binario” in esame non è normativamente congegnato in modo da assicurare che i due procedimenti sanzionatori previsti apprestino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria agli illeciti in materia di violazioni del diritto d'autore, già penalmente sanzionati dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941. I due procedimenti originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al *ne bis in idem*»⁵.

Sotto altro aspetto, la Corte Costituzionale ha osservato che il giudice remittente, invece di sollevare la questione di legittimità, avrebbe potuto alternativamente disapplicare direttamente, in tutto o in parte, le sanzioni previste per il delitto oggetto di giudizio, al fine di ricondurre a proporzione il trattamento complessivo irrogabile all'imputato, in base all'art. 50 della CDFUE: «la disciplina sanzionatoria prevista, nell'ordinamento italiano, tanto dall'art. 171-ter quanto dall'art. 174-bis della legge n. 633 del 1941, ricade nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE, con conseguente obbligo, da parte delle competenti autorità amministrative e giudiziarie italiane, di rispettare i diritti riconosciuti dalla Carta, compreso l'art. 50 CDFUE che sancisce a livello unionale il diritto al *ne bis in idem*. Diritto, quest'ultimo, che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha già riconosciuto essere provvisto di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri (grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA* e altri, causa C-537/16, paragrafo 66)»⁶.

In ogni caso, la Corte Costituzionale ha evidenziato la *preferibilità del ricorso incidentale*, per pervenire a una soluzione dotata di efficacia generale: «Rispetto alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice, in ragione del loro contrasto con l'art. 50 CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale cui aspira il giudice rimettente assicurerebbe del resto al diritto al *ne bis in idem* – riconosciuto assieme dalla Costituzione italiana (sentenza n. 200 del 2016), dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE – una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità»⁷.

2.

La sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE.

Pur trattandosi di situazioni distinte, è assai utile prendere qui in considerazione una recente sentenza, pressoché contemporanea a quella adesso esposta della Consulta⁸, con la quale la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'U.E. ha affermato che il principio di proporzionalità del trattamento penale produce *effetti diretti* negli ordinamenti degli Stati membri, per cui il giudice interno, nell'ambito del diritto europeo, potrà disapplicare la sanzione eccessivamente gravosa e adeguatamente ricalibrarla, al di là delle previsioni edittali: «il rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili. Qualora, nell'ambito di una siffatta attuazione, gli Stati membri adottino sanzioni aventi carattere più

⁴ *Ivi*, par. 5.2.3.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ivi*, par. 2.2.1.

⁷ *Ivi*, par. 2.2.2.

⁸ Ud. 10 maggio 2022, dep. 16 giugno 2022.

specificamente penale, essi sono tenuti ad osservare l'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Orbene, detto principio di proporzionalità (...) presenta carattere imperativo»⁹.

A differenza della sentenza della Corte Costituzionale prima citata, non si tratta qui di una situazione di c.d. doppio binario sanzionatorio. Tuttavia, entrambe le decisioni riguardano il *principio di proporzionalità*, che viene affermato *in senso forte*, come criterio che implica una concreta applicazione nei casi oggetto di giudizio.

La Grande Sezione, attribuendo al giudice nazionale la possibilità di fissare la pena al di sotto della previsione edittale minima, affronta la questione cruciale del contrasto del principio di proporzionalità con le istanze di *certezza delle pene e separazione dei poteri*, e motiva la netta prevalenza attribuita al primo sul rilievo che esso produce effetti assai favorevoli per l'imputato: «il principio di irretroattività della legge penale, che è inerente al principio di legalità dei reati e delle pene, osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto (...). Orbene, il fatto che, in un caso come quello di cui trattasi nel procedimento principale, la sanzione inflitta sarà meno elevata rispetto alla sanzione prevista dalla normativa nazionale applicabile, a causa di una parziale disapplicazione di quest'ultima sulla base di detto requisito, non può essere considerato in contrasto con i principi della certezza del diritto, della legalità dei reati e delle pene nonché dell'irretroattività della legge penale»¹⁰.

Invero, il punto qui toccato, che costituisce il centro nevralgico della intera problematica, è probabilmente ben più complesso da affrontare. E in proposito sembra interessante il commento alla decisione della Grande Sezione di Francesco Viganò, che è stato il giudice relatore della sentenza della Corte Costituzionale del 2022 n. 149, e che scrive questa volta in veste di studioso (avvertendo che le «opinioni espresse in questo contributo sono esclusivamente attribuibili all'Autore, e non riflettono necessariamente la posizione della Corte costituzionale italiana, della quale l'Autore è componente»): «A fronte di questioni di legittimità costituzionale che lamentano la violazione del principio di proporzionalità della pena – fondato su vari parametri interni, tra cui in particolare gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., ma anche direttamente sull'art. 49, paragrafo 3, della Carta, ogniqualevolta si versi all'interno dell'ambito di applicazione del diritto UE –, la Corte costituzionale è da tempo in grado di eliminare il *vulnus* non solo attraverso la dichiarazione pura e semplice di illegittimità costituzionale dell'intera norma che prevede l'illecito, bensì anche attraverso la correzione della sola parte della norma che stabilisce la sanzione per il caso di inosservanza, nella misura in cui essa conduce effettivamente a risultati sanzionatori sproporzionati. Una correzione, dunque, circoscritta, ed anzi "chirurgica" (...).

L'intervento della Corte costituzionale, certo, introduce un elemento di maggiore complessità nel meccanismo di eliminazione della sproporzione della sanzione, passando necessariamente per la sospensione del giudizio *a quo* e la conseguente rimessione del giudizio alla Corte costituzionale, cui seguirà poi una ulteriore riassunzione del giudizio principale.

Tuttavia, il vantaggio di questo meccanismo è evidentemente quello di consentire, all'indomani della pronuncia della Corte costituzionale, la stabilizzazione nell'ordinamento di un'unica soluzione, grazie a una pronuncia con effetto *erga omnes*, che evita in partenza quella situazione di incertezza e di (inevitabile) disparità di trattamento che consegue alla individuazione, da parte di ciascun singolo giudice penale, di soluzioni per risolvere l'antinomia tra diritto nazionale e diritto UE. Nell'attesa della sentenza della Corte costituzionale, d'altra parte, i giudici avranno comunque la possibilità di evitare di applicare sanzioni che ritengano sproporzionate, sollevando a loro volta questioni di legittimità costituzionale fondate precisamente su tale doglianza e sospendendo i relativi procedimenti.

Tale meccanismo, inoltre, sembra evitare in radice le frizioni con il principio di legalità delle pene, dal momento che la Corte costituzionale si limita a correggere norme legislative esistenti, sostituendo quadri edittali e disposizioni sanzionatorie che il legislatore non avrebbe mai dovuto adottare, a causa del loro contrasto con un principio che ha, anzitutto, rango costituzionale, e come tale circoscrive sin dall'origine la discrezionalità del legislatore»¹¹.

Seguendo una logica simile, nel caso oggetto della sentenza della Corte Costituzionale

⁹ C. di Giustizia U.E. 8 marzo 2022, C-205/20, NE, *Sistema penale*, 26 aprile 2022, con nota di VIGANÒ (2022).

¹⁰ C. di Giustizia U.E. 8 marzo 2022, cit., paragrafi 48 e 51.

¹¹ VIGANÒ (2022), par. 5.3.

del 2022, il Tribunale di Verona aveva ritenuto opportuno sollevare questione incidentale in ordine al doppio trattamento sanzionatorio previsto dalla legge sul diritto d'autore. E il relatore-estensore Viganò ha evidenziato, come avevamo riportato più sopra, che rispetto «alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice, in ragione del loro contrasto con l'art. 50 CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale cui aspira il giudice rimettente assicurerebbe del resto al diritto al *ne bis in idem* – riconosciuto assieme dalla Costituzione italiana (sentenza n. 200 del 2016), dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE – una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità»¹².

3. Le obiezioni della dottrina *publicistica* alla sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2022.

Questa impostazione è stata oggetto di critiche da parte della *dottrina publicistica*, nella quale si è osservato che, in presenza di un obbligo del diritto europeo direttamente applicabile e non contrastante con la Costituzione, il giudice comune dovrebbe direttamente applicarlo; e ciò anche in base alla stessa precedente giurisprudenza della Consulta, che non sarebbe stata esattamente riferita in sentenza: «In tutti i precedenti, era stato insomma chiarito che quando l'invocazione di un parametro costituzionale non accompagna quella di un obbligo posto dal diritto dell'Unione direttamente applicabile, al giudice comune non resta che applicare quest'ultimo, con conseguente non applicabilità della normativa interna con esso confliggente. Non ingannino, dunque, i richiami a “un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale”. La pronuncia in esame ha fatto saltare questa distinzione. E, non avendola sostituita con altro, non ha reso un buon servizio alla credibilità della giurisprudenza in materia»¹³.

In sostanza, secondo l'Autore la sentenza creerebbe incertezze, non indicando il criterio in base al quale il giudice ordinario potrebbe scegliere tra rimessione degli atti alla Consulta o disapplicazione della disposizione che prevede un limite edittale minimo troppo elevato: se, «come risulta dalla sentenza in commento, la non alternatività del ricorso al sindacato accentrato rispetto al “meccanismo diffuso” si riferisce al conflitto di una legge anche solo con una disposizione del diritto UE avente effetto diretto, in base alla generica considerazione che i diritti riconosciuti dalla Carta “intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana”, occorre almeno indicare in base a quale criterio il giudice dovrebbe ricorrere all'uno o all'altro rimedio»¹⁴.

Non entriamo qui nel merito del problema *publicistico* della possibilità per il giudice comune di promuovere una questione costituzionale qualora il diritto europeo sia già direttamente applicabile. Sembrano però un po' eccessive le preoccupazioni di un generale disorientamento che la sentenza potrebbe creare nell'attività giurisdizionale. Infatti, la Corte Costituzionale ha indicato con chiarezza l'equivalenza e l'alternatività delle due soluzioni che si prospettano al giudice comune, limitandosi a evidenziare le ricadute positive per il sistema penale del ricorso incidentale: «Rispetto alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice, in ragione del loro contrasto con l'art. 50 CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale cui aspira il giudice rimettente assicurerebbe del resto al diritto al *ne bis in idem* – riconosciuto assieme dalla Costituzione italiana (sentenza n. 200 del 2016), dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE – una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità»¹⁵.

Effettivamente, risulta inedita nel nostro sistema penale l'attribuzione al giudice ordinario del potere di determinare la pena prescindendo dai limiti minimi imposti dalla legge. Per cui è ben comprensibile la preoccupazione della Corte Costituzionale di proporre, sia pure in via eventuale, una valutazione di proporzione con effetti *erga omnes*.

È vero che qui si tratta di operare a favore del reo e pertanto si fuoriesce dalla *ratio* del principio di legalità. Tuttavia ci sono esigenze di *certezza delle posizioni giuridiche* e di *separazione*

¹² V. *supra* nt. 7.

¹³ PINELLI (2022), 578.

¹⁴ PINELLI (2022), 1576.

¹⁵ Par. 2.2.2.

tra i poteri dello Stato, con cui occorre rapportare e bilanciare il principio di proporzionalità.

Quindi, dinanzi a un legislatore assai poco interessato ad assolvere i propri doveri istituzionali ricalibrando le sanzioni in risposta agli impegni europei¹⁶, l'intervento del giudice delle leggi non sembra inappropriato o prevaricatore, risultando invece preferibile alle valutazioni effettuate caso per caso dai singoli giudici ordinari¹⁷.

4.

La condivisione della soluzione della Corte Costituzionale da parte della dottrina *penalistica* (che l'ha ricollegata alla sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, Grande-Stevens).

A differenza della dottrina costituzionalistica, quella *penalistica* ha in generale condiviso la sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2022.

Per meglio inquadrare il contesto penalistico, è opportuno anzitutto ricordare la nota sentenza A e B c. Norvegia del 2016, con la quale – come abbiamo già visto nel brano sopra riportato della Corte Costituzionale¹⁸ – la Corte EDU ha affermato l'ammissibilità del doppio binario sanzionatorio a condizione che sussista una «*close connection in substance and in time*» tra i due procedimenti (e cioè: gli illeciti perseguano scopi diversi e puniscano la stessa condotta per motivi differenti; le sanzioni inflitte siano nel loro complesso *proporzionate* all'unico fatto; i due procedimenti siano tra loro coordinati per evitare il più possibile duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove; la doppia risposta sanzionatoria sia giuridicamente prevedibile; infine, non potendosi pretendere la perfetta simultaneità dei due procedimenti, la prosecuzione di uno non comporti per l'interessato uno stato di perdurante incertezza)¹⁹.

Tale impostazione della Corte EDU è stata poi recepita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE²⁰, nella quale si è peraltro dato particolare risalto alle istanze di *proporzionalità* del trattamento punitivo complessivo²¹. Prospettiva poi seguita anche dalla nostra giurisprudenza²².

In tal senso, nel commentare l'orientamento della giurisprudenza, europea e interna, la dottrina penalistica ha affermato che il *ne bis in idem* avrebbe assunto una dimensione *sostanziale*, essendosi dato rilievo soprattutto, se non esclusivamente, a esigenze di *proporzionalità* delle sanzioni²³. Per cui, «*seguendo tale logica, tutte le previsioni di doppio binario punitivo pre-*

¹⁶ La sentenza n. 149 del 2022 si chiude con l'auspicio a una «rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte».

¹⁷ Per un punto di vista opposto al nostro, v., nella dottrina costituzionalistica, MEDICO (2022), p. 1617 s. Sui rapporti tra Corte Costituzionale e Corti Europee la letteratura è sterminata: v., tra i tanti, BIN R. (2020); FIANDACA (2017), p. 13 s.; PALAZZO (2020), p. 1 s.; RAIMONDI G. (2014), p. 463 s.; TIZZANO (2019), p. 9 s.; VIGANÒ (2014a), p. 1 s.

¹⁸ *Supra*, par. 1.

¹⁹ Corte EDU, Grande Chambre, sent. 16 novembre 2016, A e B c. Norvegia, cit.

²⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 3, p. 286, con nota di GALLUCCIO.

²¹ Cfr. SCOLETTA (2022), par. 5: «la Corte lussemburghese ha infatti sì formalmente recepito gli snodi argomentativi elaborati dalla Corte Europea, ma ha sostanzialmente annacquato la complessa criteriologia di giudizio dell'A e B test, valorizzando quasi esclusivamente il profilo della proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulativo». V. pure, tra gli altri, BASILE (2019), p. 129 s.; CONSULICH (2018), p. 949 s.; DELLA VALENTINA (2022), p. 223 s.; MAZZACUVA Fr. (2020a), p. 940 s.; SILVA C. (2019), p. 1 s.

²² Cfr., ad es., Cass. 15 aprile 2021 (11 agosto 2021), n. 31507, Cremonini; Cass. 22 novembre 2019 (9 gennaio 2020), n. 397, Rosso; Cass. 15 aprile 2019 (27 settembre 2019), n. 39999, Respigo; Cass. 5 febbraio 2019 (19 novembre 2019), n. 5679, Erbetta; Cass. 16 luglio 2018 (10 ottobre 2018), n. 45829, Franconi. Su tale impostazione giurisprudenziale v., tra gli altri, FUSCO, BAGGIO (2019), p. 72 s.; MUCCIARELLI (2018); SCOLETTA (2019), p. 533 s.

Meno significative risultano le precedenti pronunzie della Corte Costituzionale sul doppio binario sanzionatorio: cfr. Corte Cost. 10 giugno 2021 (1° luglio 2021), n. 136; Corte Cost. 20 maggio 2020 (12 giugno 2020), n. 114; Corte Cost. 24 gennaio 2018 (2 marzo 2018), n. 43; Corte Cost. 8 marzo 2016 (20 maggio 2016), n. 112; Corte Cost. 8 marzo 2016 (12 maggio 2016), n. 102. In dottrina v., in proposito, SEMINARA (2022), p. 1390 s.; APRILE (2022), p. 3395 s.

²³ Cfr., ad es., CHIANELLO (2022), p. 3383: «A seguito della pronuncia A e B c. Norvegia, tale lettura fortemente restrittiva del *ne bis in idem* è stata ancor più valorizzata in tutti le successive pronunce della Corte di Lussemburgo in cui l'indice della proporzionalità complessiva del cumulo sanzionatorio è divenuto l'unico criterio sulla base del quale stabilire la legittimità dei sistemi a doppio binario. Tale indirizzo ha fatto breccia anche all'interno del nostro ordinamento, ove la Cassazione, seguendo il percorso tracciato dalle recenti pronunce europee, ha negato ogni contrasto con il divieto di *bis in idem* basandosi esclusivamente su quest'ultimo parametro. Tuttavia, attribuire ruolo prevalente al parametro della proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva significava offuscare la reale natura del divieto di *bis in idem*, che da regola processuale che vietava ogni duplicazione procedimentale in relazione al medesimo fatto a prescindere dai risvolti sanzionatori dei due procedimenti si trasformava in una garanzia di tipo sostanziale, che ammetteva duplicazioni procedurali a patto che la pena complessiva risultasse proporzionata»; DELLA VALENTINA (2022), p. 220: «Il principio di proporzionalità ha infatti assunto una crescente rilevanza con riferimento alla correlata garanzia del *ne bis in idem*: si potrebbe persino azzardare che il summenzionato principio – inizialmente emerso

senti nel nostro ordinamento potrebbero essere riportate a legittimità nella misura in cui solo si garantisce al giudice del secondo procedimento punitivo il potere di svolgere una valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio e di applicare solo ed eventualmente il surplus di penalità che ritenga ancora necessario in quanto comunque proporzionato al disvalore del fatto illecito. Ciò consegna ai giudici un potere discrezionale altissimo, sottraendolo alle tradizionali prerogative del legislatore e di conseguenza ponendo (...) rilevanti problemi in tema di "legalità della pena"»²⁴.

Si è detto quindi che, in tale contesto, la sentenza della Corte Costituzionale del 2022 n. 149 avrebbe «stravolto lo scenario mediante l'introduzione di una dirompente novità»²⁵, agendo sul *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 649 c.p.p.: «dinanzi alla mutazione genetica del principio del *ne bis in idem* – trasformato in un vago *ne ultra "iustum" in bis in idem* – e al tramonto del principio di legalità della pena, la sentenza della Corte costituzionale segna un punto d'arresto di estrema importanza»²⁶.

In altri termini, nel «porre indirettamente un freno a tale potere di valutazione giudiziaria di proporzionalità della pena si potrebbe anche scorgere un'espressione di diffidenza e un monito preventivo rispetto all'analogo potere che la Grande Sezione della Corte di Giustizia, nella recente sentenza NE dello scorso marzo [8 marzo 2022, C-205/20], ha attribuito al giudice penale come conseguenza del riconoscimento di "effetto diretto" al principio europeo di proporzionalità della sanzione, sancito dall'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, in conseguenza del quale appunto il giudice ordinario sarebbe legittimato a disapplicare le previsioni normative interne nella misura in cui rendano sproporzionata la risposta sanzionatoria che sarebbe irrogabile *ex lege* nel caso concreto. Molto opportunamente, pertanto, nella sentenza qui in esame la Corte costituzionale prende le distanze da siffatta tendenza riduttiva della garanzia, dimostrando la limitatezza di tale approccio: la proporzionalità è solo "uno" degli indici che può essere valorizzato al fine di valutare il carattere integrato di un doppio binario sanzionatorio (la *close connection in substance*), *ex se autonomamente inidoneo a legittimare i cumuli di procedimenti punitivi sullo stesso fatto illecito*»²⁷.

Peraltro, occorre evidenziare che nella sentenza in esame i giudici costituzionali hanno affermato che la garanzia del *ne bis in idem* mira «a tutelare l'imputato non solo contro la prospettiva dell'infissione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto: e ciò a prescindere dall'esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un'assoluzione. La *ratio* primaria della garanzia – declinata qui non quale principio "ordinamentale" a valenza oggettiva, funzionale alla certezza dei rapporti giuridici, ma quale diritto fondamentale della persona – è dunque quella di evitare l'ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»²⁸.

Così, autorevole dottrina ha in questo modo commentato tale brano della sentenza: «Questa bella definizione, rivelatrice di una sensibilità garantistica autenticamente liberale, ha il merito di restituire il *ne bis in idem* al suo rango di diritto fondamentale della persona, per sua natura suscettibile di temperamenti solo in forza di cogenti interessi superiori. Il ripristino della dimensione processuale del divieto implica dunque una netta presa di distanza dalla sua trasformazione in una sorta di direttiva attinente alla "giustizia" del processo e della pena»²⁹.

In sostanza, tale connotazione processuale si desumerebbe nella sentenza in esame dai seguenti aspetti: la Corte Costituzionale *non* ha seguito la soluzione di un ricalcolo del trattamento punitivo complessivo secondo criteri di proporzionalità; ha considerato (anche se in termini generici) la mancanza di raccordo tra i due procedimenti per l'irrogazione delle sanzioni³⁰; ha risolto il caso facendo leva soprattutto sull'art. 649 c.p.p., che sancisce il principio

quasi sottotraccia, come criterio di chiusura nel test inaugurato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza A e B c. Norvegia e successivamente recepito, con adesioni più o meno esplicite, da tutte le Corti, nazionali e sovranazionali – si sia progressivamente sostituito ad ogni questione interpretativa e applicativa in tema di *ne bis in idem*. Detto altrimenti, sembra che la struttura trasversale della proporzionalità – di recente ancor più corroborata dal riconoscimento della sua diretta applicabilità – non abbia soltanto ingenerato la progressiva torsione del *ne bis in idem* da una dimensione processuale ad una declinazione eminentemente sostanziale, bensì se ne sia 'impossessata', di fatto assorbendolo».

²⁴ SCOLETTA (2022), par. 5.

²⁵ SEMINARA (2022), p. 1392.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ SCOLETTA (2022), par. 5.

²⁸ C. Cost. 16 giugno 2022 n. 149, par. 5.1.1.

²⁹ SEMINARA (2022), p. 1393.

³⁰ Par. 5.2.3: «Il sistema normativo non prevede, d'altra parte, alcun meccanismo atto a evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove, e ad assicurare una ragionevole coordinazione temporale dei procedimenti. La giurisprudenza di legittimità ha anzi escluso, in mancanza di rapporto di pregiudizialità tra illecito penale e illecito amministrativo, l'operatività della clausola di connessione di cui all'art.

di *ne bis in idem* processuale, affermandone la parziale incostituzionalità³¹.

Di conseguenza, si è affermato in dottrina che con questa sentenza la Corte Costituzionale avrebbe operato «un cambio di rotta che, ancora una volta, è il frutto di un'attenta e doverosa osservazione dell'evoluzione della giurisprudenza convenzionale, soprattutto quella successiva alla sentenza *Grande Stevens*; una giurisprudenza – puntualmente richiamata dai giudici costituzionali (cfr. par. 5.1.3) – che testimonia la perdurante rilevanza della garanzia anche nel suo versante c.d. processuale, attraverso la decisiva e autonoma valorizzazione degli indici di *close connection* diversi da quello (prettamente “sostanziale”) della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio»³².

Quindi, secondo questa impostazione la Consulta si sarebbe ricollegata alla sentenza della Corte EDU del 2014 *Grande-Stevens*, che aveva affermato il divieto assoluto di doppio binario punitivo per lo stesso fatto³³. Mentre successivamente, con la sentenza della *Grande Chambre* della stessa Corte del 2016, A e B c. Norvegia, sono stati distinti i casi di divieto assoluto da quelli di ammissibilità condizionata dalla sussistenza di una “stretta connessione sostanziale e temporale” tra i due procedimenti, desumibile soprattutto dalla *proporzionalità* del trattamento sanzionatorio complessivo.

5.

Il *ne bis in idem* sostanziale e processuale come principi ben distinti e i loro rapporti nella giurisprudenza europea e costituzionale.

In proposito, è stato recentemente osservato: «Pur con differenze terminologiche, in dottrina appare condivisa 'proteiforme' fisionomia assunta dal *ne bis in idem* – nel perenne pendolo tra dimensione sostanziale e processuale – nel corso degli ultimi dieci anni e riconducibile ad un vero e proprio processo di 'metamorfosi'»³⁴. E analogamente: «La natura ibrida del *ne bis in idem* europeo e soprattutto la sua diversità rispetto sia al *ne bis in idem* “classico”, processuale, sia a quello puramente penale sostanziale, è generalmente riconosciuta dalla dottrina»³⁵.

Sul punto sembrano opportune alcune considerazioni, che riprendono quanto abbiamo più ampiamente trattato in altra occasione³⁶. Come osservava Cordero, «il divieto di un secondo giudizio sulla *eadem res* ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche»

24 della legge n. 689 del 1981, che – ove applicabile – conferirebbe invece al giudice penale la competenza a irrogare anche la sanzione amministrativa».

³¹ Par. 6: «A tali violazioni è possibile porre almeno parzialmente rimedio attraverso l'intervento sull'art. 649 cod. proc. pen. auspicato dal rimettente. Più in particolare, tale disposizione deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge».

³² SCOLETTA (2022), par. 4. Analogamente v., tra gli altri: CHIANELLO (2022), p. 3384 s.: «Punto centrale della sentenza in esame è proprio la ritrovata valorizzazione della dimensione processuale del *ne bis in idem*»; DELLA VALENTINA (2022), p. 231: «la sentenza n. 149/2022 – diretta a riaffermare la valenza (anche) processuale del *ne bis in idem* attraverso lo strumento della dichiarazione di illegittimità costituzionale, al contempo formalmente ridimensionando il ruolo della proporzionalità – costituisce infatti il precipitato di una reazione a catena innescata dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, tra cui la esaminata sentenza *NE*»; PEPE (2022), p. 1580 s.: «la Corte rimette al centro del discorso la funzione processuale del *ne bis in idem* – invero sempre presente nella giurisprudenza della Corte EDU, ma (discutibilmente) messa in sordina dalla stessa Corte costituzionale e, ancor più, dalla Corte di giustizia, che nelle pronunce più recenti apparivano appiattite su una lettura *sostanzialistica*. In esso, infatti, si scorge ora un principio a tutela della persona, contro la “sofferenza e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia stata già giudicata”; PROCACCINO (2022b), p. 1598 s.: un effetto «che potremmo definire di principio e, per così dire, simbolico è il rinverimento della concezione processuale del *ne bis in idem*, che avviene con la “chiamata in causa” dell'art. 649 c.p.p.»; PROCACCINO (2022a), p. 387; TRIPODI (2022), p. 277 s.: «Non è solo la rilettura dell'art. 649 c.p.p. che ne costituisce cifra identitaria, ma anche il messaggio sotteso di ridimensionamento del metro della proporzionalità sanzionatoria, quale fattore risolutivo nelle mani dei giudici comuni, a tutto vantaggio degli altri indici – di ispirazione prevalentemente processuale –, che, secondo l'orientamento *post-A e B c. Norvegia*, col quale la Corte in questo senso si pone in linea di continuità, andranno quindi presi sul serio: è sufficiente un dubbio su questi per accedere al proscenio costituzionale; anzi, in qualche modo, si è voluto persuadere che questa sia la corretta direzione da seguire per avere giustizia del *dual proceeding*, con l'effetto di (tentare di) ricollocare il baricentro del *ne bis in idem* europeo, per quanto possibile, nel proprio, autentico orizzonte processuale».

³³ Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande-Stevens*. V. in proposito, tra gli altri, DE AMICIS (2014); FLICK e NAPOLEONI (2014), p. 953 s.; UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE (2014); VIGANÒ (2014b), p. 219 s.

Un anno prima la Corte di Giustizia dell'UE aveva affermato che, qualora fosse stata decisa in via definitiva l'applicazione di una sanzione tributaria avente natura sostanzialmente penale, non sarebbe stato più possibile procedere e condannare in sede penale la stessa persona per lo stesso fatto concreto (sent. 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10).

³⁴ DELLA VALENTINA (2022), p. 221, con note di citazioni.

³⁵ BIN L. (2023), p. 12, nt. 40, con ulteriori citazioni; v. però la dottrina riportata *infra*, nt. 50, 51.

³⁶ GIACONA (2022a), p. 153 s.

attinenti al criterio di consunzione³⁷. Di conseguenza, operando i due *ne bis in idem* su piani distinti, non risulta molto convincente l'immagine di un «perenne pendolo tra dimensione sostanziale e processuale»³⁸.

Infatti, diverso è il loro *fondamento*, pur nella comune e generica *ratio* garantistica.

Sul versante *processuale*, dove l'elaborazione dottrinarica (com'è noto) è di gran lunga più ampia e risalente³⁹, si distingue una *funzione oggettiva* da una *sogettiva*. In ordine alla *prima* si afferma: «Non è dubitabile (...) che il *ne bis in idem* preservi la certezza, propria appunto del giudicato, quale orizzonte funzionale ultimo della giurisdizione e sua condizione di efficacia. La stabilità delle decisioni e, più compiutamente, l'incontrovertibilità del risultato del processo si presentano, dunque, innanzitutto come un valore per se stesso dell'ordinamento processuale»⁴⁰. In relazione alla *funzione soggettiva*, poi, si evidenzia: «La cosa giudicata (...) in sede penale, sottrae il cittadino a ogni ulteriore persecuzione per il medesimo fatto: nello sfondo l'esigenza d'un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale»⁴¹.

Ben più recente è l'emersione del *concetto sostanziale* di *ne bis in idem*, che già diversi decenni fa è stato inquadrato in dottrina come «un corollario della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), dell'esigenza che le pene tendano alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3, Cost.) e del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost.) ed è inoltre inerente ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.)»⁴². Attualmente, il *ne bis in idem* sostanziale si presenta strettamente collegato al *principio di proporzionalità*, che (come si sa) ha assunto sempre maggiore importanza in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale ed europea, e il cui fondamento viene individuato negli artt. 3 e 27, 3° c., Cost., e nell'art. 49, 3° c., CDFUE⁴³.

Quindi, posto che le sanzioni devono essere sempre *adeguate* al fatto criminoso, qualora una stessa condotta integri più reati occorre considerare se sussistono valide ragioni per ritenere *eccessivo* il trattamento del cumulo giuridico. E se tale sproporzione in molti casi *non* sussiste – nelle ipotesi cioè di concorso formale – essa invece si presenta in certe situazioni concrete nelle quali la pluralità (apparente) di reati è stata realizzata nell'ambito di un «quadro normale di vita», e cioè in contesto in cui un reato si accompagna assai spesso ad altri⁴⁴.

In questa prospettiva, il *ne bis in idem* sostanziale si presenta oggi come un «principio»⁴⁵, il cui fondamento va individuato non soltanto nelle stesse istanze di *proporzionalità*, ma anche negli artt. 4 Prot. 7 CEDU, e 50 CDFUE. Infatti, le rubriche di tali articoli prevedono rispettivamente il «diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto» e il «diritto di non essere giudicato o punito due volte». Distinguendo il diritto a non essere «punito» due volte per lo stesso fatto da quello a non essere «giudicato», si ritiene che si sia voluto evidenziare la portata sia sostanziale che processuale del divieto di *bis in idem*⁴⁶.

³⁷ CORDERO (2012): p. 1205. V. pure, tra gli altri, BONTEMPELLI (2015a), p. 119; DI BITONTO (2016), p. 1336 s.; RAFARACI (2010), p. 866; TRIPODI (2017), p. 1048 s.

³⁸ V. *supra*, nt. 34.

³⁹ Sull'evoluzione storica del fondamento dell'intangibilità del giudicato, dal diritto romano a oggi, v. CALLARI (2009), p. 181 s.

⁴⁰ RAFARACI (2010), p. 861.

⁴¹ CORDERO (1987): p. 1058. In altri termini, «il divieto di ulteriori processi *de eadem re et persona* non si limita a porre l'individuo soltanto al riparo dal rischio che il nuovo processo si faccia veicolo di decisioni che revochino in dubbio la situazione soggettiva già consolidatasi, ma previene anche una nuova soggezione al processo, intendendo pertanto che sia già tale soggezione, per i suoi possibili effetti (anche restrittivi), a costituire il primo fattore di incertezza della situazione soggettiva consolidatasi con il giudicato» (RAFARACI, 2010, p. 861). V. pure DE LUCA (1989), p. 2; LOZZI (1969), p. 913; MANCUSO (2012), p. 413.

⁴² PAGLIARO (2020), p. 223.

⁴³ In proposito v., tra gli altri: MANES (2016); PALAZZO (2017), p. 311 s.; RECCHIA (2020); VIGANÒ (2021); VIGANÒ (2022).

⁴⁴ Sul criterio del «quadro normale di vita» ci permettiamo di rinviare a GIACONA (2022a), p. 125 s.

⁴⁵ Considerano il *ne bis in idem* sostanziale come un «principio»: COPPI (1969), p. 321 s.; FIANDACA e MUSCO (2019), p. 728; MANTOVANI F. (1966), p. 71; PAGLIARO (2020), p. 223; di recente, v. pure MAZZACUVA Fr. (2020b), 5 s.; SILVA C. (2018), p. 192. *Contra*, CONSO G. (1955), p. 101 s.; FROSALI (1971), p. 683, p. 748. Piuttosto scettico sull'esistenza di un principio generale, PAPA (1997), p. 7 s. V. anche TRIPODI (2022), p. 30: «sarebbe forse ambizioso pensare a un corrispondente *principio* come a un punto fermo da cui partire, piuttosto sembra più congruo immaginarlo quale una possibile meta d'approdo, il cui raggiungimento appare oggi quanto mai opportuno».

⁴⁶ V. in tal senso BONTEMPELLI (2015a), p. 118 s.; MADIA (2020), p. 137 s. («basta pensare che sia l'art. 4 Prot. 7 CEDU sia l'art. 50 CDFUE sono rispettivamente rubricati «diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto» e «diritto di non essere giudicato o punito due volte» evidenziando, da un lato, la duplice dimensione processuale e sostanziale del divieto; e lasciando intendere, dall'altro, attraverso l'uso della disgiunzione «o», che i diritti a non essere giudicati e puniti due volte per lo stesso fatto non sono indissolubilmente legati tra loro. In breve, dall'art. 4 Prot. n. 7 della CEDU e dall'art. 50 CDFUE deriva anche il principio di *ne bis in idem* sostanziale. Muovendosi in questa prospettiva, le ricadute sull'istituto del concorso di reati sono di immediata e intuitiva evidenza, determinandosi delle limitazioni al cumulo di «pene» su un unico fatto materiale anche all'interno dello stesso procedimento. Il *ne bis in idem* convenzionale e dell'Unione assurgerebbe ad ulteriore parametro esegetico sulla base del quale risolvere i conflitti normativi, idoneo a tramutare, perlomeno in talune situazioni, la pluralità di reati, generata dall'ipertrofia normativa e dal connesso fenomeno delle qualificazioni giuridiche multiple, in ipotesi di concorso apparente di norme»); MAZZA O. (2015), p. 1035 (dove si osserva che l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE, a differenza dell'art. 649

Sofferamoci ora sulle *relazioni* tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale. In proposito occorre anzitutto osservare che il *ne bis in idem* sostanziale attiene ai rapporti che si presentano *all'interno del processo* tra le varie fattispecie apparentemente riferibili a uno stesso fatto concreto. Il problema quindi non riguarda l'*an puniatur*, ma il *quantum*, essendo la materia dominata dal principio di legalità per quanto attiene al criterio di specialità e da quello di proporzionalità nelle ipotesi di assorbimento. Per cui si dovrà anzitutto accertare se una fattispecie è speciale rispetto all'altra, applicando in caso affermativo la prima anche se meno grave rispetto a quella generale. Successivamente occorrerà verificare se i reati sono stati realizzati nell'ambito di un "quadro normale di vita", prevalendo in tal caso la fattispecie più grave.

Il *ne bis in idem* processuale riguarda invece la delimitazione della sfera d'intervento penale *rispetto al limite esterno al processo*. L'oggetto del processo non può che essere sempre lo stesso, e cioè il *fatto concreto*. L'esigenza generale è quella garantistica di evitare eccessi persecutori. E una corretta fisiologia penalistica richiede che vengano anzitutto risolti nel corso del processo gli aspetti relativi al concorso apparente o formale di reati. Mentre dopo il passaggio in giudizio della sentenza potranno essere presi in considerazione soltanto segmenti del fatto di reato che non sono stati oggetto di accertamenti.

Quindi, l'importanza che riveste il *fatto concreto* ai fini di un secondo giudizio riproduce un'esigenza che si pone già nel corso del processo penale per quanto attiene al *ne bis in idem* sostanziale. E il riferimento al fatto concreto rinvia al principio di consunzione.

Consideriamo adesso le particolari circostanze che hanno dato luogo agli importanti interventi della giurisprudenza delle Corti EDU e di Giustizia degli ultimi anni in tema di *ne bis in idem*. Infatti, posto che le sanzioni amministrative per i giudici europei possono essere considerate in certi casi come penali⁴⁷, non è possibile nelle ipotesi di c.d. doppio binario (penale e formalmente amministrativo) applicare il *ne bis in idem* sostanziale da parte di due diverse autorità (giudiziaria e amministrativa) in due distinti procedimenti relativi allo stesso fatto concreto. Quindi, in questo contesto le Corti europee hanno risolto il problema *a valle*, attraverso il *ne bis in idem* processuale, stabilendo cioè che in seguito all'applicazione della sanzione in uno dei due procedimenti non sarebbe più possibile continuare (e tantomeno iniziare) l'altro.

Ciò però, come si sa, con un importante limite. Infatti, il doppio binario sanzionatorio è ammissibile quando i due giudizi rispettano le esigenze di una *sufficiently close connection in substance and time*. Quindi, qualora questi criteri siano rispettati, è possibile attribuire due illeciti alla stessa persona per la stessa condotta, purché la doppia sanzione risulti comunque complessivamente *proporzionata* al fatto realizzato.

Sotto altro aspetto, bisogna pure tener presente che nei principali ordinamenti europei nei casi di concorso formale è previsto l'assorbimento⁴⁸; ed è per questo motivo che nella giurisprudenza europea il problema del *ne bis in idem* si è posto nei casi di doppio binario tra i procedimenti penale e amministrativo.

6. Le istanze di *ne bis in idem* sostanziale alla base della questione del c.d. doppio binario punitivo.

Tutto ciò considerato, sembra riduttivo ritenere che nel sistema europeo il *ne bis in idem* rilevi soltanto in chiave processuale. È vero che la giurisprudenza europea fa riferimento al principio processuale⁴⁹. Però la questione origina da un concorso di fattispecie punitive per lo stesso fatto concreto e la soluzione processuale è un rimedio determinato dalla competenza di due diverse autorità (giudiziaria e amministrativa).

In altri termini, com'è stato autorevolmente osservato, «la rimozione delle cause della violazione della garanzia convenzionale passa, prima di tutto, attraverso una energica riaffermazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale (...) Allorché, infatti, la legge sostanziale

c.p.p., mirerebbero a scongiurare il rischio di doppia-punizione e non tanto quello di doppio-giudizio).

⁴⁷ Com'è noto, ci si rifà ai tre criteri tracciati dalla sentenza Engel del 1976: qualificazione come reato da parte dello Stato, ritenuta di per sé da sola sufficiente a imporre le garanzie del sistema europeo dei diritti dell'uomo; in mancanza di tale esplicita indicazione, valgono i due criteri sostanziali, tra loro alternativi, della natura della violazione, e della natura, gravità e scopo della sanzione (Corte EDU 8 giugno 1976, n. 5100, Engel c. Paesi Bassi).

⁴⁸ In proposito ci permettiamo di rinviare a GIACONA (2022a), p. 27 s. V. pure GAMBARDELLA (2022), p. 161 s.

⁴⁹ Cfr. FLICK *et al.* (2014), p. 965, p. 983; SILVA (2018), p. 208.

consenta di configurare un concorso di illeciti in rapporto al medesimo fatto – nella specie, uno penale, l'altro amministrativo – si creano automaticamente le premesse affinché tali illeciti possano essere puniti separatamente nell'ambito di procedimenti distinti e, dunque, le premesse per violazioni “sistemiche” del *ne bis in idem* processuale, “convenzionalmente inteso”. Al contrario, quando la legge sostanziale rende configurabile un unico illecito – in particolare, perché qualifica come concorso apparente di norme l'eventuale convergenza di diversi paradigmi punitivi sullo stesso fatto – l'anzidetta eventualità resta confinata nel campo della “patologia”, ossia della scorretta applicazione della normativa interna nel singolo caso»⁵⁰.

Analogamente, è stato affermato in modo non meno incisivo: «le criticità emerse riguardano il diritto penale sostanziale e non una carente salvaguardia del *ne bis in idem* nel codice di procedura penale. La doppia punizione in sede amministrativa e penale dello stesso fatto non è questione di natura processuale bensì relativa al diritto punitivo, poiché si pone in aperto contrasto con la regola generale del c.d. *ne bis in idem* sostanziale, che vieta di punire due volte l'autore di un illecito»⁵¹.

A questo punto dovrebbe emergere con sufficiente chiarezza l'*autonomia e la diversità* dei due *ne bis in idem* (pur rispondendo entrambi a esigenze garantiste di evitare eccessi persecutori attraverso una duplicazione di sanzioni o la riapertura di processi già conclusi). Come del resto dovrebbe apparire poco convincente l'affermazione che la giurisprudenza europea abbia addirittura creato un *terzo tipo* di *ne bis in idem*, per la «natura ibrida del *ne bis in idem* europeo e soprattutto la sua diversità rispetto sia al *ne bis in idem* “classico”, processuale, sia a quello puramente penale sostanziale»⁵².

Invero, la questione affrontata dalla Corte Costituzionale con sentenza del 2022 n. 149, attiene al *ne bis in idem* sostanziale, e cioè alla doppia sanzione prevista dalla l. sul diritto di autore (n. 633 del 1941) per l'abusiva riproduzione di opere dell'ingegno (artt. 171-ter, c. 1, lett. b; 174-bis). E dinanzi a tale concorso di norme punitive, la Consulta ha stabilito l'applicabilità di una sola, quella accertata definitivamente per prima, in quanto già la disciplina astratta evidenzia la mancanza di una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti, tale da assicurare una valutazione del fatto rispondente a *istanze di proporzionalità e adeguatezza*.

Pertanto la Corte, allineandosi alla giurisprudenza europea, ha fatto ricorso al *diverso* criterio del *ne bis in idem* processuale, come rimedio per evitare una doppia punizione. E ciò nella consapevolezza che la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. – limitata, secondo il *petitum* del rimettente, all'eventualità in cui il procedimento penale faccia seguito a quello amministrativo – non è idonea, come si legge in sentenza, «a evitare tutte le possibili violazioni del diritto al *ne bis in idem* fisiologicamente create dalla legge n. 633 del 1941, in particolare nell'ipotesi inversa in cui l'autore della violazione sia stato già definitivamente giudicato per uno dei delitti di cui all'art. 171-ter della legge, e sia successivamente sottoposto a procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 174-bis. Né il rimedio ora apprestato – pur necessario a evitare il prodursi di violazioni del diritto fondamentale nell'eventualità in cui il processo penale segua quello amministrativo – è idoneo di per sé a conferire razionalità complessiva al sistema, che consente comunque l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all'interessato dei costi personali ed economici di cui si è detto. Spetta dunque al legislatore rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio

⁵⁰ FLICK e NAPOLEONI (2015), p. 887 s.

⁵¹ DI BITONTO (2016), p. 1345 s. dove si prosegue osservando: «Del resto, questo pare essere stato l'orientamento del *Conseil Constitutionnel* che, investito di questioni di legittimità costituzionale analoghe a quelle devolute alla Corte costituzionale italiana, ha decretato l'illegittimità del regime del doppio binario previsto per le condotte di *insider trading*, salvando invece l'art. 6 del codice di procedura penale francese – che è norma corrispondente all'art. 649 c.p.p. – osservando che nella nozione di “*chose jugée*” non può essere ricompreso il giudicato amministrativo. In Francia si è preferito dichiarare l'illegittimità costituzionale del sistema del doppio binario, qualificando come sproporzionato e ridondante il cumulo di sanzioni amministrative e penali per la punizione della medesima condotta e, in quanto tale, contrario all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'individuo del 1789, che impone al legislatore di prevedere soltanto pene strettamente ed evidentemente necessarie. Non resta, quindi, che confidare in un esito analogo nel giudizio di legittimità pendente dinanzi al giudice delle leggi italiano».

Analogamente BONTEMPELLI (2015b), p. 1333 s. Cfr. pure VIGONI (2015), p. 4: «Il contrasto della disciplina relativa al doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* codificato nell'art. 4 Prot. 7 CEDU sembra destinato a risolversi in altro modo, e cioè *ex ante*, attraverso un intervento legislativo, sul fronte sostanziale e riguardo all'assetto strutturale, diretto ad evitare la duplicazione di analoghe sanzioni provenienti da diversa fonte; non *ex post*, mediante soluzioni sul versante processuale che trovano origine nel divieto di *bis in idem*».

⁵² BIN L. (2023), p. 12, nt. 40, dove si prosegue affermando che si tratterebbe di una tesi «generalmente riconosciuta dalla dottrina»: dato che però non ci risulta, anche in base a quanto abbiamo esposto sopra nel testo e nelle nt. 50 e 51.

binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte»⁵³.

In sintesi, pur facendo ricorso le Corti europee e Costituzionale al *ne bis in idem* processuale, le questioni tuttavia originano da situazioni di concorso di fattispecie punitive per uno stesso fatto concreto e la soluzione processuale costituisce un ripiegamento derivante dalla competenza di due diverse autorità (giudiziaria e amministrativa) per l'irrogazione delle sanzioni.

Quindi, se si vuole davvero razionalizzare il sistema punitivo evitando eccessi persecutori, bisogna anzitutto fare riferimento al *ne bis in idem* sostanziale. Di conseguenza, qualora la convergenza di più illeciti penali su un medesimo fatto sia di competenza del giudice penale, quest'ultimo dovrà valutare se il concorso è apparente o formale, secondo le modalità proprie del diritto penale *sostanziale*. E attualmente, alla luce della giurisprudenza costituzionale ed europea sul c.d. doppio binario e sul principio di proporzionalità, il principio di *ne bis in idem* sostanziale ha assunto una sua dimensione costituzionale⁵⁴; per cui occorre valutare se il fatto concreto, astrattamente riconducibile a più fattispecie incriminatrici, rientra in realtà in un "quadro normale di vita", il cui disvalore è già stato preventivamente considerato dal legislatore nell'incriminazione del reato più grave⁵⁵.

Invece, in presenza di un doppio binario sanzionatorio di competenza di *due distinte autorità (giudiziaria e amministrativa)*, «un intervento del legislatore è improcrastinabile: non solo perché lo richiede da tempo la Corte costituzionale – che pure nella sentenza in epigrafe [n. 149 del 2022] conclude con l'invito a "un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte Edu, dalla Corte di Giustizia e da questa stessa Corte" –, ma anche perché il nostro giudice delle leggi presto si troverà dinanzi a questioni di legittimità che rivendicheranno una coerente applicazione dei principi ora enunciati. Ampia parte della storia, come si vede, è ancora da scrivere»⁵⁶.

Non ci soffermiamo ulteriormente sul punto. Vogliamo piuttosto ribadire che l'*inerzia del legislatore* nell'ottemperare al suo compito istituzionale di risolvere i casi di c.d. doppio binario, dà luogo a problemi di *supplenza* da parte di altri organi dello Stato, in contrasto con le *istanze garantistiche di separazione dei poteri*. In questo quadro di equilibri assai delicati, l'impostazione seguita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 149 del 2022 risulta preferibile, evitando che il giudice ordinario, in applicazione del principio di proporzionalità, possa irrogare una

⁵³ Par. 7.

⁵⁴ Come si è già detto (*supra*, par. 5), il *ne bis in idem* sostanziale è strettamente legato al *principio di proporzionalità*, il cui fondamento viene individuato negli artt. 3 e 27, 3° c., Cost., e nell'art. 49, 3° c., CDFUE (per riferimenti bibliografici v. *supra*, nt. 43). Inoltre, importanti fonti sovranazionali fanno specifico riferimento al principio di *ne bis in idem* sostanziale. Infatti, le rubriche degli artt. 4 Prot. 7 CEDU, e 50 CDFUE, prevedono rispettivamente il «diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto» e il «diritto di non essere giudicato o punito due volte». Distinguendo il diritto a non essere «punito» due volte per lo stesso fatto da quello a non essere «giudicato», si evidenzerebbe la portata sia sostanziale che processuale del divieto di *bis in idem* (v. la bibliografia citata *supra*, nt. 46).

Pertanto, sembrerebbe oggi superato il problema del fondamento normativo del criterio di consunzione, già da tempo individuato da dottrina assai autorevole nell'art. 15 c.p. (PAGLIARO, 1961, p. 548) o nell'art. 84 c.p. (MARINUCCI *et al.*, 2022, p. 621 s.).

Nonostante ciò, qualche Autore ha recentemente riproposto l'obiezione che «i numerosi, ingegnosi tentativi sin qui esperiti al fine di estendere l'area del concorso apparente al di fuori della specialità si rivelano sformati di basi sufficientemente solide per superare la *dura lex*» (BIN L., 2022a, p. 234 s.; v. pure BIN L., 2023, p. 12). L'Autore peraltro ammette che sarebbe diverso «il discorso se a tale principio [di sussidiarietà] si riconosce un rango costituzionale, come è stato in effetti sostenuto rispetto al principio del *ne bis in idem* sostanziale: una tesi che è ancora in attesa di una seria verifica critica» (BIN L., 2023, *ivi*). Peraltro, a suo modo di vedere la giurisprudenza europea avrebbe creato addirittura un *ne bis in idem* "del terzo tipo", per la «natura ibrida del *ne bis in idem* europeo e soprattutto la sua diversità rispetto sia al *ne bis in idem* "classico", processuale, sia a quello puramente penale sostanziale» (*ibidem*, nt. 40). Sul punto rinviamo a quanto obiettato *supra*, par. 5.

Sotto altro aspetto, lo stesso Autore ci attribuisce di aver sostenuto il criterio di consunzione «tentando di leggerne un'enunciazione "esplicita" nell'art. 84 Cp» (BIN L., 2023, p. 4, nt. 11, citando GIACONA, 2022a, p. 139 s.). Invero, in quella occasione ci siamo limitati a riportare la tesi di MARINUCCI *et al.* (2022), p. 621 s., evitando *volutamente* di prendere posizione e valutando un caso ivi affrontato attraverso il criterio da noi sostenuto del "quadro normale di vita". Inoltre, in un altro scritto di pochi mesi successivo ci siamo espressi così (GIACONA, 2022b, 1547): «mentre la previsione di un reato *stricto sensu* complesso risponde spesso all'esigenza di prevedere un trattamento più rigoroso, il principio di consunzione opera, invece, al fine di evitare eccessi persecutori e duplicazioni punitive. Del resto, oltre alle differenti finalità, diversi sono anche i criteri che collegano i vari reati nel reato complesso in senso stretto e nella consunzione. Quest'ultima, infatti, sussiste quando "l'esperienza della vita afferma che il quadro normale di un certo tipo di reato comporta anche la realizzazione di un'altra fattispecie" (PAGLIARO). (...) Invece, per quanto riguarda il reato complesso in senso stretto, molto spesso il collegamento tra i reati "è rappresentato da un nesso teleologico, di mezzo a fine (nel senso che la commissione di un fatto è destinata a rendere possibile o più agevole la commissione dell'altro), oppure da un nesso che comunque rientra fra quelli previsti dall'art. 61 n. 2 c.p. (...) In talune ipotesi, peraltro, la connessione tende a sfumare in direzione di un mero rapporto di contestualità, sì che i diversi fatti sembrano aggiungersi uno all'altro, piuttosto che fondersi più intensamente fra loro" (PROSDOCIMI). In sostanza, il nesso teleologico viene inteso e applicato in certi casi in termini piuttosto blandi e sfumati, "sì che i diversi fatti sembrano aggiungersi uno all'altro, piuttosto che fondersi più intensamente fra loro". Mentre il parametro del "quadro normale di vita" richiede sempre un grado d'inferenza statistica *particolarmente elevato*, in quanto il legislatore nel tipizzare le fattispecie ricomprende anche il disvalore di quelle violazioni che *molto spesso* si accompagnano a quel reato».

⁵⁵ Per un approfondimento dell'argomento ci permettiamo di rinviare a GIACONA (2022a), p. 125 s.

⁵⁶ Così, autorevolmente, SEMINARA (2022), p. 1397.

pena al di sotto del minimo di legge, con decisioni mutevoli da caso a caso. È vero che in tal modo la Corte Costituzionale viene a svolgere funzioni di un legislatore inadempiente; ma essa è certamente più qualificata rispetto al giudice ordinario e i suoi provvedimenti hanno efficacia *erga omnes*.

Bibliografia

ANGIOLINI, Giulia (2022): “*Ne bis in idem*: una declaratoria di incostituzionalità dell’art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1329-1323

APRILE, Ercole (2022), “Osservazioni a C. Cost. 14 giugno 2022 n. 148”, *Cass. pen.*, pp. 3395-3396

BASILE, Enrico (2019): “Il ‘doppio binario’ sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del *ne bis in idem* europeo”, *Giurisprudenza commerciale*, pp. 129-141

BIN, Ludovico (2022a): *Unità e pluralità nel concorso di reati* (Torino, Giappichelli)

BIN, Ludovico (2022b): “*Ne bis in idem* europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1599-1609

BIN, Ludovico (2023): “Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L’esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale”, *Legislazione penale*, 9 maggio, pp. 1-45

BIN, Roberto (2020): “È scoppiata la terza ‘guerra tra le Corti’? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”, *www.federalismi.it*, 18 novembre

BONTEMPELLI, Manfredi (2015a): “Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra *ne bis in idem* processuale e sostanziale)”, *Arch. pen.*, n. 1, pp. 115-132

BONTEMPELLI, Manfredi (2015b): “La litispendenza e il divieto di doppia decisione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1316-1335

CALLARI, Francesco (2009): *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti* (Milano, Giuffrè)

CHIANELLO, Iacopo (2022): “Il sistema a doppio binario in materia di diritto d’autore e il *ne bis in idem*: la Corte Costituzionale recupera la dimensione processuale del divieto”, *Cassazione penale*, pp. 3381-3389

CONSO, Giovanni (1955): *I fatti giuridici processuali penali* (Milano, Giuffrè)

CONSULICH, Federico (2018): “Il prisma del *ne bis in idem* nelle mani del Giudice eurounitario”, in *Diritto penale e processo*, pp. 949-959

COPPI, Franco (1969): *Reato continuato e cosa giudicata* (Napoli, Jovene)

ORDERO, Franco (1987): *Procedura penale*, 9^a ed. (Milano, Giuffrè)

ORDERO, Franco (2012): *Procedura penale*, 9^a ed. (Milano, Giuffrè)

DE AMICIS, Gaetano (2014): “*Ne bis in idem* e ‘doppio binario’ sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza ‘Grande Stevens’ nell’ordinamento italiano”, *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno

DI BITONTO, Maria Luisa (2016): “Il *ne bis in idem* nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati”, in *Cassazione penale*, 2016, pp. 1335-1356

DE LUCA, Giuseppe (1989): “Giudicato: II) Diritto processuale penale”, *Enciclopedia giuridica*, vol. XV (Roma, Treccani), pp. 1 s.

DELLA VALENTINA, Jacopo (2022): “Il paradigma del *ne bis in idem* tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e *overlapping protection*”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 3, pp. 219-239

FIANDACA, Giovanni (2017): “Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia”, *Cassazione penale*, 2017, pp. 13-35

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019), *Diritto penale*, parte generale, 8^a ed., Bologna, Zanichelli

FLICK, Giovanni Maria, NAPOLEONI, Valerio (2014): “Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (Materia penale, giusto processo e *ne bis in idem* nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul *market abuse*)”, *Rivista delle società*, pp. 953-999

FLICK, Giovanni Maria, NAPOLEONI, Valerio (2015): “A un anno di distanza dall’*affaire Grande Stevens* dal *bis in idem* all’*e pluribus unum*”, *Rivista delle società*, pp. 868-904

FROSALI, Raoul Alberto (1971): *Concorso di norme e concorso di reati* (Milano, Giuffrè)

FUSCO, Eugenio e BAGGIO, Giordano (2019): “Recenti pronunce in materia di *market abuse*”, *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, pp. 67-79

GALLUCCIO, Alessandra (2018): “La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di *bis in idem*”, *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, pp. 286-294

GAMBARDELLA, Marco (2022): “Concorso ideale e clausole di riserva: una storia dimenticata”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 153-195

GIACONA, Ignazio (2022a): *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale* (Torino, Giappichelli)

GIACONA, Ignazio (2022b): “L’aggravante dello *stalking* per l’omicidio e le lesioni personali al vaglio delle Sezioni Unite, tra reato complesso e disattenzioni del legislatore”, *Diritto penale e processo*, pp. 1543-1549

LOZZI Gilberto (1969): “Giudicato (diritto penale)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII (Milano, Giuffrè), pp. 912-923

MADIA, Nicola (2020): *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d’insieme* (Milano, Wolters Kluwer)

MANCUSO Enrico Maria (2012): *Il giudicato nel processo penale* (Milano, Giuffrè)

MANES, Vittorio (2016): “Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità”, *Il libro dell’anno del diritto* (Treccani *on-line*)

MANTOVANI, Ferrando (1966): *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale* (Bologna, Zanichelli)

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio e GATTA Gian Luigi (2022): *Manuale di diritto penale, parte generale*, 11^a ed. (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre)

MAZZA, Oliviero (2015): “L’insostenibile convivenza fra *ne bis in idem* europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari”, *Rassegna tributaria*, pp. 1033-1042

MAZZACUVA, Francesco (2020a): “Il *ne bis in idem* dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale”, *Giurisprudenza commerciale*, pp. 940-951

MAZZACUVA, Francesco (2020b), “*Ne bis in idem* e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali”, *DisCrimen*, 3 agosto, pp. 1-25

MEDICO, Francesco (2022): “Il giudice costituzionale dimezzato: l’insostenibilità di una *terza via* nel contesto CEDU”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1609-1619

MUCCIARELLI, Francesco (2018): “Illecito penale, illecito amministrativo e *ne bis in idem*: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità”, *Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre

PAGLIARO, Antonio (1961): “Concorso di norme (diritto penale)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII (Milano, Giuffrè), pp. 545 s.

PAGLIARO, Antonio (2020): *Principi di diritto penale, parte generale*, 9^a ed., aggiornato da MILITELLO, Vincenzo, PARODI-GIUSINO, Manfredi, SPENA, Alessandro (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre)

PALAZZO, Francesco (2017): “Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale”, in CONTE, Giuseppe e LANDINI, Sara (eds.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, vol. I (Mantova, Universitas Studiorum), pp. 311-327

PALAZZO, Francesco (2020): “L’illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia”, *Legislazione penale*, pp. 1-16

PAPA, Michele (1997): *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme* (Torino, Giappichelli)

PEPE, Francesco (2022): “Prime ‘brecce’ del *ne bis in idem* ‘europeo’ nell’ordinamento italiano: quali implicazioni sul sistema sanzionatorio tributario?”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1578-1590

PINELLI, Cesare (2022): “Ma cosa ha detto «un’ormai copiosa giurisprudenza costituzionale»? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1574-1578

PROCACCINO, Angela (2022a): *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell’apparato. Il doppio processo come pena* (Milano, Wolters Kluwer)

PROCACCINO, Angela (2022b): “Illegittimità dell’art. 649 c.p.p. e doppio binario punitivo per il diritto d’autore. La spinta gentile e i *caveat*”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1590-1599

RAFARACI, Tommaso (2010): “*Ne bis in idem*”, *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. III (Milano, Giuffrè), pp. 857-884

RAIMONDI, Guido (2014): “Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega”, *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 463-470

RECCHIA, Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali* (Torino, Giappichelli)

RECCHIA, Nicola (2022): “L’ennesima stagione del *ne bis in idem* nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo *ubi consistam* processuale contro ogni riduzionismo sostanziale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1676-1706

SCOLETTA, Marco (2019): “Abusi di mercato e *ne bis in idem*: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti”, *Le società*, pp. 533-546

SCOLETTA, Marco (2022): “Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore”, *Sistema penale*, 23 giugno

SEMINARA, Sergio (2022): “Il divieto di *bis in idem*: un istituto inquieto”, *Diritto penale e processo*, pp. 1381-1397

SILVA, Chiara (2018): *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti* (Torino, Giappichelli)

SILVA, Chiara (2019): “La deriva del *ne bis in idem* verso il canone di proporzionalità”, *Archivio penale web*, n. 1, pp. 1-38

TIZZANO, Antonio (2019): “Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa”, *Il diritto dell’Unione Europea*, pp. 9-20

TRIPODI, Andrea Francesco (2017): “Cumuli punitivi, *ne bis in idem* e proporzionalità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 1047-1086

TRIPODI, Andrea Francesco (2022): *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell’ordinamento multilivello* (Torino, Giappichelli)

UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CASSAZIONE (2014): “Considerazioni sul principio del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia”, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 maggio, pp. 1-27

VIGANÒ, Francesco (2014a): “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra ‘guerra’ e ‘dialogo’”, *Diritto penale contemporaneo*, 14 luglio, pp. 1-32

VIGANÒ, Francesco (2014b): “Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 219-238

VIGANÒ, Francesco (2016): “La Grande Camera della Corte di Strasburgo su *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio”, *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre

VIGANÒ, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale* (Torino, Giappichelli)

VIGANÒ, Francesco (2022): “La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea: sull’effetto diretto dell’art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia”, *Sistema penale*, 26 aprile

VIGONI, Daniela (2014): “Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali”, *Processo penale e giustizia*, n. 1, pp. 1-8

Concurso de normas y vigencia de los delitos complejos en la legislación penal italiana: especial referencia al artículo 84

Concorso di norme e reati complessi nella legislazione penale italiana: il particolare riferimento all'art 84

Concurrence of Norms and Complex Offenses in Italian Criminal Law: Specific Reference to Article 84

SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS

*Doctor en Derecho y profesor de Derecho penal en la Universidad de Cádiz.
sergio.delaherran@uca.es*

PRINCIPIO DE LESIVIDAD,
CONCURSO DE DELITOS

PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ,
CONCURSO DI REATI

HARM PRINCIPLE,
PLURALITY OF OFFENCES

ABSTRACTS

Los delitos complejos no han perdido vigencia en las legislaciones penales italiana y española. Su estudio sigue siendo hoy en día necesario y oportuno. La aparición de hipótesis diversificadas de complejidad adscritas a aspectos valorativos obliga a analizar las relaciones estructurales y concursales de esta clase de delitos, de forma que se actualicen los rudimentos dogmáticos con los que hasta ahora se han hecho frente a su aplicación e interpretación. En este sentido, es útil llevar a cabo un examen de la doctrina y la jurisprudencia italiana que han avanzado mucho en la línea de lo que aquí se ha denominado un *doble juicio de concurrencia normativa* en el que los institutos de la complejidad y la pluriofensividad se muestran por fin organizados en un orden lógico-sistemático.

I reati complessi non hanno perso la loro rilevanza nel diritto penale italiano e spagnolo. Il loro studio è ancora oggi necessario e opportuno. L'emergere di ipotesi diversificate di complessità ascritte ad aspetti valoriali rende necessaria un'analisi delle relazioni strutturali e concorsuali di questa tipologia di reati, in modo da aggiornare i rudimenti dogmatici con cui si è finora affrontata la loro applicazione e interpretazione. In questo senso, è utile esaminare la dottrina e la giurisprudenza italiana, che hanno compiuto grandi progressi sulla linea di quello che è stato qui definito un *doppio giudizio di concorrenza normativa*, in cui gli istituti della complessità e della plurioffensività si mostrano finalmente organizzati in ordine logico-sistematico.

The complex crimes don't have lost effect in Italian and Spanish criminal law. Their study remains still necessary and appropriate today. The appearance of diversified hypotheses of complexity attached to evaluative aspects forces us to analyze the structural and concurrent relations of this class of offenses, in such a way that the dogmatic rudiments with which until now have been faced with their application and interpretation are updated. In this sense, it is useful to examine Italian doctrine and case law that has advanced a lot in the line of what has been called here a *double trial of normative concurrence* in which the institutes of complexity and pluri-offensiveness are finally organized in a logical-systematic order.

SOMMARIO

1. Introducción. – 2. Antecedentes dogmáticos y naturaleza jurídica del delito complejo. – 3. Concepto y delimitación concursal del «reato complesso» en el Código penal italiano. – 3.1. Divergencias conceptuales entre «il senso stretto» y «il senso lato» y la incidencia del principio de especialidad. – 3.2. Los delitos necesaria y eventualmente complejos: el principio de consunción como regla axiológica. – 4. Conclusiones provisionales.

1. Introducción.

La trayectoria española en materia de delitos complejos ha estado muy ligada a la evolución de la codificación penal. Su presencia en el Código penal español (CPE) había sido frecuente hasta que la reforma urgente de 1983 trató de consagrar el principio de culpabilidad para adaptar el sistema punitivo a los derechos constitucionales que habían de regir el periodo democrático iniciado unos años antes. Este proceso se marcó como primer objetivo la depuración de la responsabilidad penal objetiva y, en consonancia, de la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado, a los que se igualaron los delitos complejos por algunos representantes de la doctrina española¹. Tal es así que, tras la aprobación del Código penal de 1995, estos delitos se dieron por suprimidos como culminación de ese proceso de transformación de la legislación penal².

Más allá de las objeciones que cabrían formular a la asimilación de los institutos de la cualificación por el resultado y la complejidad, la realidad legislativa del momento, con refrendo doctrinal y jurisprudencial, ha puesto de manifiesto que los delitos complejos no han desaparecido del Código penal como demuestra la vigencia de algunas categorías típicas que, pese al escaso éxito cosechado en la dogmática española, se encuentran identificadas y reconocidas por la doctrina italiana. Elementos típicos empleados tradicionalmente en la formulación de algunas figuras delictivas, como la violencia o la intimidación, revelan que el contenido material de esta clase de comportamientos colinda con el que reproducen determinados delitos como las coacciones, las lesiones, las amenazas o, incluso, el homicidio³. En un intento de postular su coherencia, un sector muy significativo de la doctrina española ha venido manteniendo que aquellos tipos penales que se compongan por esta clase de conductas han de ser *complejos y pluriofensivos* en tanto sus elementos esenciales o accidentales se fundamentan en los previstos en otro delito autónomo poseedor de un bien jurídico propio⁴. Con estas palabras

¹ *Vid.*, ampliamente, QUINTERO OLIVARES (2017), pp. 212 y ss. En la tradición española los delitos complejos fueron asimilados en un principio a los delitos cualificados por el resultado [OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S. (1986), p. 113] con especial referencia al antiguo robo con homicidio del art. 501.1º [GIMBERNAT ORDEIG (1964), pp. 424 y ss., RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 274; SÁINZ CANTERO, (1999), p. 550]. Sin embargo, como señaló bien HORMAZÁBAL MALARÉE [(1989), p. 1049] y, años más tarde, MARTOS NÚÑEZ [(2012), p. 71] la reforma del Código penal español de 1983 vino, en realidad, a consolidar el carácter complejo de estos delitos en detrimento de la cualificación por el resultado. En este sentido, las estructuras de cualificación por el resultado se contraponen a las complejas en que en las primeras se prescinde de la exigencia de culpabilidad respecto al «segundo» resultado [TORÍO LÓPEZ, (1970), p. 623; RODRÍGUEZ DEVESA, (1994), p. 441 y la STS, Sala 2ª, 1814/1993, de 22 de marzo].

² CARBONELL MATEU (1996) p. 156; DE VICENTE MARTÍNEZ (2001), pp. 751-752.

³ Así, a propósito del delito de robo, se ha afirmado que como tal delito complejo los bienes jurídicos protegidos habían de ser, junto al patrimonio, la integridad física o moral, la libertad [BRANDARIZ GARCÍA (2003), p. 24] o incluso la vida, asegurándose en este sentido que es «el interés en proteger los mismos bienes jurídicos que protegen el hurto, las amenazas, las lesiones, el homicidio, etc., el que guía este tipo de robo» [DE VICENTE MARTÍNEZ (2002) p. 28]. Otros autores, en cambio, se han servido del bien jurídico de la libertad personal de las coacciones para identificar ese bien jurídico adicional con el patrimonio en el delito de robo [MUÑOZ CLARES (2003), p. 180; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. (2009) p. 388; BAGES SANTACANA (2018), p. 30; MUÑOZ CONDE (2017), p. 355; RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P. (2020), pp. 25-26]. En la misma línea, no ha faltado quien ha asimilado la «fuerza en las cosas» no definida normativamente, como en el delito de quebrantamiento del artículo 469 CPE, al delito de daños materiales [CUGAT MAURI (2012), p. 1180; GARCÍA ALBERO, (2016), págs. 1569-1570]. Por su parte, el ya derogado delito de agresión sexual del art. 178 CPE también había sido considerado protector del bien jurídico de la integridad física o psíquica [GIMBERNAT ORDEIG, (2020)] o la vida en atención a los medios típicos [SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2020), p. 261]. El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 CPE disocia el castigo según la imposición se lleve a cabo mediante «engaño o abuso de situación de necesidad» con pena de prisión de seis meses a seis años o mediante «violencia o intimidación» con pena de prisión de seis años y un día a nueve años y también considera la doctrina que el incremento en la pena solo puede deberse a que se incorporan al ámbito de la ofensividad los referentes materiales y elementos típicos de los delitos de coacciones y amenazas [HORTAL IBARRA (2015), p. 1104; PALOMO DEL ARCO (2019), p. 1770]. Sin embargo, el delito coacciones del artículo 172 CPE también ha sido calificado como pluriofensivo por proteger la libertad de actuación a la vez que la integridad física o la libertad ambulatoria [SÁNCHEZ TOMÁS (2021) p. 789].

⁴ Así, sostiene SÁNCHEZ TOMÁS [(1999) p. 186] que «no puede afirmarse que el único bien jurídico protegido en el art. 178 CPE sea la libertad sexual, ya que ello implicaría que entre la agresión sexual y el abuso sexual del art. 181 CPE, que también protege la libertad sexual, no hay diferencia alguna» o BRANDARIZ GARCÍA [(2003), p. 24] que «el plus de injusto que supone el robo con violencia o intimidación respecto de los restantes delitos de apoderamiento, debido a los medios empleados para la sustracción, se concreta en la afectación a esos bienes personales adicionales». Del mismo modo, SOUTO GARCÍA [(2015), pp. 41-42] apoya la naturaleza pluriofensiva del delito de robo con violencia o

se está haciendo referencia a delitos como la agresión sexual o la violación con violencia o intimidación, el robo, la extorsión o la realización arbitraria del propio derecho, entre otros. Ahora bien, como se comprobará más adelante, tampoco esta es una afirmación pacífica, exenta de polémica, puesto que la vigencia actual de los delitos complejos ha de ser matizada si se presta atención a que la categoría está representada, en su mayoría, por tipos penales que adquieren la condición de «complejos» después de llevar a cabo una valoración del hecho concreto. La positivización de los delitos complejos en sentido estricto ha quedado, en efecto, muy reducida.

En la opinión que aquí se sigue, no asiste la razón, pues, ni a los que sostienen que los delitos complejos han sido eliminados de la legislación española ni a los que supeditan su existencia a la tipicidad abstracta. Es posible que ambas aseveraciones procedan de una identificación equivocada de las relaciones estructurales y normativas que inciden la constitución de tales delitos porque, aunque puede aceptarse que todos ellos se asientan sobre la base de ciertas relaciones normativas de concurso, el carácter complejo del delito no siempre es estricto, absoluto, porque no siempre se explicita en la tipicidad. Esta es, verbigracia, la complejidad de los delitos de terrorismo del artículo 573 bis CPe que absorbe el íntegro desvalor del homicidio, del secuestro, de las detenciones ilegales o de las lesiones en el original injusto terrorista. Pero, en otras ocasiones, el grado de complejidad se limita por el contenido material de injusto de unos delitos que, por más que lo aparenten, no son protectores de ningún bien jurídico adicional al que ocupa la centralidad de la antijuricidad de la figura correspondiente. Es decir, del bien jurídico del patrimonio en el robo, de la libertad sexual en la agresión sexual violenta o intimidatoria o del funcionamiento de la Administración de justicia en la realización arbitraria del propio derecho.

Por tanto, los delitos complejos no han desaparecido de la legislación penal española al igual que tampoco lo han hecho de la italiana, si bien han perdido fuerza en su sentido estricto a favor de otras categorías intermedias que se singularizan por relegar la determinación de la naturaleza compleja del delito al resultado que desprenda un juicio valorativo *ex post* de las circunstancias y de la gravedad del hecho concreto.

En el marco de la tipicidad de estos delitos consta, en todo caso, una pluralidad de acciones naturales que, al vincularse por una especial relación típica, se integra en una sola unidad inescindible de acción⁵. En este sentido, los delitos complejos vendrían a ser una especificidad, de interés concursal, dentro de la serie de los delitos compuestos⁶. La unidad típica que funda el tipo de injusto de los delitos compuestos pasaría a constituir el criterio que excluye el concurso de delitos en los delitos complejos, ya que es la norma más compleja la que lleva a cabo una valoración unitaria de una pluralidad de infracciones, lo que presupone que una de las normas, una de las valoraciones, desplaza a las restantes⁷.

Con este telón de fondo, se llega a comprender la necesidad de llevar a cabo un estudio de la regulación italiana de los delitos complejos por parte del penalista español que pretenda profundizar sobre la cuestión. Este estudio resulta especialmente atractivo a tenor de las disposiciones que el Código penal italiano (CPI) dedica a la regulación del delito complejo, y que, en los últimos tiempos, han sido reinterpretadas por la jurisprudencia con el propósito de ofrecer una respuesta más adecuada a la problemática suscitada por estos delitos. Esta situación contrasta con la legislación penal española que carece de referencias normativas que coadyuven a la interpretación y aplicación de estos delitos. Por ello, se cree que la incorporación de la experiencia doctrinal y jurisprudencial italiana puede contribuir enormemente a la elaboración de un marco teórico válido para la resolución de los problemas que, a propósito de estos delitos, ocupan desde hace ya algún tiempo un amplio espacio de discusión en España⁸.

intimidación porque a la «protección de un derecho real» debe de añadirse «la tutela de intereses de carácter eminentemente personal como son la vida, la salud o la libertad», justificando esa idea en que la mayor penalidad en el delito de robo respecto al delito de hurto «se vería justificada, pues, por la afectación a más de un bien jurídico con la conducta realizada», así como al hecho de que «se trata de un delito compuesto en el que se integran distintas lesiones de bienes jurídicos que, autónomamente consideradas, son también delictivas –constitutivas de delitos contra la salud o la vida y el patrimonio–». También ORTEGA CALDERÓN [(2018), p. 1] entiende que «la distinción, en suma, entre los delitos de hurto y los delitos de robo, basada en la mayor antijuricidad de la conducta por la afectación no meramente al patrimonio ajeno, como bien jurídico protegido, o al menos una afectación con mayor intensidad, sino también por el menoscabo efectivo con mayor gravedad a la integridad física o aún a la vida, alcanza su máxima expresión en los delitos de hurto frente a los delitos de robo con violencia».

⁵ ANTOLISEI (1959), p. 148; PAGLIARO (2007), p. 442; DE VERO (2012), p. 131; ROMANO (2020), p. 420.

⁶ PELISSERO (2020), p. 625.

⁷ LOSANA (1963), pp. 1197-1199; NEPPI MODONA (1966), p. 210; PAGLIARO (2007), p. 452; MANTOVANI (2020), pp. 528-529; DELLA VALLE (2016), pp. 1478 y ss.; FIANDACA, G. y MUSCO, E. (2019), p. 703.

⁸ Desde la perspectiva española, la falta de identificación de los delitos compuestos y complejos ha generado, entre otros, problemas sobre la función típica de las conductas y su relación instrumental-posibilitadora o lesiva con el bien jurídico protegido (STS, Sala 2ª, 459/2019, de

Dentro de los preceptos que regulan el delito complejo en el Código penal italiano se debe resaltar el artículo 84 que define la rúbrica «delito complejo» («reato complesso») como aquel delito en el que la ley considera, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un solo delito, hechos que, por sí mismos, son constitutivos de delitos autónomos⁹. No obstante, lejos de que un concepto normativo de delito complejo soslayara la apertura de una discusión sobre el alcance del precepto, la doctrina italiana ha debatido mucho acerca del ámbito material de la norma y su expansión hacia los denominados delitos complejos en sentido amplio («reato complesso in senso lato»), diferenciándolos así de los delitos complejos en sentido estricto («reato complesso in senso stretto»), y los delitos eventualmente complejos («reato eventualmente complesso»), que son el grupo mayoritario frente a los delitos necesariamente complejos («reato necessariamente complesso») que han sido muy restringidos por no respetar el principio de proporcionalidad.

Con todo, con esta cuatripartición se consigue ofrecer una visión global de la problemática que, con carácter general, suscitan los delitos complejos. Especial relevancia tienen en la actualidad las estructuras típicas de aquellos delitos que no pueden atribuir sus conductas a la tipicidad de otro delito autónomo. Será, por el contrario, fruto de una valoración negativa de las circunstancias fácticas específicas la que determine si el desvalor real del hecho está abarcado por el desvalor abstracto del tipo complejo o si, en cambio, resulta necesario acudir a las reglas del concurso de delitos.-

2. Antecedentes dogmáticos y naturaleza jurídica del delito complejo.

Hay acuerdo unánime en la doctrina italiana sobre que los delitos complejos son el resultado de un proceso de unificación jurídica operado en el desvalor de una conducta que, desde el punto de vista naturalístico, es plural¹⁰. Sin embargo, ni la unificación es la característica genuina de estos delitos¹¹, ni el término define una acepción delictual unívoca. CARRARA, máximo exponente de la escuela clásica italiana, empleaba la denominación «delito complejo» («reato complesso») como referencia a aquellos tipos penales que se articulan sobre una pluralidad de lesiones jurídicas ocasionadas a una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, con lo que su concepto se aproximaba al de pluriofensividad¹². Por su parte, otros autores como CARNELUTTI parecían vincularlo a una controversia perteneciente al concepto de acción, es decir, lo interpretaban como una manifestación del comportamiento humano que, en el caso de los delitos complejos, se exteriorizaba mediante una multiplicidad de acciones individualizables, escindibles y fraccionables, siendo suficiente a efectos de consumación la realización de un solo acto¹³. Pero, como bien anotara PAGLIARO¹⁴, desde el momento en que el legislador italiano optó por establecer un concepto normativo de delito complejo en el párrafo primero del artículo 84 del Código penal *Rocco*, la doctrina y la jurisprudencia vieron muy limitadas las posibilidades de teorizar sobre su definición.-

Fue a partir de entonces que el delito complejo o, más específicamente, la regla del artículo 84, se situó por la doctrina dentro del concurso de normas a pesar de tener su ubicación junto con los preceptos dedicados al concurso de delitos. En este sentido, el artículo 84 tendría el efecto de excluir la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos en aquellos supuestos en los que el delito se configure a partir de dos o más hechos constitutivos de delitos

14 de octubre), el carácter unitario o plural de la acción compuesta o compleja (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018, y STS, Sala 2ª, 328/2018, de 4 de julio); la naturaleza causal o medial de la relación (STS, Sala 2ª, 35/2021, de 21 de enero), el contenido desvalorativo-consuntivo (SSTS, Sala 2ª, 615/2019, de 11 de diciembre; 13/2021, de 17 de enero) y problemas relacionados con el *non bis idem* sustancial (STS, Sala 2ª, 649/2019, de 20 de diciembre).

⁹ Artículo 84.1 (*Reato complesso*) □ «Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato».

¹⁰ PROSDOCIMI (1996), pp. 218; SORRENTINO (2006), pp. 525-527; PELISSERO (2020), p. 604.

¹¹ *Idem.*, en este sentido, PALAZZO [(2018), p. 526] y PELISSERO [(2020), p. 604] recurren también a la unificación normativa para explicar la descripción de otras conductas plurales desde un punto de vista naturalístico como aquellas otras categorías delictivas como el delito continuado o los delitos habituales -v. gr., art. 572 del CP italiano. En extenso, sobre el delito continuado como un supuesto de unificación RISTORI (1988), pp. 32 y ss., y NIGRO IMPERIALE (2020), p. 99.

¹² CARRARA (1867), p. 51: «E finalmente per lo studio della quantità di delitti giova distinguerli in semplici e complessi. Nel qual contraposto si dicono semplici quelli che ledono un solo diritto: e complessi quelli che violano più di un diritto».

¹³ CARNELUTTI (1933), p. 314.

¹⁴ PAGLIARO (2007), p. 452.

singulares¹⁵.

El debate sobre la naturaleza jurídica de los delitos complejos no ha cesado tras la aprobación de una cláusula que históricamente ha sido entendida como un criterio de determinación de la pena¹⁶. Era de esperar que con ese antecedente algunos autores considerasen que el rigor normativo del artículo 84 era tan débil que lo más adecuado sería prescindir de ella y resolver estos supuestos por los parámetros clásicos del concurso de normas¹⁷.

Pero corrientes doctrinales posteriores han desarrollado la institución hasta sacar a la luz que los delitos complejos y sus derivados tienen implicaciones intrasistemáticas de injusto material que van mucho más allá de lo que cabría esperar del artículo 84 como una regla concursal que posiblemente no ha tenido otra aportación que la de facilitar un concepto normativo de delito complejo¹⁸. Es ese enfoque que ambiciona superar el alcance del citado precepto el que, en realidad, dota de verosimilitud e interés al estudio de estos delitos. Y en el ámbito de la doctrina italiana ese elemento que hace conveniente el examen de los delitos complejos se encuentra en la unificación jurídica de una pluralidad de actos naturales en sede de tipicidad.

Así, la escuela clásica italiana afirmaba que los delitos complejos hallaban su origen en una realidad prejurídica u ontológica que expresaba una pluralidad de actos individuales reunidos en torno a una unidad naturalística basada en una conexión de fin o voluntad¹⁹. De acuerdo con esta concepción, la indisoluble unidad naturalística asociada al hecho antecedía a la Ley que más tarde consagraría su reconocimiento en el Derecho positivo integrándola en un mismo tipo. Esta línea de pensamiento doctrinal creía que lo que en aquel entonces era la violencia sexual, la extorsión o el robo formaba parte de una realidad impuesta al legislador, por lo que la norma tan solo intervenía para juridificar una situación fáctica preexistente. Con todo, es fácil ser crítico con que la realidad del fenómeno de la violencia sexual, la criminalidad patrimonial coactiva –robos, extorsión, hurto con violencia en las cosas del CPI– o los matrimonios forzados se circunscriba al uso de medios como la violencia o la amenaza, cuando es esa misma realidad la que ha demostrado que existen medios alternativos equiparables o situaciones en las que estos instrumentos coactivos resultan innecesarios para lograr la lesión del bien jurídico protegido.

Otra suerte correría el argumento de que la decisión político-criminal de crear figuras autónomas respecto a otros tipos base o de sancionar como circunstancia agravante específica el recurso a determinados comportamientos o instrumentos como medios de ejecución en el delito complejo tenga un sustrato fenomenológico o casuístico que induce la selección legislativa de estas formas de tipificación tal y como ha sostenido VASSALLI²⁰ o, años después, SORRENTINO²¹. Para estos autores, el delito complejo conjugaría aspectos normativos y fenomenológicos. La normativización surge en el momento en que el legislador se decide a disciplinar dos hechos que confluyen con frecuencia en la casuística, motivo por el que considera conveniente proporcionarles un tratamiento jurídico auténtico, separándolo del que conceden las reglas generales del concurso de delitos. Por ello, la razón de ser de los delitos complejos no sería más que política criminal. Se debe tener en cuenta que estos autores mantienen esta postura con cierto acomodo porque conciben el delito complejo en su sentido más estricto y encuentran en la excepción al concurso de delitos el sostén técnico para excepcionar las reglas del concurso de delitos e instaurar un tipo único que acoja el contenido de injusto contemplado en diversas infracciones singulares.

Sin embargo, esta posición resulta más complicada de mantener tras comprobar que el Código penal italiano contiene una multitud de delitos de cuyos actos típicos no es posible extraer la constitución de ningún delito. Son delitos que simplemente condicionan la tutela del bien jurídico a la efectiva realización de cada conducta contemplada, sin que haya ningún

¹⁵ PELISSERO [(2020), p. 607] ejemplifica la incidencia del principio de especialidad cuando el delito contiene elementos constitutivos a través de la suma de otros delitos independientes como el delito de robo («rapina») del art. 628 respecto al hurto («furto», art. 624 CP) y la violencia o la amenaza hacia las personas constitutivas, a su vez, de un delito de violencia privada («violencia privata») y un delito de amenazas («minaccia»).

¹⁶ Elogiada, por otra parte, por autores como VASSALLI, (1987), p. 819.

¹⁷ Sobre la escasa trascendencia del art. 84 CP para la resolución de las hipótesis de los delitos complejos y la suficiencia del principio de especialidad, NEPPI MODONA (1996), p. 207; y en la misma línea PIACENZA (1967), p. 964-966; PROSDOCIMI (1996), pp. 212-213 o PAGLIARO (2007), p. 450.

¹⁸ SORRENTINO (2006), p. 126. En su estudio sobre la cuestión RAINERI [(1940), p. 69] indica expresamente cómo una investigación de los delitos complejos solo adquiere un particular interés si se amplía el campo de análisis hacia la relación que debe existir entre las conductas que componen aquel complejo delictivo, ya que entiende que esa es la particularidad más significativa que presentan estos delitos.

¹⁹ SPIEZIA (1937), pp. 13 y 19.

²⁰ VASSALLI (1987), p. 833 (traducción del autor).

²¹ SORRENTINO (2006), p. 26.

bien jurídico necesitado de protección autónoma. Es representativo de esta clase de delitos el engaño –v.gr., en el atentado contra la autoridad del artículo 294 CPi o en la inducción al matrimonio fraudulento del artículo 558 CPi– o el abuso de poder que en tantos delitos constituye una conducta no constitutiva de delito autónomo –con la excepción del abuso de la autoridad policial contra los detenidos del art. 608 CPi o el abuso del cargo público del art. 323 CPi. Por lo tanto, tampoco puede sostenerse con demasiada firmeza que estas hipótesis de delito se expliquen con una lectura político criminal conforme a la cual se crearía un delito complejo con el objetivo de castigar el hecho de modo distinto al que lo hubiese hecho las reglas generales del concurso de delitos.

Con el propósito primordial de negar la deriva naturalística de la unidad de acción, se sostuvo que los delitos complejos en su sentido estricto no estaban formados sobre la base de una unidad de *acciones naturales*, sino de una *unidad jurídica de delitos* por voluntad de la ley. En palabras de RAINERI, máximo exponente de esta corriente, «unidad jurídica de delito, por tanto, no significa anulación, destrucción de los elementos componentes, sino simple reunión desde el punto de vista del derecho en una sola figura delictiva»²². En su opinión, el tipo complejo estaría constituido por una pluralidad de delitos singulares, objetiva y subjetivamente independientes, causantes de una pluralidad de resultados enmarcados en un único contexto²³. Pero esta unificación en el tipo no tendría la consideración de unidad inescindible de acción ni supondría la pérdida de autonomía de cada acto delictivo singular: tampoco en aquellos casos en que un delito esté configurado como medio respecto a otro²⁴. El dolo mantendría su referente objetivo, de forma que, v. gr., el autor de un delito de robo debe *querer* ejercer violencia o amenaza contra una persona y, en paralelo, *querer* sustraer una cosa mueble a otra²⁵, sin que por el contrario, fuese necesario un dolo unitario en la ejecución para lo que habría de *querer ejercer esa violencia o amenaza para llevar a cabo una sustracción*. En su opinión, «si no puede dudarse de la diversidad de delitos singulares, no puede dudarse tampoco de la diversidad de los singulares actos de voluntad»²⁶. En este sentido, sería suficiente con el conocimiento de que una acción ha contribuido eficaz y causalmente a la realización de otra: que una conducta lesiva – la producida por la amenaza o la violencia – colabora o es eficaz para la consecución de otra que define el resultado final²⁷. La secuencia cronológica de la lesión a los bienes jurídicos es permutable, pero la ausencia de alguno de sus ámbitos de lesión determinaría la falta de consumación del delito complejo²⁸. Desde esta perspectiva, resultaría irrelevante que la voluntad de apoderarse de una cosa mueble surja con anterioridad o posterioridad al ejercicio de violencia o amenaza, siempre y cuando ambas conductas sean dolosas y se ejecuten en un mismo contexto de sucesión espaciotemporal.

La opción propuesta por este autor renunciaba a la configuración de estos delitos como una verdadera unidad de acción que aúne de algún modo los comportamientos; razón por la cual no supo explicar por qué el legislador optaba en estos casos por una técnica de tipificación que excluía el concurso de delitos, más allá de la mera atribución de una pena que se aparte de la resultante de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena en los casos de pluralidad de infracciones. Como era de esperar, pronto llegaron las críticas doctrinales a esta forma de entender el delito complejo, pues el vaciamiento del delito complejo en un único sentido subjetivo evidenció un elevado riesgo de infringir el principio *non bis in idem* material y una tendencia cada vez más acentuada hacia la objetivación de la responsabilidad penal.

Por otra parte, el delito complejo tampoco constituye una *unidad ficticia o real* como, en cambio, sí lo hace el delito continuado²⁹. Este tipo de unificación se caracterizaba por ser una operación artificiosa del legislador que trataba la continuación delictiva como una forma de agravación del delito con el único fin de corregir o evitar los excesos de la acumulación mate-

²² RAINERI (1940), p. 35 (traducción del autor).

²³ *Ibid.*, en su obra emplea el concepto de «pluralità degli eventi» (p. 53, 58-59), pero no emplea el concepto «eventi» como resultado natural separable de la acción, sino como resultado jurídico, esto es, como lesión al bien jurídico protegido. Por su parte, la «unità di motivo o risultato finale» no debe confundirse con la unidad de dolo, sino que con esta expresión hace referencia al mero conocimiento de que otra acción precedente o posterior ha facilitado, asegurado o posibilitado la comisión del delito-fin desde un plano objetivo.

²⁴ *Ibid.*, p. 38.

²⁵ *Ibid.*, pp. 85, 91.

²⁶ *Ibid.*, pp. 82-83 (traducción del autor).

²⁷ *Ibid.*, pp. 75-78.

²⁸ *Ibid.*, p. 66

²⁹ En este sentido, LEONE [(1933), pp. 366 – 370 y ss.] considera que el delito complejo y el delito continuado comparten una misma naturaleza jurídica consistente en la *ficción jurídica* creada por el legislador para modificar las reglas generales del concurso de normas y de delitos. Según este autor la distinción se encuentra en la *diversidad* de los delitos que unifica el delito complejo.

rial de las penas en aquellos casos en que se verifique una unidad en el designio criminal de su autor³⁰. En este sentido, el delito continuado fue aceptado como un único delito hasta que la reforma del Código penal italiano de 1974 eliminó la referencia a que «*le diverse violazioni si considerano como un solo reato*». A partir de ese momento, se reconoció por parte de la doctrina italiana que en el delito continuado consta una pluralidad de acciones y de delitos que solo se unifica a efectos de la pena principal³¹.

Con todo, desde hace ya algunos años domina en la doctrina la tesis de que los delitos complejos se fundamentan en una unidad legal o normativa de acción de carácter inescindible cuyos atributos objetivos y subjetivos están, en gran medida, predeterminados por la específica relación típica que lleva a cabo la operación de unificación ejecutiva de las conductas³².

A este respecto, basta señalar que con esta unidad normativa de la acción se da por superado todo intento de analizar la naturaleza jurídica de los delitos complejos desde el prisma naturalístico. En esta unidad ni siquiera el concepto de acción tiene relación con el concepto de acción prejurídica que se estudia en la teoría del delito, sino que describe un elemento de valoración jurídica que se deduce del sentido del tipo y de la conducta objeto de descripción típica. Cuando la doctrina italiana menciona que es jurídica o normativa la naturaleza de la unidad de acción del delito complejo no falta a la verdad. Pero, como ya apuntara PAGLIARO, esa referencia resulta un tanto ambigua y confusa si se repara en que el delito continuado también presenta una unificación jurídica de las acciones para determinar la pena sin que intervenga el instrumento de la tipicidad³³. Sería, por ello, más acertado hablar de *unidad típica* en el delito complejo, ya que la decisión de que una pluralidad de acciones naturales conforma una sola unidad jurídica de acción se toma en sede de tipicidad a la hora de supeditar la plena realización del tipo a la ejecución secuencial de una serie de actos objetiva y subjetivamente vinculados.

No sería útil, pues, recurrir a criterios ontológicos para determinar cuándo se está ante una sola unidad de acción o una pluralidad de ellas y, por ende, ante una o varias infracciones. El carácter unitario o pluralista de la acción queda determinado por la descripción típica de una serie de conductas objetivamente diferenciadas (violencia o amenaza + apoderamiento –robo propio– o acto sexual –violencia sexual–), lo que lleva a concluir que el concepto de unidad o pluralidad de acción es un concepto perteneciente a la *tipicidad* y no a la *acción*³⁴. En este sentido, MANTOVANI rechaza la base ontológica de estos delitos cuando señala que la unidad que crean los delitos de estructura compleja es normativa en la medida en que «la unidad jurídicamente existe o no existe»³⁵ o PAGLIARO cuando asegura que «cada unidad de delito se funda en el derecho y, por tanto, en una unificación jurídica»³⁶.

Por último, se debe subrayar que solo el peso de una relación típica con fuerza comunicativa suficiente permite hablar de una auténtica *unidad* inescindible de acción y, por ende, de un solo delito, como señala PAGLIARO³⁷. No sería suficiente para la subsistencia del tipo que se identifiquen en los hechos conductas que aisladamente sean susceptibles de subsunción como elementos esenciales o accidentales en el delito complejo. Será necesario además que entre los actos típicos se intercale una relación que sirva de conector, ya sea medial o teleológica, ideológica, finalística o modal³⁸. La robustez de estas relaciones se manifiesta en la prohibición de escindir lo que el tipo ha unido, por lo que es el principio de legalidad el que obliga a verificar su presencia para dar por conformada la tipicidad plena³⁹. Por ese motivo, un mismo hecho puede dar lugar a la apreciación de un solo delito, dos delitos distintos o ninguno de ellos

³⁰ Otros autores, MORO (1951), pp. 223-224; MANZINI (1981), p. 703.

³¹ Al respecto, RISTORI (1988), pp. 92-94; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2021), pp. 627-628. Y que se manifiesta en la renuncia que opera el mismo artículo 81 cuando el marco punitivo favorece al reo: artículo 81.4 – «Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti».

³² LOSANA (1963), p. 1190; NEPPI MODONA (1966); FIANDACA, MUSCO (2019), p. 703; GAROFOLI (2018), p. 1133-1134.

³³ PAGLIARO (2007), p. 442. En palabras de ANTOLISEI [(2003), p. 538], el delito complejo «se trata de un caso de unificación legislativa, análoga a la que se verifica en el delito continuado» (traducción del autor).

³⁴ VASSALLI (1987), p. 817.

³⁵ MANTOVANI (2020), pp. 522 – 523 (traducción del autor).

³⁶ PAGLIARO (2007), p. 442 (traducción del autor).

³⁷ *Ibid.*, p. 450.

³⁸ MANTOVANI (2020), p. 527; PAGLIARO (2007), p. 450; SORRENTINO (2006), p. 126; ROMANO (2020) p. 420; PELISSERO (2020), p. 625.

³⁹ PONTERIO (1986), p. 1438. El principio de legalidad es el instrumento con el que se canaliza el necesario equilibrio entre la valoración de un bien jurídico necesitado de protección y el problema de la individualización y la selección de la modalidad de ofensa y los umbrales de la intervención penal [PULITANÒ (2020), pp. 672 y ss.; y, el mismo, (2008) pp. 1006 y ss.].

según el modo en que se manifieste la específica relación típica⁴⁰. Y como ya ha tenido oportunidad de manifestar PROSDOCIMI, la adopción de una perspectiva monista o pluralista del delito complejo no es cuestión menor, pues será determinante a la hora de enfrentar temas tan significativos como la tentativa del delito complejo⁴¹ o el principio *non bis in idem* en sentido material y su relación con el concurso de delitos⁴².

3. Concepto y delimitación concursal del «reato complesso» en el código penal italiano.

3.1. Divergencias entre «il senso stretto» y «il senso lato» del delito complejo y la incidencia del principio de especialidad.

Hoy en día el instituto de la complejidad abarca una serie de figuras delictivas que superan sobremanera las posibilidades que ofrece la complejidad estricta. Las hipótesis delictivas complejas más predominantes en la actualidad han sobrepasado cualitativa y cuantitativamente a las que representan aquellos tipos penales que contienen conductas que, por sí mismas, son constitutivas de delito. En cierta medida, los delitos complejos en sentido estricto son fácilmente resolubles atendiendo a la concurrencia de los presupuestos de la unificación, de tal forma que si se corrobora el elemento típico vinculante se aplicará el delito complejo o se castigarán cada uno de los delitos singulares por separado. En realidad, son otras estructuras típicas alejadas de la proposición del delito complejo en sentido estricto las que demandan un examen de la *complejidad* como una categoría dogmática autónoma. Son, en definitiva, los delitos complejos en sentido amplio y delitos eventualmente complejos los que, en última instancia, justifican la oportunidad de un estudio como el que aquí se ensaya.

Desde la visión italiana, el reflejo principal de esta discusión tiene relación con el ámbito de aplicación del artículo 84, donde la doctrina está dividida entre los partidarios de ceñir esta regla a los delitos complejos «*in senso stretto*» y los que entienden que también sería extensible a los delitos complejos «*in senso lato*».

La doctrina acoge por unanimidad una primera acepción de delito complejo en sentido estricto («reato complesso in senso stretto»), consonante con el concepto normativo previsto en el artículo 84 y que se define como aquel delito constituido por elementos que por sí mismos integran la conducta de otra infracción penal. En este caso, el tipo fusiona en una nueva figura delictiva hechos ya constitutivos de delitos autónomos. Sin embargo, a la hora de ejemplificarlos, es frecuente que la doctrina recurra al delito de robo (art. 628 CPi) en el que, si bien parece haber acuerdo en que confluente como elemento constitutivo la conducta del delito de hurto (624 CPi: «furto»), no se da ese mismo consenso en que su cofundante sea las coacciones (610 CPi: «violenza privata») ⁴³, el maltrato de obra – (art. 581 CPi: «percosse») o la amenaza (art. 612 CPi: «minaccia») ⁴⁴. Menos controvertida es la configuración del delito complejo en sentido estricto cuando se acude al secuestro de personas (art. 605 CPi: «sequestro di persona») al que se añade como elemento constitutivo de un nuevo tipo complejo los fines terroristas (art. 289 bis CPi), coactivos (art. 289 ter CPi) o extorsionistas (art. 630 CPi) ⁴⁵.

⁴⁰ Así, cuando un sujeto lleva a cabo un secuestro para extorsionar a otro, se puede estar en presencia de un delito de secuestro al fin de extorsión (art. 629) o de un concurso material de delitos entre un delito de secuestro y otro de extorsión según se haya llevado a cabo el secuestro específicamente para cometer extorsión o esto haya formado parte de una decisión posterior al secuestro. Del mismo modo, solo será típico el acto sexual sin consentimiento cuando se haya llevado a cabo violencia, amenaza o abuso de autoridad en relación medial con los actos de contenido sexual.

⁴¹ SORRENTINO (2006), pp. 45 y ss.; PROSDOCIMI (1996), pp. 219-220, según se siga una concepción monista o una pluralista en los casos en que solo una de las conductas se haya llevado a término sin que la segunda se haya podido consumir se podrá optar bien por la tentativa del compuesto o complejo delictivo o la sanción separada del delito consumado y, en su caso, la tentativa del no consumado, v. gr., concurso entre hurto intentado y una amenaza consumada.

⁴² Incompatibilidad de los delitos compuestos vinculados medialmente con la agravante teleológica del art. 61.2 del CPi al ya desvalorar aquellos la concurrencia medial, en PONTERIO (1986), p. 1438. Sobre la cuestión concursal, íntegramente LOSANA (1963) y NEPI MODONA (1966).

⁴³ El equivalente a las coacciones en el Código penal español, PAGLIARO (2007), p. 450; PADOVANI (2017), p. 449; GALLO (2020), p. 185.

⁴⁴ El maltrato de obra o la amenaza para MANTOVANI (2021), p. 108; en cambio, hay otros autores que aceptan la complejidad teniendo en consideración tanto las coacciones como el maltrato de obra o la amenaza, PELISSERO (2020), p. 641; DELLA VALLE (2016), p. 1474.

⁴⁵ Vid., GALLO (2020), p. 183, nota al pie 7.

La normativización del concepto de delito complejo no ha evitado un debate sobre el alcance del artículo 84 CPi. En la doctrina italiana se ha reflexionado mucho sobre la proyección de este precepto hacia el denominado *delito complejo en sentido amplio* («reato complesso in senso lato»). Con carácter general, existe acuerdo en afirmar que su origen trae causa en la combinación de una conducta constitutiva de delito –con mención generalizada a las coacciones, pero también a la amenaza o el maltrato de obra– a la que se añade un *quid pluris* jurídicamente neutro o, dicho de otro modo, otra conducta no constitutiva de delito que soporta la carga especializante del tipo complejo y que delimita la primacía de uno de los bienes jurídicos en conflicto, motivando, en abstracto, la pena prevista –así: impedir u obligar el ejercicio de derechos políticos (art. 294), constreñir a contraer matrimonio (art. 558 bis), tolerar actos sexuales (art. 609 bis), obligar a hacer o a tolerar algo (art. 610), etcétera⁴⁶.

El que un sector de la doctrina solo conceda valor de «complejo» a aquellos delitos que pueden recibir la aplicación del artículo 84 propició la aparición de esta segunda categoría ampliada. Sin embargo, pronto se demostró que estos delitos no constituían, *stricto sensu*, un supuesto de complejidad; al menos no en el sentido que hasta ese momento se había comprendido, ya que sus conductas no siempre podían ser reconducidas a otro tipo autónomo que hubiese transferido su desvalor a otro tipo más amplio o complejo. Ello se evidenció a propósito de la «violencia» instrumental, que, sin estar delimitada material y conceptualmente, encuentra en el artículo 581.2 del CPi («*percosse*») el límite máximo de absorción con una cláusula que establece que «*tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato*». Esa regulación de máximos deja sin acotar el contenido mínimo de violencia para ser válida al efecto de la constitución de un delito complejo en sentido amplio, incluso cuando no se causa la lesión de ningún bien jurídico⁴⁷. No suscita ese problema la amenaza, que se está debidamente tipificada con una clara precisión de su referente material en el artículo 612 del CPi⁴⁸.

Las dificultades expuestas en el desarrollo del instituto de la complejidad se vieron sustituidas por una tesis que pasó a argumentar el carácter complejo de un delito en la *pluriofensividad*. Desde ese momento se tacharon de «complejos» todos aquellos delitos que se consideraban protectores de un bien jurídico principal (buen funcionamiento de la administración pública –coacciones a funcionar público–, libertad sexual –violencia sexual–, etc.) y otro bien jurídico secundario ínsito en la libertad personal de obrar tutelada en el delito de coacciones del artículo 610, haciéndoles así receptores de las disposiciones del citado artículo 84 del CPi.

Sin embargo, esta forma de concebir la constitución del delito complejo fue sometida a crítica por MANTOVANI cuando sostuvo que «fruto de un análisis insuficiente de las relaciones estructurales entre los tipos concurrentes es unánime la afirmación de que constituiría un delito complejo en sentido estricto el robo compuesto por el hurto y las coacciones. Y también cuando se consideran delitos complejos en sentido amplio la extorsión, la violencia a funcionario público, la violencia sexual y, más generalmente, los delitos consistentes en la constricción violenta a hacer, tolerar o omitir algo, en la medida en que dichos actos contienen como elemento constitutivo la violencia privada. En realidad, estos delitos no contienen la violencia privada como elemento constitutivo».

A lo que añade que es, en cambio, «la violencia privada la que debe considerarse compleja en sentido amplio al estar compuesta de un delito de amenaza, maltrato de obra, etcétera, y un *quid pluris*, no constituyente de delito [...]»⁴⁹.

Por su parte, PROSDOCIMI también ha mostrado su disconformidad con esta forma de definir el delito complejo en sentido amplio, pues con ella se haría reposar sobre el principio de especialidad su fundamento –en un primer momento por identidad de los bienes jurídicos protegidos, v. gr., en la violencia sexual, elevada a norma especial, respecto a las coacciones–, cuando es el principio de consunción el que actúa sobre la hipótesis de un delito complejo que atrae y absorbe a un segundo hecho constitutivo de un delito autónomo –v. gr., la violencia sexual absorbe a la amenaza o el maltrato de obra⁵⁰. En su opinión, «el delito complejo en sentido amplio no es uno en el cual a un delito-base se le une un *quid pluris* por sí mismo no

⁴⁶ VASSALLI (1987), p. 410; PIACENZA (1967), p. 964; SORRENTINO (2006), pp. 5-6; ANTOLISEI (2003) p. 540; DELPINO (2020), pp. 863-864; PADOVANI (2017), p. 447.

⁴⁷ PEDRAZZI (1957), pp. 999-1002; PONTERIO (1986), p. 1432.

⁴⁸ Ampliamente sobre la cuestión, MEZZETTI (1999), pp. 269 y ss.

⁴⁹ *Vid.*, MANTOVANI (2020), p. 525, cita 126 (traducción del autor).

⁵⁰ Prosdocimi (1996), pp. 216 y 221.

constituyente de delito, sino aquel en el que, en concreto, dos hechos se funden en la constitución de un delito, aunque finalmente el delito dominante (dentro de ciertos límites) venga a absorber a otro»⁵¹.

Como puede observarse, esta ambivalencia en la forma de estructurar el delito complejo depende de la interpretación que se haga de las relaciones normativas que interaccionan entre los tipos concurrentes, es decir, según se entienda constituido a partir de una identidad lógico-estructural con el delito de coacciones –especialidad– o con la absorción de hechos delictivos. Sin embargo, este estudio pretende ofrecer una nueva visión al posicionamiento clásico de la regulación concursal del delito complejo, puesto que se cree que solo con la complementación de ambos principios en la configuración del tipo de injusto de los delitos complejos se abarca su total significación jurídica.

Así las cosas, el que la legislación penal italiana prevea una cláusula concursal específica para el delito complejo ha propiciado una disputa en la doctrina sobre si los delitos complejos en sentido amplio constituyen una categoría jurídicamente asimilable a los delitos complejos en sentido estricto, de modo que ambas hipótesis pudieran ser resueltas con las prescripciones de la relación de consunción prevista en el artículo 84⁵². En este sentido, un sector cada vez más minoritario reconoce la existencia de una categoría amplia de complejidad que *en abstracto* se estructura de modo similar a los delitos complejos en sentido estricto, aunque encomienda al principio de especialidad del artículo 15 la resolución del conflicto de normas penales inherentes a su configuración⁵³.

La inclusión de los delitos complejos en sentido amplio dentro de la regla de la especialidad se impone tras definir el delito complejo como la unión de dos o más conductas constitutivas de delitos simples, dejando fuera de tal definición a los delitos complejos en sentido amplio, que encerrarían en opinión de este sector doctrinal una hipótesis de especialidad con las coacciones. Así, los «actos sexuales» que integran la conducta del delito de violencia sexual del artículo 609 bis CPi serían un elemento que se incorpora a la tipicidad especificando el delito genérico de coacciones, pero aquel no es más que un *quid pluris* separadamente atípico. En este sentido, el principio de consunción del artículo 84 sería ajena a los delitos complejos en sentido amplio si se parte de la premisa de que esta regla concursal niega la pluralidad de delitos allí donde el legislador declara la existencia de un delito complejo. Y eso solo ocurre en los delitos complejos en sentido estricto que son los que incorporan a la tipicidad dos o más delitos simples, tal y como ocurre en el delito de robo (art. 628 CPi) formado por el delito de hurto (art. 624 CPi) y el delito de amenazas (art. 612 CPi).

Otro argumento muy empleado para rechazar una concepción amplia de los delitos complejos como una categoría asimilable a la estricta es que los referentes normativos del delito complejo no están ideados para dar respuesta a esos supuestos. Así, se cita en primer lugar el apartado segundo del artículo 84 del CPi que hace referencia al régimen punitivo aplicable al delito complejo con una previsión subsidiaria: como regla general, la pena para los delitos complejos será la señalada en el delito con adhesión de las circunstancias particulares en su caso, pero en aquellos en los que no se contemple una pena específica la consecuencia jurídica será la prevista para cada uno de los delitos concurrentes sin que, en ningún caso, puedan superarse los límites máximos de los artículos 78 y 79, esto es, sin que puedan superarse los límites penales previstos para el concurso material o real de delitos. Sin embargo, desde hace muchos años y hasta nuestros días, la doctrina ha venido subrayando la inanidad de este párrafo al no haber en el Código penal italiano ninguna disposición que remita a la pena establecida para cada uno de los delitos singulares componentes de aquel complejo delictivo⁵⁴.

Asimismo, se trae a colación el artículo 131⁵⁵ sobre la procedibilidad pública en delitos complejos y el artículo 170⁵⁶ sobre la extinción de los delitos complejos por prescripción

⁵¹ *Ibid.*, p. 216 (traducción del autor).

⁵² Debate que, sin embargo, no se ha producido en el seno de la doctrina española, que ni siquiera se pronuncia sobre la virtualidad de los delitos complejos en sentido amplio a pesar de su constancia.

⁵³ Spiezia (1937), p. 61; Antolisei (2003), p. 541; Sorrentino (2006), pp. 7-10; Della Valle (2016), p. 1477; Garofoli (2018), p. 1137; Gallo (2020), pp. 185-186.

⁵⁴ En este sentido, MANZINI (1981), p. 684; SORRENTINO (2006), p. 11; PAGLIARO (2007), p. 450.

⁵⁵ Artículo 131 (*Reato complesso. Procedibilità di ufficio*) □ «Nei casi preveduti dall'articolo 84, per il reato complesso si procede sempre di ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere di ufficio».

⁵⁶ Artículo 170 (*Estinzione di un reato che sia presupposto, elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato*) □ «Quando un reato e' il presupposto di un altro reato, la causa che lo estingue non si estende all'altro reato. La causa estintiva di un reato, che e' elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso. L'estinzione di taluno fra più reati connessi non esclude, per

de algunos de sus elementos constitutivos para afirmar que estos preceptos solo pueden tener sentido si se refieren al delito complejo formado por la suma de dos o más delitos singulares⁵⁷. Tampoco convencen hoy en día estos argumentos. En primer lugar, porque se puede predicar la misma superfluidad para el artículo 131, pues como bien ha indicado la doctrina dominante, en ausencia de una previsión que subordine la perseguibilidad del delito complejo a la denuncia o querrela de la víctima, el principio general de oficialidad determina la persecución pública⁵⁸. Y por lo que al artículo 170.2 CPi interesa, debe argüirse su virtualidad tanto para los delitos estrictamente complejos como para los amplios si quiere reivindicarse como un precepto que consolide una concepción unitaria y originaria del delito complejo frente a sus posibles componentes delictivos. Este precepto veda que una causa extintiva de algunas de las conductas delictivas que se incorporan como elementos constitutivos o agravantes pueda extrapolarse al delito complejo. En esta línea, la jurisprudencia ha confirmado que los delitos ampliamente complejos son receptores también de la aplicación ordinaria del artículo 157 CPi⁵⁹, por lo que la prescripción tiene lugar una vez transcurrido el tiempo máximo de la pena establecida en el delito, con el límite mínimo de los seis años (Tribunale Napoli, sez. I, 6 de octubre de 2015, núm. 13844; Cassazione penale, sez. III, 24/09/2015, núm. 47311). En consecuencia, no se extinguirá la responsabilidad penal por la comisión de un delito complejo, aunque se extingan algunos de los delitos que lo integran, como sucedería con una hipotética prescripción del maltrato de obra o de la amenaza con respecto a las coacciones a funcionarios públicos, los matrimonios forzados, la trata de personas, la violencia sexual o las coacciones⁶⁰.

Algunos autores aluden también al sentido gramatical del precepto para propugnar que la aplicación del artículo 84 solo alcanza a comprender los delitos estrictamente complejos con el argumento de que el apartado primero se refiere a «fatti»⁶¹ y el segundo a «reati»⁶², ambos en plural⁶³. Tampoco se puede compartir este argumento porque, más allá de que en la actualidad no se recurra a esta técnica para la determinación del marco penal, el segundo apartado no puede estar pensado sino para los delitos estrictamente complejos, puesto que es obvio que son los únicos que están compuestos por delitos independientemente criminalizados. En los delitos ampliamente complejos el legislador tiene que indicar forzosamente una pena específica para esa figura debido a que la conducta-fin solo adquiere significación penal en el caso de que concurra junto con los restantes elementos típicos previstos. Así pues, no tendría ningún sentido que el apartado segundo del artículo 84 pensara en los delitos ampliamente complejos, so pena de producirse una antinomia jurídica de lo que, en esencia, constituye un delito de esta clase. Una interpretación gramatical del precepto, que se refiere en el apartado primero a «hechos» y en el segundo a «delitos», invita más bien a concluir lo contrario, esto es, que el primer apartado sea de válida aplicación para los delitos estricta y ampliamente complejos y el segundo exclusivamente para los estrictos. En definitiva, este sector de la doctrina considera que el artículo 84 resuelve una hipótesis de especialidad de los delitos complejos para aplicarles las reglas de determinación de la pena, así como las conexas a las que antes se hizo referencia del artículo 131 o el artículo 170.2, reservando el artículo 15 CPi para resolver las mismas hipótesis de especialidad ahora en el ámbito de los delitos ampliamente complejos.

En la cara opuesta están los autores que apoyan la existencia de la categoría de los delitos ampliamente complejos para equipararlos en el fundamento que activa la aplicación del artículo 84 CPi. En este sentido, MANTOVANI asegura que el origen de los delitos complejos no tiene relación alguna con la identidad estructural que puedan tener con las coacciones, sino que es el principio de consunción que se desprende de aquel precepto el que abarca los problemas comunes que comparte la concepción estricta y amplia de los delitos complejos.

gli altri, l'aggravamento di pena derivante dalla connessione».

⁵⁷ ANTOLISEI (2003), p. 541.

⁵⁸ VASSALLI (1987), p. 819; Mantovani (2020), p. 524.

⁵⁹ Artículo 157 (*Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere*) □ «La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena editale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria. Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante».

⁶⁰ Sobre la consolidación de la vocación unitaria del delito compuesto o complejo en el art. 170.2, véase PAGLIARO (2007), p. 451; MANTOVANI (2020), p. 529. En sentido contrario, GALLO (2020), p. 186.

⁶¹ *Supra* nota 9.

⁶² *Supra* nota 20.

⁶³ RAINERI (1940), pp. 19-20; PIACENZA (1967), p. 964; GALLO (2020), p. 184.

Asimismo, señala que, cuando el artículo 131 CPi preceptúa la procedibilidad pública por los delitos complejos en aquellos casos en que los delitos simples que los integran sean perseguibles a instancia de parte y cuando el artículo 170.2 CPi declara que las causas de extinción que afecten en particular a los delitos simples no se extenderán al delito complejo, no existe ninguna razón legal para excluir a los delitos complejos en sentido amplio de tales disposiciones⁶⁴.

Y es que como han puesto de manifiesto los autores italianos favorables a esta forma de concebir el delito complejo, la exclusión del delito complejo en sentido amplio del principio de consunción se ha debido a una errada identificación de los elementos constitutivos de la complejidad, situándose en el delito de coacciones la base de las relaciones normativas de la mayor parte de los delitos complejos. Por apelar a las coacciones como elemento fundante del delito complejo se suscitaron ineludibles problemas de especialidad que intentaron ser resueltos en sede del artículo 84 CPi, con lo que se hizo de este precepto una extensión del principio de especialidad que terminó superponiendo los ámbitos de análisis de los artículos 15⁶⁵ – especialidad – y 84 – delito complejo – dificultando enormemente la labor de disección de estos delitos.

En este sentido, la función de la norma concursal de la complejidad es la de absorber o consumir el contenido de las conductas que forman un nuevo delito, por lo que el artículo 84 CPi vendría a desempeñar un papel semejante al del artículo 68⁶⁶ – consunción para las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal –, con la diferencia de que este último constituye un principio rector de la apreciación judicial de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal y la complejidad es un criterio que se desenvuelve en el ámbito de la tipicidad. De aceptarse que el artículo 84 CPi desempeña una función diferente a la protagonizada por la identidad lógico-estructural del principio general de especialidad del artículo 15 CPi será este último el encargado de resolver aquellas hipótesis estructurales que señalan que las coacciones es tan norma general del robo – estrictamente complejo – como de la violencia sexual – ampliamente complejo.

Son, en definitiva, quienes apoyan la validez absoluta del principio de especialidad para resolver todos los conflictos de normas los que denuncian lo anodina que resulta la previsión de reglas específicas para atender a los delitos complejos⁶⁷. En este sentido, VASSALLI ofrece una visión de particular interés, pues sin desmentir que el artículo 84 CPi se refiera en exclusiva al delito complejo, somete a revisión su fundamento y validez⁶⁸. Es bien sabido que tal precepto incorpora una regla que prescinde de los criterios del concurso de delitos, de modo que veda al juzgador la apreciación conforme al concurso de delitos de dos hechos que ya se encuentran criminalizados en un solo tipo penal. Sin embargo, este autor rebate la contribución práctica de dicha regla porque, en su opinión, favorece una visión fragmentada del delito complejo al desdibujar que estos delitos constituyen una sola unidad típica, un delito único, y no una mera acumulación material que, en su caso, habría dado lugar a las reglas del concurso de delitos. Por esta razón, se inclina a favor de reforzar la tesis de la especialidad, al ser más compatible con el espíritu inescindible del delito complejo, de modo que la norma que describe el delito complejo sea especial respecto a otras dos normas generales. En su opinión, los delitos ampliamente complejos comparten la misma raíz normativa con los estrictamente complejos, facilitando así la búsqueda de un fundamento común al quedar reducida la distinción entre ambas especies al número de normas en conflicto.

En todo caso, resulta innegable que el delito complejo, en cualquiera de sus formas, origina diversos problemas atinentes al concurso de leyes, ya sea por identidad lógico-estructural –robo o violencia sexual con las coacciones– o por las conductas que en concreto comprende –hurto, amenaza, maltrato de obra, etc.–, porque como bien se pregunta VASSALLI, «en el fon-

⁶⁴ MANTOVANI (2020), pp. 524-525.

⁶⁵ Artículo 15 CPi (*Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale*) – «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di leggi speciale deroga allá legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

⁶⁶ Artículo 68 (*Limiti al concorso di circostanze*) – «Salvo quanto e' disposto nell'articolo 15, quando una circostanza aggravante comprende in se' un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in se' un'altra circostanza attenuante, e' valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena. Se le circostanze aggravanti o attenuanti importano lo stesso aumento o la stessa diminuzione di pena, si applica un solo aumento o una sola diminuzione di pena».

⁶⁷ PIACENZA (1967), p. 966; PRODOCIMI (2006), p. 213; ANTOLISEI (2003), p. 539; PAGLIARO (2007), p. 450; PADOVANI (2017), p. 449. Sobre la marginalidad del art. 84 CPi y la aplicación prioritaria del principio de especialidad, véase PELISSERO (2020), p. 616.

⁶⁸ VASSALLI (1987), p. 823.

do, ¿quién prohíbe decir que el robo es una forma especial del hurto o una forma especial de las coacciones?»⁶⁹. La dificultad estriba entonces en identificar qué normas y principios tienen atribuida la competencia de dar respuesta a cada una de las hipótesis concursales que despiertan los delitos complejos. En este sentido, hay un sector de la doctrina que sostiene que con un concepto amplio de especialidad se obtendrían los mismos resultados que los generados por el principio de consunción⁷⁰, hasta el punto de afirmarse que la consunción constituye un caso especial o particular de especialidad que haría superflua su existencia⁷¹.

La especialidad entra en escena cuando en una misma situación de hecho convergen varias normas concéntricas que se excluyen recíprocamente en la medida en que todas ellas describen una proposición fáctica con un alto grado de coincidencia, prevaleciendo aquella que con más detalle concrete algunos de los elementos del acontecimiento. Con este significado es sencillo colegir que la configuración típica de los delitos complejos lleva implícita en su esencia una serie de problemas concursales que han sido resueltos por el legislador en el plano normativo. Pero lejos de ser esta una afirmación que clausure la problemática de los delitos complejos, han sido estos delitos los que, en gran medida, han puesto de manifiesto las limitaciones del principio de especialidad para resolver todas las hipótesis concursales posibles, destacando la necesidad de ampliar el espectro normativo de aquel principio mediante la elaboración de unas subclases de especialidad que evitaran duplicidades en la sanción de hechos ya desvalorados en un tipo más amplio⁷². Así, la doctrina italiana comenzó a diferenciar entre «especialidad en abstracto» y «especialidad en concreto», «especialidad unilateral» y «especialidad o recíproca» y, por último, entre la «especialidad por adhesión» y la «especialidad por especificación».

Según PELISSERO la relación que media en los delitos complejos sería de *especialidad unilateral por adhesión* en la que una norma sería especial respecto a otra general por la incorporación de un elemento constitutivo especializante –el robo respecto al hurto porque el primero presenta el elemento adherido de la violencia o la amenaza o el secuestro al fin de extorsión respecto al secuestro de persona–, o de *especialidad bilateral o recíproca*, en la que ninguna norma tendría la consideración de especial y general, sino que ambas presentarían elementos comunes y especializantes respectivamente, prevaleciendo aquella norma que prevea el tratamiento punitivo más severo –la violencia sexual o el robo frente a las coacciones⁷³. Sin embargo, empleando el esquema de estos mismos delitos, PADOVANI y GAROFOLI ven en la relación existente entre los correspondientes delitos simples que conforman el delito complejo y este último una *especialidad unilateral por especificación*, en la que una norma es especial –violencia sexual– porque sus elementos constitutivos representan una especificación de los ya contenidos en otra norma general –coacciones–, y *por adhesión* en el secuestro al fin de extorsión⁷⁴.

Que subsistan claras relaciones de especialidad en torno a los delitos complejos no obsta para reconocer que éstas no son originales y consustanciales a su naturaleza. Son razones de identidad lógica y estructural común a cualquier figura delictiva que posea derivaciones típicas las que predeterminan la prospección jurídica de dicho principio, con lo cual no parece conveniente dedicar el principio de especialidad a solventar el problema de la concurrencia de una serie de delitos que no se relacionan en sentido lógico-formal o abstracto, sino que requieren ser ponderados conforme a un juicio valorativo que mida el grado de desvalor que soporta la consunción. Y si bien es cierto que no hay ningún autor que conceda un valor absoluto al principio de consunción para resolver todas las hipótesis concursales que emanan de los delitos complejos, no se comparte que la especialidad sea suficiente para hacer frente a cada una de las relaciones concursales internas que trazan la estructura de estos delitos. Sobre todo, después de que el principio de especialidad haya tenido que abandonar la interpretación de la cláusula «misma materia» (*«stessa materia»*) regulada en el artículo 15 CPi como una relación

⁶⁹ *Ibid.*, p. 834 (traducción del autor).

⁷⁰ PIACENZA (1967), p. 966; SORRENTINO (2006), p. 10.

⁷¹ En este sentido, PULITANÒ (2019), pp. 398-399; PONTERIO (1986), p. 1432: este autor sostiene que el art. 84 CPi consagra una hipótesis particular de «especialidad unilateral in senso lato», frente a una «especialidad unilateral in senso stretto» que tendría cabida en el ámbito del artículo 15 CPi. La especialidad unilateral en sentido amplio sería equiparada a la consunción al indagar sobre «aquel tipo penal que contiene todos los elementos constitutivos de otro tipo penal más elementos extraños a esta», vinculando el tipo complejo al tipo relativamente simple – el robo respecto al hurto y la amenaza o el maltrato de obra. Por su parte, la especialidad unilateral en sentido estricto se reservaría a la relación abstracta por la que un tipo contiene elementos en parte idénticos y en parte específicos o todos específicos respecto a otro tipo penal en conflicto, concretando una simple y pura relación de *genus ad speciem* entre disposiciones –el robo o la violencia sexual como *genus* de las coacciones.

⁷² *Cfr.*, PAGLIARO (2013), pp. 1388-1389.

⁷³ PELISSERO (2020), pp. 607 y ss. En el mismo sentido, MANTOVANI (2020), p. 511.

⁷⁴ PADOVANI (2017), pp. 443 y ss; GAROFOLI (2018), p. 1103.

de identidad con el bien jurídico y haya pasado a ser comprendida como una estricta relación lógico-estructural entre los tipos penales en conflicto⁷⁵.

Como relata MARTIN, las críticas a la identificación de la especialidad como «mismo bien jurídico» o «unidad del bien jurídico» se precipitaron al hilo de los delitos pluriofensivos y los delitos complejos, ya que en ellos convergen normas en evidente relación de especialidad a pesar de proteger bienes jurídicos de diversa naturaleza⁷⁶. Desde ese momento, la cláusula «*stessa materia*» fue interpretada desde un plano abstracto como *misma situación de hecho* (Cass. S.U., 22/06/2017, núm. 41588; 13/10/2020, núm. 30931 y 15/07/2021, núm. 38402). Así, la selección de la norma aplicable debe realizarse desde la comparación lógico-estructural de los elementos constitutivos que concurren en la configuración del delito, esto es, desde su estructura típica y la descripción de la conducta, sin que sea admisible una valoración concreta del contenido y el referente material de cada una de las conductas como hasta hace no demasiado tiempo se exigía (Sez. U, 21/04/1995, núm. 9568)⁷⁷.

El carácter lógico-estructural de la especialidad se materializa en que la gravedad de la pena no constituye un criterio válido en la selección de la norma aplicable, motivo por el que GAROFOLI aboga por la supresión de la llamada especialidad bilateral o recíproca⁷⁸. Con el abandono de la identidad del bien jurídico para apoyar la identidad lógico-estructural habría especialidad resuelta a favor del delito de ejercicio arbitrario del propio derecho (art. 393), con pena de hasta un año de reclusión, y el delito de coacciones (art. 610), que prevé una pena de hasta de cuatro años, por la especificación del elemento intencional o final frente a uno genérico y subsidiario (*vid.*, Cass. Pen. Sez. V, 17/03/2017, núm. 23391). Por esta razón, PONTARIO niega que en estos delitos haya, siempre y en todo caso, una protección adicional del bien jurídico de la libertad personal protegido en el delito de coacciones como se ha afirmado a lo largo de este trabajo, puesto que, de ser así, no estaría justificado que sea declarada «norma especial» un delito que prevé una pena abstracta inferior, a pesar de tener un grado de ofensividad mucho más amplio⁷⁹.

Que el principio de especialidad haya progresado hasta fundarse en una relación lógico-estructural que excluye de su ámbito a la relación de valor se traduce en que los delitos complejos soporten una doble relación normativa en el concurso de leyes penales. En primer lugar, la *lógico-estructural*, que es la que determina la elección de la norma especial que especifica la fórmula conductual expuesta por otra norma general, y que sería la que destaca en todos aquellos delitos complejos vinculados con las coacciones, razón por la que ha sido ya reconocido por la doctrina como un tipo penal residual o subsidiario⁸⁰. Y, en segundo lugar, la *consuntiva*, que es la relación que caracteriza al delito complejo, y en la que habría una concurrencia de delitos que se acumulan en un solo tipo más amplio, al estilo de la tipicidad del robo con adhesión del hurto, la amenaza o, en su caso, el maltrato de obra como expresión de la violencia instrumental. Sin embargo, el análisis comparado de la secuencia fáctica en relación con la secuencia jurídica descrita en el tipo y de la gravedad del hecho concreto en relación con el contenido de injusto del delito complejo compete a una relación de valor que en nada se asemeja a la función encomendada a la especialidad. Esa valoración, como bien señala la doctrina, corresponde a la consunción, que es la que lleva a cabo un juicio ulterior al que efectúa en primer término la identidad lógico-estructural, por lo que con carácter general en sede de delitos complejos habrá de superarse lo que aquí se va a denominar un *doble juicio de concurrencia normativa* para la elección de la norma penal aplicable⁸¹.

⁷⁵ ROMANO (2020), p. 416; GAROFOLI (2018), p. 1104.

⁷⁶ MARTIN (2020), p. 3.

⁷⁷ *Vid.*, SORRENTINO (2006), p. 156. La identificación de las normas en conflicto dependerá del concepto que se tenga de «misma materia» del artículo 15 CPi, de ahí que autores como PELISSERO [(2020), pp. 607 y ss.] entiendan que el robo está en especialidad con el hurto, la amenaza y el maltrato de obra pues mantiene que el inciso «*stessa materia*» se debe interpretar como «*stesso bene giuridico*». No obstante, aún en la actualidad, GALLO [(2020), pp. 177 y ss.] ve en la falta de normativización de los principios de subsidiariedad y consunción un obstáculo insalvable.

⁷⁸ GAROFOLI (2018), p. 1138; sobre la exclusión genérica del art. 15 del CPi de la especialidad recíproca CAPELLO (2005), p. 63. Por el contrario, GALLO [(2020), p. 179] que concibe la especialidad desde el punto de vista de lo concreto, afirma que es precisamente esta premisa la que le permite incluir la especialidad recíproca o bilateral en el ámbito del art. 15 CPi pues como él mismo señala solo es posible colegir la norma aplicable en estos casos considerando el contenido de la ofensa penalmente relevante.

⁷⁹ PONTARIO (1986), p. 1432.

⁸⁰ MEZZETTI (1999), pp. 272-273; FINAZZO (2016), p. 349; FARINI y TRINCI (2018), pp. 262-263; MANTOVANI (2019), p. 367; SEMINARA (2020), p. 144.

⁸¹ PAGLIARO (2007), p. 452; PELISSERO (2020), p. 616; PROSDOCIMI (1996), p. 216; DELPINO (2020), p. 864; MANTOVANI (2020), p. 526, nota al pie 127; GAROFOLI (2018), p. 1138.

3.2.

Los delitos necesaria y eventualmente complejos: el principio de consunción como regla axiológica.

Uno de aspectos que mayor número de páginas ha merecido por la doctrina italiana fue la asimilación que se hizo del delito complejo y el delito pluriofensivo por parte de quienes abrazaron la concepción más estricta. Es decir, la complejidad y la pluriofensividad fueron tratadas como dos manifestaciones de una misma institución jurídica⁸². En puridad de principios, este fue el resultado impuesto por un concepto de delito complejo en sentido estricto que, condicionando su consumación a la realización de diversos injustos parciales, necesita cotejar la ofensa a cada uno de los bienes jurídicos que referencian individualizadamente los delitos simples que se acumulan para la plena constitución del injusto complejo. Para los partidarios de esta postura, demandantes de una pluralidad de ofensas, habría una correlación directa entre los *delitos complejos en sentido estricto* y lo que luego se han denominado los *delitos necesariamente complejos* («reato necessariamente complesso»)⁸³.

Sin embargo, la naturaleza estricta y necesariamente compleja del delito se puso en entredicho cuando se hizo notar que la técnica legislativa no siempre recurría a tipos penales *stricto sensu* para la construcción de estas estructuras típicas⁸⁴. Esto se reconoció así a propósito de los delitos de base violenta⁸⁵, en los que la tipicidad de estos delitos no siempre es exponente de una hipótesis de complejidad en el sentido que hasta ese momento se estaba comprendiendo. Se llegó entonces a la conclusión de que la «violencia» instrumental no tenía un homónimo típico al que reconducir su acción, como sí ocurriría sin ninguna dificultad con la «amenaza» debidamente tipificada en el artículo 612 CPi⁸⁶. Para salvar estas críticas las tesis más estrictas exigieron en un primer momento que la violencia superara, al menos, la frontera de lo típicamente relevante, requiriendo que alcanzara el grado del maltrato de obra («*percosse*») para así seguir manteniendo la complejidad y pluriofensividad como característica esencial de estos delitos⁸⁷. A esto se opuso pronto un sector de la doctrina italiana que recordó que el párrafo segundo del artículo 581 CPi («*percosse*»)⁸⁸ cumple precisamente una función limitadora del desvalor máximo contenido en el delito que incluye la violencia instrumental, pero sin que ello suponga, en absoluto, una acotación de las formas de violencia válida a los efectos constitutivos de aquel⁸⁹.

Fue entonces cuando los partidarios de una concepción estricta de la complejidad alegaron que la violencia instrumental daba lugar, en todo caso, a una coacción lesiva de la libertad de obrar⁹⁰. De este modo, se estaba efectuando una enmienda a la complejidad mediante el instrumento de la pluriofensividad con la que se ha de ser crítico. ¿Puede quien proclama la pluriofensividad del delito de robo negar ese mismo atributo al delito de ejercer violencia o amenaza contra el funcionario público, al de violencia sexual o al de trata de personas? Desde esa óptica, ambas concepciones del delito complejo, la estricta y la amplia, tendrían en común un bien jurídico principal –patrimonio, administración pública, libertad sexual y dignidad humana– y otro secundario –libertad personal o de autodeterminación, integridad física o psíquica, etc. Por lo que ya desde este instante se extraen razones que hacen pensar que la pluriofensividad no depende de la criminalización en un solo delito de dos conductas en sí mismas delictivas –como intentan hacer creer los partidarios de una noción estricta del delito

⁸² CARRARA (1867), p. 51; implícitamente, RAINERI (1940), pp. 53 y ss., como indica también VASSALLI (1987), p. 829, cita 52.

⁸³ Entre otros, DELPINO [(2020), p. 863] asimila los conceptos de «reato complesso in senso stretto» y «necessariamente complesso», de modo que solo se puede cometer un delito complejo si se ha ejecutado mediante dos conductas necesariamente delictivas identificables en un plano abstracto.

⁸⁴ No son pocas las ocasiones en que el legislador recurre a conductas no constitutivas de delito como el engaño, el prevalimiento, etc., y, por tanto, desprovistas de referente material alguno. Tampoco puede mantenerse que en estos casos se siga protegiendo la libertad personal por correspondencia con las coacciones, pues este delito también limita los medios a la violencia o la amenaza.

⁸⁵ Con este término la doctrina se ha referido a todos aquellos delitos en los que la «violencia» es considerada por la ley como elemento instrumental constitutivo o agravante, que, por otra parte, colma casi la totalidad de los delitos de esta clase.

⁸⁶ *Vid.*, la referencia a la influencia de la amenaza como medio en la conformación de un tipo pluriofensivo en GATTA (2013), p. 67.

⁸⁷ Así se comprendió de la mano de la teoría de la fuerza física como definitoria de la violencia a la que posteriormente se le impuso la teoría de la coacción, por todos, PECORARO ALBAINI (1962), pp. 30-32.

⁸⁸ Artículo 581. *Percosse* – «Chiunque percuote taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente, e' punito, a querela della persona offesa, salvo che ricorra la circostanza aggravante prevista dall'articolo 61, numero 11-octies) con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a lire tremila. Tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato».

⁸⁹ PIACENZA (1967), p. 966 (9); PONTERIO (1986), p. 1432 (5).

⁹⁰ RAINERI (1940), pp. 47, 62, 64; VASSALLI (1986), pp. 829-830.

complejo. Además, la tesis de la pluriofensividad como banco de prueba del carácter complejo de un delito tampoco resuelve el problema de la indefinición del concepto de «violencia» en el delito de coacciones, pues su contenido es tan difuso en el delito de robo o violencia sexual como en el propio delito de coacciones. Y es que, como demuestra PONTERRIO, ninguno de los delitos que incorporan la violencia como elemento esencial o accidental encierra el fundamento de un delito contra la libertad personal de obrar, sino que la cualidad de estos delitos va referida a la posible absorción o consunción de esa violencia en delitos como el maltrato de obra, las lesiones, el homicidio, etcétera⁹¹.

Apunta con acierto MANTOVANI que esta forma de abordar la pluriofensividad del delito complejo ha sido muy desafortunada. La *complejidad* sirve para identificar el delito capaz de dar cabida al acto típico realizado y valorar su relación con el concurso de normas o de delitos. En la *ofensividad*, por su parte, se decide el objeto de protección del delito y, por tanto, si el bien jurídico tutelado en el delito de coacciones participa de su formación⁹². En esa labor de valoración de la significación jurídica de la violencia instrumental, PROSDOCIMI resumió de modo muy ilustrativo las distintas formas que adopta para ser relevante en el compuesto delictivo: a) una violencia que da lugar a un delito *compuesto* al no integrar ningún delito y ser penalmente irrelevante desde un punto de vista autónomo; b) una violencia que da lugar a un delito *complejo* con su correspondencia con el maltrato de obra; c) y finalmente una violencia superior a la mera actividad del maltrato, como es aquella causante de lesiones corporales y que habilitaría la apertura del *concurso de delitos* para desvalorar ese exceso junto con el delito complejo⁹³. Pocos son los autores que en la actualidad se resisten a admitir estas conclusiones.

A partir de ese momento la doctrina italiana comenzó a distinguir entre los delitos *necesaria y eventualmente* complejos⁹⁴, subsistiendo grandes discrepancias acerca de la admisibilidad del artículo 84 CPi para resolver los problemas concursales suscitados por la segunda de ellas. Con la acepción «*reato eventualmente complesso*» se está haciendo referencia a todos aquellos tipos penales que reciben la nota de complejidad según el resultado que emita un juicio valorativo *ex post* de las circunstancias concretas del hecho y no del sentido de la ley. Es decir, el carácter complejo en estos delitos no está normativizado, por lo que no son necesariamente complejos en la medida en que su naturaleza no procede de un proceso de integración de delitos singulares. En estos supuestos, el carácter delictivo de sus algunas de sus conductas depende de las circunstancias concretas del hecho sin que así se haya predeterminado en el tipo.

En este sentido, la jurisprudencia (por todas, Cass. Pen. Sec. II., 31/05/1990, núm. 7780) y un sector cada vez más minoritario de la doctrina son reacios a considerar un delito complejo las figuras delictivas que no estén compuestas por delitos singulares de modo expreso⁹⁵. Sin embargo, esta interpretación restrictiva conduce a la práctica desintegración dogmática de la categoría del delito complejo y hace de la regulación del artículo 84 una norma residual abocada a su desaparición visto que el Código penal italiano apenas cuenta con delitos necesariamente complejos. En su mayoría son delitos *eventualmente* complejos⁹⁶.

Una forma muy frecuente de negar la aplicación del artículo 84 CPi a los delitos eventualmente complejos es considerar como tal la estafa («*truffa*»⁹⁷). Argumentan que el hecho de que el engaño adopte en ocasiones formas hipotéticas de falsificación que han de ser desvaloradas conforme a las reglas del concurso de delitos demuestra que el artículo 84 no se aplica a los delitos eventualmente complejos porque es incapaz de impedir el concurso de delitos⁹⁸. Sin embargo, como RAINERI⁹⁹ y posteriormente PADOVANI¹⁰⁰ han puesto de manifiesto, el

⁹¹ En todo caso, como bien señala esta autora, la relación entre los delitos de violencia instrumental y las coacciones es estructural y de especialidad en abstracto, pero no de identidad del bien jurídico protegido, en virtud del cual estaría injustificado que en algunos casos se desechase el delito de coacciones frente a otros delitos con pena inferior, como sucede con el delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 393) [PONTERRIO, C., «Sull'assorbimento della violenza nelle fattispecie criminose», cit., p. 1432, nota al pie 4].

⁹² MANTOVANI (2020), p. 525, nota al pie 126; así como, a propósito del delito de robo, el mismo autor, (2021), p. 108.

⁹³ PROSDOCIMI (1986), p. 214.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 217.

⁹⁵ Históricamente, sostenido por RAINERI (1940); en la actualidad, DELLA VALLE (2016), p. 1476 y ss., a la que contradice en la misma obra DE PALMA (2016), p. 524; implícitamente PELISSERO (2020), p. 615; o GALLO (2020), p. 186.

⁹⁶ MANTOVANI [(2020), p. 526] denuncia que, en el fondo, la jurisprudencia y ese sector minoritario de la doctrina han hecho recaer bajo el art. 84 toda una serie de hipótesis que ha tratado como necesariamente complejas lo que en realidad son eventualmente complejas.

⁹⁷ Artículo 640 (*Truffa*) – «Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con [...]».

⁹⁸ PELISSERO (2020), p. 615.

⁹⁹ RAINERI (1940), p. 30.

¹⁰⁰ PADOVANI (2017), p. 450.

error principal en este punto estriba en considerar el delito de estafa un tipo complejo. La estafa da lugar a un delito simple de conducta determinada («*reati a forma vincolata*») –que se contraponen a los delitos de conducta libre o causalmente orientada («*reati a forma libera o causalmente orientata*»)¹⁰¹–, cuyo hecho infringe varias normas penales que concurren material o formalmente –según las distintas opciones doctrinales– sin que entre ellos medie relación de complejidad alguna¹⁰².

Por su parte, se viene observando una creciente acogida doctrinal de la tesis que propone que los delitos *necesariamente* complejos podrían regirse por los parámetros del principio de especialidad previsto en el artículo 15 CPi¹⁰³. Incluso partidarios de una categoría eventual de delito complejo como VASSALLI, GAROFOLI o MANTOVANI admiten que, desde la óptica ofrecida por los primeros, el artículo 84 CPi deviene en una *interpretatio abrogans* que hace de ella una repetición nada útil¹⁰⁴. Por esta razón, este último sector doctrinal mantiene que el artículo 84 CPi solo cobra un particular interés jurídico cuando se introducen los delitos eventualmente complejos, pues son los que están necesitados de una valoración que sobrepasa la mera subsunción del hecho en un tipo penal. No hay que olvidar, además, que estos delitos representan la gran mayoría de los delitos complejos del Código penal italiano: al menos todos aquellos que prevén la violencia como conducta instrumental¹⁰⁵.

Así pues, la aparición de los delitos eventualmente complejos junto con la superación de la especialidad como unidad del bien jurídico puso aún más de manifiesto que se estaba dando un solapamiento o, más bien, una repetición de las hipótesis estructurales de los delitos complejos resueltas por el principio de especialidad. Principio que solo es capaz de dar respuesta a la identidad lógico-estructural de las normas abstractas en conflicto cuando el problema central de los delitos eventualmente complejos descansa sobre una relación de valor que examina la antijuricidad del hecho concreto que, con ligazón a las exigencias del principio *non bis in idem* sustancial, no es posible evaluar con la especialidad lógica¹⁰⁶.

Así, la falta de operatividad de la especialidad en el ámbito de lo concreto –excluida por la cláusula «*stessa materia*»– obligó a que se tuviera que acudir a los principios de subsidiariedad y de consunción para complementar la respuesta al conflicto normativo derivado de la relación del tipo complejo con el contenido de injusto material de cada una de las conductas que lo conforman¹⁰⁷ y que, en contra de la especialidad, en la mayoría de las ocasiones debe ser examinado desde una perspectiva *ex post*, esto es, desde los hechos y no desde la estructura abstracta del tipo.

Por lo que respecta al principio de subsidiariedad¹⁰⁸, ha sido poco exitoso el recorrido que ha tenido en este ámbito, con escasa acogida por la doctrina¹⁰⁹. Hay subsidiariedad cuando una norma se aplica en defecto expreso o tácito de la norma principal no aplicable en el caso concreto. Así, se ha intentado explicar conforme a la subsidiariedad la relación entre el delito de violencia sexual y el de coacciones, para lo que se afirmaba que las coacciones eran subsidiaria de la violencia sexual cuando el componente sexual se desvanecía, siendo esta prevalente por especificación del fin¹¹⁰. Sin embargo, la imposibilidad de recrear una auténtica subsidiariedad sin superponerse a la especialidad hizo que la doctrina rechazara que el delito complejo pudiera ser resuelto conforme a este principio¹¹¹.

¹⁰¹ Sobre la estafa como un delito de conducta determinada o restringida (en la nomenclatura española, delitos de medios determinados), véase, ANTOLISEI (2003), págs. 271 y ss.; DONINI (2006), pp. 136 y 137; RONCO (2011), pp. 136 y ss.; GALLO (2020), pp. 249-250.

¹⁰² PULITANÒ (2019), p. 399.

¹⁰³ Se habla incluso de delito complejo especial («*reato complesso speciale*») para hacer una clara referencia a la influencia del principio de especialidad sobre el delito complejo en sentido estricto y necesariamente complejo [FROSALI (2019), pp. 566 y ss.).

¹⁰⁴ VASSALLI (1987), p. 829; GAROFOLI (2018), p. 1138; MANTOVANI (2020), p. 526.

¹⁰⁵ Así, como delitos de base violenta, véanse los arts. 294, 336, 337, 338, 343.3, 353, 353 bis, 377.3, 377 bis, 385.2, 392, 393, 405.2, 507.2, 513, 513 bis, 588 bis, 579.3, 593 ter, 600, 601, 603 bis 3, 609 bis, 610, 611, 614.4, 615 ter 2.2, 625, 628, 629, 634, 635, 635 bis, 635 ter 3 y 635 quarter 2.

¹⁰⁶ En este sentido, LOSANA (1963), p. 1190. Sobre la impracticabilidad de lo abstracto para resolver problemas de contenido consuntivo, PROSDOCIMI (1996), pp. 213-214 y 217. Igualmente, ROMANO (2020), p. 421.

¹⁰⁷ *Cfr.*, ROMANO (2020), p. 417.

¹⁰⁸ Al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico-penal español, cuyo art. 8 regula expresamente los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, el Código penal italiano solo prevé en su parte general el principio de especialidad, siendo el principio de subsidiariedad normalmente contemplada en algunos tipos penales bajo la cláusula de reserva «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», «salvo che il fatto non costituisca il reato previsto dall'art...», «fuori dei casi previsti dall'art...» [CARINGELLA, DELLA VALLE y DE PALMA (2021) p. 1483].

¹⁰⁹ RAMACCI (2001), p. 494.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ CAPELLO (2005), p. 17; SORRENTINO (2006), p. 134.

Otros muchos autores arguyen que las hipótesis dimanantes de los delitos complejos y, en particular, de los delitos eventualmente complejos se resuelven mediante una simbiosis normativa-concursal de la especialidad y la consunción, lo que exigiría la superación de aquel «doble juicio de concurrencia normativa» que se propuso¹¹². En esta línea, PROSDOCIMI reserva el principio de especialidad para el análisis abstracto de la relación lógico-estructural y el principio de consunción para evaluar la relevancia jurídica y el desvalor concreto del hecho¹¹³. Fue a partir de que se aceptase la doble operatividad de los principios de especialidad y consunción en la resolución de las hipótesis concursales de los delitos complejos cuando se comenzó a deducir del artículo 84 CPi la base normativa de la consunción, sorteando de este modo las críticas que denunciaban que aquel precepto era una repetición del principio de especialidad¹¹⁴ y ofreciendo a los elementos del tipo un tratamiento jurídico similar al que concede el artículo 68 a las circunstancias genéricas del delito. Esta posición ya ha tenido refrendo en la jurisprudencia italiana mayoritaria. En este sentido, pueden citarse como ejemplo las recientes sentencias núm. 30931, de 13 de octubre de 2020, y núm. 38402, de 15 de julio de 2021, de la Corte Suprema de Casación que han ratificado que todas las hipótesis de identidad estructural pertenecen a la especialidad del artículo 15 CPi y que, por su parte, el artículo 84 CPi da entrada a una auténtica regla de la consunción en la que el delito complejo absorbe todo el desvalor de los delitos singulares que concurren en su nacimiento.

El principio de consunción desplaza cuantas normas contengan solo una parte del desvalor que sí abarca íntegramente la norma compleja, con lo que no se castigan por separado cada uno de los hechos que por sí mismos son constitutivos de delitos autónomos cuando su desvalor está incluido en aquella. En palabras de PAGLIARO, con este principio se efectúa una «centralización de todo el desvalor penal del hecho concreto en una sola de las normas penales que concurren en abstracto»¹¹⁵. Sin embargo, esa centralización o absorción de los injustos singulares no es ilimitada. Puede ocurrir que el delito complejo termine por no ser capaz de contener el exceso de desvalor generado por la conducta, con lo cual sería necesario acudir al concurso de delitos para llevar a cabo la íntegra desvaloración del hecho.

Se confirma entonces que la consunción no es el principio uniforme, estanco y hermético al que induce la especialidad. Solo desde la dinamicidad del *concreto* desvalor del hecho puede graduarse en la consunción la infracción cometida y el límite de las normas en conflicto¹¹⁶. Los delitos eventualmente complejos vienen a subrayar la importancia de llevar a cabo una correcta valoración negativa *ex post* del hecho para conocer cuáles son las conductas absorbidas en el delito complejo y, en su caso, precisar las reglas aplicables del concurso de infracciones.

Al contrario de lo que se decía a propósito de la especialidad, donde la pena no constituía un criterio determinante, aquí el componente consuntivo que llevan aparejados estos delitos eventualmente complejos provoca que solo sean *lex consumens* de actos cuyo injusto sea de una gravedad igual o inferior y que, por tanto, estén castigados con una pena igual o menos grave a la prevista en aquel –v. gr., la imposible integración del homicidio o las lesiones con penas iguales o superiores a las previstas en el delito de robo. En los casos en que la violencia, la amenaza o la fuerza en las cosas alcancen cotas de gravedad superiores a las contempladas en los delitos complejos se habrá de proceder a la desvaloración autónoma de aquellos resultados aplicando, conforme al concurso de infracciones, los delitos de homicidio, lesiones, amenazas, etcétera, que hayan sido realizados¹¹⁷. La pena prevista en el delito complejo se erige, así, en uno de los criterios que delimitan los límites a la consunción de los delitos compuestos y complejos¹¹⁸.

4. Conclusiones provisionales.

Se ha llegado a la conclusión de que los delitos complejos plantean dos hipótesis concursales

¹¹² PAGLIARO (2007), p. 452; PELISSERO (2020), p. 616.

¹¹³ PROSDOCIMI (1996), p. 216. En el mismo sentido, PAGLIARO (2007), p. 452; DELPINO (2020), p. 864.

¹¹⁴ MANTOVANI (2020), p. 526, nota al pie 127; PELISSERO (2020), p. 616; GAROFOLI (2018), p. 1138; MARINUCCI, DOLCINI y GATTA (2021), p. 602.

¹¹⁵ PAGLIARO (2013), p. 1392 (traducción del autor).

¹¹⁶ SORRENTINO (2006), pp. 136 y ss.

¹¹⁷ CAPELLO (2005), pp. 66-76; PAGLIARO (2013), pp. 1392 y ss.

¹¹⁸ *Cfr.*, MANTOVANI (2020), p. 518.

les correspondientes al juicio de concurrencia normativa: una de identidad lógico-estructural y otra de consunción o absorción. Se ha comprobado también que en el ámbito de los delitos complejos puede identificarse la producción de una ofensa a una pluralidad de bienes jurídicos, pero es importante subrayar que eso no es consecuencia de la tipificación, con unidad de acción, de dos conductas que, por sí mismas, son ya constitutivas de delitos independientes. En este sentido, se ha entendido que la *complejidad* se desenvuelve en el ámbito de la *tipicidad*, por lo que el carácter complejo de un delito se constata sobre la base de la criminalización específica de conductas que aisladamente constituyen delitos autónomos.

Sin embargo, este modo de operar no es el más frecuente en la técnica legislativa actual, si acaso en el «hurto» (art. 624) y la «amenaza» (art. 612) que pasan a constituir el delito de robo (art. 628), la «amenaza» y el «abuso de autoridad» (art. 323) de la violencia sexual, la esclavitud (art. 600) o la trata (art. 601), «la violencia sobre las cosas» (art. 635) del ejercicio arbitrario del propio derecho (art. 392) o como agravante del hurto (art. 625) y en el delito de secuestro (art. 605) que posteriormente se erige en medio de ulteriores actividades terroristas (art. 289 bis), coactivas (art. 289 ter) o extorsionistas (art. 630). Tampoco en el seno de los tipos que se agravan adoptando formas complejas se resuelve este escollo, ya que el fundamento de la cualificación no es capaz de resolver el problema de la selección del medio sin correspondencia delictiva o de los medios previstos en las coacciones.

El instituto de la complejidad busca identificar a través de la consunción qué normas penales están contempladas como elementos esenciales o accidentales en un delito más amplio o complejo para prohibir su punición separada, por lo que es un parámetro de medición que ha de constatar sobre la base de la *descripción del tipo*, inservible para llevar a cabo una valoración de la ofensa producida a los bienes jurídicos en juego. Desde el punto de vista de la complejidad, quedaría excluida, como se ha dicho, las coacciones al no estar incorporada en la estructura típica del delito complejo¹¹⁹, pero eso no ha impedido a la doctrina considerar protegido su bien jurídico en algunos delitos de esta clase. Sin embargo, esa forma de edificar la pluriofensividad de la conducta constituye un aspecto *valorativo* que se deduce de la norma, ya que habrá sido previsto por el legislador incluir el bien jurídico de la libertad personal en la formulación y descripción de la conducta típica del delito.

Por lo demás, este aspecto valorativo tiene un segundo momento que en los delitos eventualmente complejos merece ser destacado. La versatilidad con la que se manifiestan fenómenos tan volátiles como la violencia instrumental requiere una valoración del hecho que constate la entidad de la lesión causada para determinar las reglas que han de entrar en funcionamiento a partir de un examen que compare el *desvalor real del hecho* que sea capaz de soportar el *desvalor abstracto del tipo*. Y es que el responsable de un daño no realiza un hecho ya valorado, un delito, sino un hecho susceptible de ser calificado como delito conforme a aquella valoración. Solo una vez llevado a cabo ese juicio negativo *ex post* del hecho podrá decidirse cuál ha sido el grado de violencia empleada y, por tanto, tomar postura sobre las normas concurrentes en función de su atipicidad autónoma, su consunción –maltrato de obra– o su exceso –curso de delitos: v.gr., lesiones graves.

De esta forma, la complejidad entra en juego para decidir si ese hecho ya desvalorado está contemplado en la descripción del tipo, lo cual permite seguir manteniendo que lo *valorativo* es la herramienta de la ofensividad y lo *descriptivo* el de la complejidad. En este contexto cobra pleno sentido el principio de consunción consagrado en el artículo 84, que vendría a señalar que a pesar de que el delito en cuestión no describa una conducta constitutiva de un delito autónomo como conducta medial –«violencia»–, en aquellos casos en que coincidan en el marco de ejecución del delito algunas formas de violencia con el ámbito situacional descrito en algunos delitos –«*percasse*»– estará vedada la apertura del concurso de delito hasta el límite del desvalor soportado por el complejo delictivo; límite que debe encontrarse en otras partes del Código como en el artículo 581.2 CPi. La superación de estos límites a la consunción quiebra el total contenido de injusto dominado por el delito complejo y conduce a las reglas del concurso de delitos ese plus de injusto adicional necesitado de desvaloración.

Además, esta conclusión lleva a admitir que las hipótesis que intentan ser resueltas de la mano del artículo 84 CPi son mayoritariamente los delitos eventualmente complejos, ya que son las que se enfrentan en mayor medida a los problemas cualitativos y valorativos que

¹¹⁹ Recuérdese que la relación de especialidad entre los delitos complejos de base violenta vinculados medialmente y el delito de coacciones opera sobre la identidad estructural, no sobre el bien jurídico protegido.

justifican la rehabilitación del citado precepto como una auténtica regla de la consunción. Así entendido, el citado precepto operaría en la frontera de lo penalmente relevante y los límites a la consunción del injusto penal: y en ese sentido es útil para resolver delitos necesaria y eventualmente complejos. Por lo tanto, la complejidad no es más que una forma de dar respuesta al conflicto concursal suscitado en torno a un conjunto de delitos complejos. Este grupo incorpora una estructura típica que reclama especial cuidado en la delimitación de las reglas del concurso de normas y de delitos para evitar una infracción del principio *non bis in idem* sustancial al tiempo que se garantiza la persecución penal por aquellos hechos que revistan una gravedad superior a la que retiene el tipo de lo injusto del delito complejo.

En resumidas cuentas, una aproximación al Código penal italiano en materia de delitos complejos era obligada si se emprende el estudio de esta tipología delictiva; sobre todo, porque una cláusula normativa dedicada al «reato complesso» resultaba especialmente atractiva desde la óptica de aquellos ordenamientos penales, como el español, que no la contemplan. Además, el que el artículo 84 haya sido reinterpretado como un auténtico principio de consunción ha multiplicado las posibilidades de trasladar algunas de las aportaciones de la doctrina italiana al ámbito del artículo 8 del Código penal español por su aproximación normativa y sistemática.

Por lo tanto, se ha llegado a la conclusión de que los delitos complejos plantean dos hipótesis concursales correspondientes al doble juicio de concurrencia normativa: una de identidad lógico-estructural y otra de consunción o absorción. Si bien durante el tiempo en que se interpretó la cláusula «stessa materia» del principio de especialidad del artículo 15 CPi como identidad de bien jurídico eran muchos los que estimaban que el artículo 84 CPi contemplaba una –inútil– repetición de la especialidad, en la actualidad esto se ha mejorado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que han dado un paso adelante en la elaboración de un criterio de mayor objetividad jurídica: la identidad lógico-estructural. Desde que se extendió la opinión de que no podía ser el bien jurídico el referente en la determinación de la norma aplicable según criterios de especialidad se puso de manifiesto que el artículo 84 debía ser interpretado en otro sentido si no quería correr el riesgo de caer en la indiferencia; momento en el que comenzó a aceptarse que el principio de especialidad no era competencia del artículo 84 y que, por tanto, tampoco era ese el interés que residía en los delitos complejos. Fue a partir de entonces cuando se consolidó la opinión de que la verdadera utilidad de la complejidad estaba más alineada con la absorción de conductas y sus límites, con lo cual dicha regla fue reinterpretada como la normativización del principio de consunción que se instituye en el instrumento último con el que evaluar la complejidad y sus grados. Con ello, se conseguía reforzar la autonomía y coherencia sistemática de este principio respecto a la especialidad lógica en la resolución del concurso de normas surgido en el seno de los delitos complejos.

Bibliografía

ANTOLISEI, Francesco (1959): *La acción y el resultado en el delito* (trad. José Luis Pérez Hernández, México, Jurídica Mexicana).

ANTOLISEI, Francesco (2003): *Manuale di Diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè).

BAGES SANTACANA, Joaquim (2018): “Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del código penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-20.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2003): *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas* (Granada, Comares).

CAPELLO, Pietro (2005): *Concorso di reati e di norme* (Torino, Utet).

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1996): *Derecho penal: concepto y principio constitucionales* (Valencia, Tirant lo Blanch).

CARINGELLA, Francesco, DELLA VALLE, Francesca, DE PALMA, Michele (2021): *Manuale di Diritto Penale. Parte generale* (Roma, Dike).

- CARNELUTTI, Francesco (1933): *Teoría general del reato*, (Milano, Cedam).
- CARRARA, Francesco (1867): *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*, (Lucca, Giusti).
- CUGAT MAURI, Miriam (2012): «Quebrantamiento de condena», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (coordinadora), *Tratado de Derecho penal español. Parte general. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DE PALMA, Michele (2016): «La struttura del reato», en CARINGELLA, Francesco, DELLA VALLE, Francesca, DE PALMA, Michele, *Manuale di Diritto Penale*, (Roma, Dike).
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, HUERTA TOCILDO, Susana (1986): *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del Delito* (Madrid, Rafael Castellanos).
- DE VERO, Giancarlo (2012): *Corso di Diritto penale* (Torino, Giappichelli).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2001): «El delito de robo con violencia o intimidación en las personas: interpretación y aplicación jurisprudencial», en NIETO MARTÍN, Adán (coordinador), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen II* (Cuenca, UCLM-USAL).
- DELLA VALLE, Francesca (2016): «Concorso apparente tra norme», en CARINGELLA, Francesco, DELLA VALLE, Francesca, DE PALMA, Michele, *Manuale di Diritto Penale* (Roma, Dike).
- DELPINO, Luigi (2020): *Diritto penale. Parte generale* (Napoli, Esselibri).
- DONINI, Massimo (2006): *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio* (Torino, Giappichelli).
- FARINI, Sara, TRINCI, Alessandro (2018): *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale. Vol. II, Il delitti contro beni individuali* (Roma, Dike).
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli).
- FINAZZO, Salvina (2016) «Delitti contro la libertad morale», in GROSSO, Carlo Federico, PADOVANI, Tullio, PAGLIARO, Antonio, *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale. Vol. XIV, Reati contro la persona, Tomo III, Reati contro la libertà individuale* (Milano, Multa Paucis).
- FROSALI, Raoul Alberto (1959): *Sistema penale italiano, Vol. I* (Torino, UTET).
- GALLO, Marcello (2020): *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale, Vol. I* (Torino, Giappichelli).
- GARCÍA ALBERO, Ramón (2016): «Libro II: Título XX: Cap. VII (Art. 469)», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director), MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (artículos 234 a DF. 7ª)*, (Navarra, Aranzadi).
- GAROFOLI, Roberto (2018): *Manuale di Diritto penale. Parte generale* (Molfetta, Neldiritto).
- GATTA, G. Luigi (2013): *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, (Roma, Aracne).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1964): «El comportamiento típico en el robo con homicidio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 17, Fasc/Mec3.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2020): «Sólo sí es sí», *Diario del Derecho. Revista Iustel*.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1989): «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 42, Fasc/Mes 3.

HORTAL IBARRA, Juan carlos (2015): «Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, MIR PUIG, Santiago (directores), VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (coordinador), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015, y LO 2/2015* (Valencia, Tirant lo Blanch).

LEONE, Giovanni (1933): *Del reato abituale, continuato e permanente* (Napoli, Nicola Jovene).

LOSANA, Camilo (1963): «Reato complesso e ne bis in idem sostanziale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nueva Serie – Anno VI.

MANTOVANI, Ferrando (2021): *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio* (Milano, Cedam).

MANTOVANI, Ferrando (2020): *Diritto penale. Parte generale* (Milano, Cedam).

MANTOVANI, Ferrando (2019): *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona* (Milano, Cedam).

MANZINI, Vincenzo (1981): *Trattato di Diritto penale italiano*, Vol. II (Torino, UTET).

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, GATTA, G. Luigi (2021): *Manuale di Diritto Penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè).

MARTIN, Francesco (2020): «Il reato complesso e il concorso di reati. Profili applicativi nel delitto di omicidio stradale», *Rivista di Giurisprudenza Penale*, 11.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio (2012): *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español* (Barcelona, Bosch).

MEZZETTI, Enrico (1999): «Violenza privata e minaccia», *Digesto delle Discipline Penali», XV.*

MORO, Aldo (1951): *Unità e pluralità di reati* (Padova, Cedam).

MUÑOZ CLARES, José (2003): *El robo con violencia o intimidación* (Valencia, Tirant lo Blanch).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2017): *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

NEPPI MODONA, Guido (1966): «Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie – Anno IX.

NIGRO IMPERIALE, Francesco (2020): «Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato: verso una possibile compatibilità?», *Sistema Penale*, 9.

ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis (2018): «El desplazamiento del concurso real en los delitos de robo con violencia a la luz de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 9274.

PADOVANI, Tullio (2017): *Diritto penale* (Milano, Giuffrè).

PAGLIARO, Antonio (2013): «Concorso apparente di norme incriminatrici», *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie – Anno LVI.

PAGLIARO, Antonio (2007): *Trattato di Diritto penale. Parte generale. Il reato* (Milano, Multa Paucis).

PALAZZO, Francesco (2018): *Corso di diritto penale. Parte generale* (Torino, Giappichelli).

PALOMO DEL ARCO, Andrés (2019): «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (director), *Tratado de Derecho penal económico* (Valencia, Tirant lo Blanch).

PECORARO ALBAINI, Antonio (1962): *Il concetto di violenza nel diritto penale* (Milano, Giuffrè).

PEDRAZZI, Cesare (1957): «Appunti sulla violenza quale “mezzo” del reato», *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Anno X – Nuova Serie.

PELISSERO, Marco (2020): «Concorso apparente di norme», in GROSSO, Carlo Federico, PELISSERO, Marco, PETRINI, Davide, PISA, Paolo, *Manuale di Diritto penale. Parte generale* (Milano, Francis Lefebvre).

PIACENZA, Scipione (1967): «Reato complesso», *Novissimo Digesto Italiano*, XIV.

PONTERIO, Carla (1986): «Sull’assorbimento della violenza nelle fattispecie criminosa», *Cassazione Penale, Rivista mensile di Giurisprudenza*, Anno XXVI.

PROSDOCIMI, Salvatore (1996): «Reato complesso», *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Vol. XI.

Pulitanò, Domenico (2008): «Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.

PULITANÒ, Domenico (2015): «Offensività del reato (Principio di)», *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII.

PULITANÒ, Domenico (2019): *Diritto penale*, (Torino, Giappichelli).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2017): *Pequeña historia penal de España* (Madrid, Iustel).

RAINERI, Silvio (1940): *Il reato complesso* (Milano, Mulca Paucis).

RAMACCI, Fabrizio (2001): *Corso di Diritto Penale* (Torino, Giappichelli).

RAMÓN RIBAS, Eduardo, FARALDO CABANA, Patricia (2020): «”Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL.

RISTORI, ROBERTA (1988): *Il reato continuato* (Padova, Cedam).

RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1994): *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Dykinson).

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1978): *Derecho penal. Parte general*, (Madrid, Civitas).

ROMANO, Bartolomeo (2020): *Diritto penale. Parte generale* (Milano, Francis Lefebvre).

RONCO, Mauro (2011): «Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico», in RONCO, Mauro (direttore), *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto* (Bologna, Zanichelli).

SÁINZ CANTERO, José A. (1990): *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Barcelona, Bosch).

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. (2020): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (director), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial* (Madrid, Dykinson).

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (1999): *La violencia en el Derecho penal* (Barcelona, Bosch).

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2021): «Coacciones», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coordinador), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial (I)* (Valencia, Tirant lo Blanch).

SEMINARA, Sergio (2020): «Delitti contro la libertà personale e morale», in BARTOLI, Roberto, PELISSERO, Marco, SEMINARA, Sergio, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, (Torino, Giappichelli).

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, SERRANO MAÍLLO, Alfonso (2009): *Derecho penal. Parte especial* (Madrid, Dykinson).

SORRENTINO, Tommaso (2006): *Il reato complesso. Aspetti problematici* (Torino, Giappichelli).

SOUTO GARCÍA, Eva María (2017): Los delitos de hurto y robo. análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015 (Valencia, Tirant lo Blanch).

SPIEZIA, Vincenzo (1937): *Il reato complesso* (Udine, Istituto delle edizioni accademiche).

TORÍO LÓPEZ, Ángel (1970): «Motivo y ocasión en el robo con homicidio», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 3.

VASSALLI, Giuliano (1978): «Nuove o vecchie incertezze sul reato complesso», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie – Anno XXI.

VASSALLI, Giuliano (1987): «Reato complesso», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII.

La colpa in attività illecita: il ruolo “straordinario” della prevedibilità nella personalizzazione del giudizio colposo

La imprudencia en actividades ilícitas: el papel "extraordinario" de la previsibilidad en la personalización del juicio imprudente

Fault in Illegal Activity: The “Extraordinary” Role of Foreseeability in the Individualized Ascertainment of Fault

ELENA AMMANNATO

Avvocato e docente a contratto di Diritto Penale dell'Impresa all'Università degli Studi dell'Insubria di Como

COLPA, COLPEVOLEZZA

CULPA, CULPABILIDAD

NEGLIGENCE, CULPABILITY

ABSTRACTS

L'indagine che si presenta in questo lavoro intende offrire una ricostruzione sintetica degli aspetti teorici e pratici della colpa in attività illecita, con riferimento all'ipotesi di “morte o lesioni come conseguenza di altro delitto” di cui all'art. 586, Codice Penale. In particolare, sono state analizzate circa 140 sentenze emesse dal 2009 al 2020 per verificare come venga effettivamente applicato il criterio della “prevedibilità in concreto” nel giudizio di accertamento della colpa in ambito illecito. L'intenzione del presente lavoro è altresì quella di offrire spunti di riflessione sull'attuale volto del paradigma colposo e sul possibile paradosso tra il giudizio di accertamento della colpa in ambito lecito (caratterizzato da una cultura oggettivizzante) e in ambito illecito (innovato dal criterio della soggettivizzazione).

La investigación que se presenta en este trabajo tiene como objetivo ofrecer una reconstrucción sintética de los aspectos teóricos y prácticos de la imprudencia en actividades ilícitas, con referencia a la hipótesis de "muerte o lesiones como consecuencia de otro delito", prevista en el artículo 586 del Código Penal. En particular, el trabajo investiga alrededor de 140 sentencias pronunciadas entre 2009 hasta 2020, a fin de verificar cómo se aplica efectivamente el criterio de "previsibilidad concreta" en el juicio de determinación de la imprudencia en el ámbito ilícito. La intención de este trabajo es también proporcionar puntos de reflexión sobre la actualidad del paradigma imprudente y la posible paradoja entre el juicio de determinación de la imprudencia en el ámbito lícito (caracterizado por una cultura objetiva) y en el ámbito ilícito (innovado por un criterio subjetivo).

The research presents the results of an investigation on the theoretical and practical aspects of the concept of fault in illegal activity (colpa in attività illecita), with particular reference to the hypothesis of death or injury as a result of another crime (“morte o lesioni come conseguenza di altro delitto”) pursuant to art. 586, Criminal Code. In particular, as part of the research exercise, approximately 140 rulings issued from 2009 to 2020 were analyzed to verify how the criteria of actual foreseeability (“prevedibilità in concreto”) is practically applied in the judgments for the ascertainment of fault in the illicit field. This research aims, amongst others, at offering elements to evaluate the current paradigm of fault and the potential paradox between the judgments of ascertainment of fault in the licit field (characterized by a culture of “objectivization”) and in the illicit field (innovated by the “subjectification” criteria).

SOMMARIO

1. Contesto e ipotesi di lavoro. – 2. L'estensione dei parametri di accertamento della colpa ordinaria alla colpa in attività illecita come punto di arrivo della dottrina: breve ricognizione dell'*excursus* scientifico. – 2.1 Obiezioni: l'individuazione di una regola cautelare e di un "agente modello" in attività illecita. – 3. Le Sezioni Unite "Ronci" e le difficoltà applicative del criterio della colpa accertata nei suoi requisiti ordinari: punti fermi e aporie (apparenti). – 4. La giurisprudenza più recente e il giudizio di personalizzazione della colpa: un nuovo orizzonte ermeneutico? 5. Valutazioni conclusive.

1.

Contesto e ipotesi di lavoro.

Il paradigma colposo è stato per decenni caratterizzato da una cultura *oggettivizzante* fondata sull'equazione tra inosservanza di cautele e colpa, per cui l'ontologia della colpa è stata associata al - solo - elemento oggettivo-normativo dell'antitesi tra condotta e regola¹. Se l'estrema normativizzazione della colpa *ordinaria* come mera inosservanza di norme cautelari ha portato a ipotizzare l'esistenza di presunte forme di responsabilità oggettiva occulta², nello specifico ambito dell'attività *illecita*, ove la regola cautelare in realtà non esiste, il criterio di imputazione per l'evento non voluto è sempre stato - più o meno dichiaratamente - oggettivo, almeno fino alla pronuncia a Sezioni Unite del 2009³.

In tale contesto, l'affermarsi del criterio della "prevedibilità in concreto" per l'imputazione dell'evento morte o lesione quale conseguenza non voluta di un altro delitto, descritta dall'articolo 586 del codice penale, richiede un giudizio di soggettivizzazione della colpa in chiave predittiva che "gioca potenzialmente un ruolo straordinario"⁴. L'indagine dottrinale e giurisprudenziale che si presenta in questo lavoro intende ricostruire sinteticamente l'orizzonte teorico della colpa in attività illecita e verificare quali parametri vengono utilizzati nella prassi per individuare la *prevedibilità* dell'evento non voluto. Lo scopo è offrire, se possibile, uno spunto ulteriore al dibattito circa l'eventuale *paradosso* culturale della ricognizione del paradigma colposo in contesto illecito e in contesto lecito⁵.

2.

L'estensione dei parametri di accertamento della colpa ordinaria alla colpa in attività illecita come punto di arrivo della dottrina: breve ricognizione dell'*excursus* scientifico.

In seguito alla cristallizzazione del principio di colpevolezza operato dalla Corte Costituzionale⁶ e al suo recepimento mediante la sentenza a Sezioni Unite del 2009, trova piena legittimità, anche nel nostro ordinamento⁷, l'esistenza della *colpa* in attività *illecita*. Che il rim-

¹ Ci si riferisce alle concezioni normative della colpa descritte da MARINUCCI (1965), p. 166 e ss.; GALLO M. (1960), p. 624 e ss.; in chiave problematica, ROMANO (2006), p. 69 e ss. e, in chiave storico-evolutiva, CASTRONUOVO (2001), p. 1616 e ss.

² Si richiama il criptotipo della *colpa in re ipsa* descritto da DONINI (1993), p. 149 e ss.

³ Il riferimento è alla pronuncia n. 22676 del 29 maggio 2009 (c.d. sentenza Ronci) che ha ampiamente affrontato il tema della responsabilità per la morte dell'assuntore da parte di colui che cede sostanza stupefacente, con nota di TESAURO (2009).

⁴ Così DONINI (2019), p. 17. L'Autore, ragionando sulla cultura giuridica del reato colposo degli ultimi lustri (intrisa di oggettivizzazione), si chiede se il giudizio di prevedibilità esaltato e concretizzato in contesto illecito non possa essere da guida nell'auspicata umanizzazione della colpa ordinaria: "nel caso della morte del tossicodipendente a seguito di cessione di stupefacente le Sezioni Unite Ronci vanno a concretizzare il parametro della colpa, nell'art. 586 c.p. e quindi in contesto illecito, con un'operazione che non ho mai visto nella colpa generica, nella colpa ordinaria, specifica, giungendo a verificare addirittura la situazione concreta del cedente e del cessionario, quali erano le condizioni di salute di quest'ultimo, se si poteva vedere, prevedere una concretizzazione dell'evento, veramente straordinaria, in un caso di colpa in contesto illecito".

⁵ Donini osserva che se in contesto illecito, dove ha sempre regnato la responsabilità oggettiva dichiarata, ora si richiede la personalizzazione della colpa attraverso la concretizzazione della prevedibilità mentre in contesto lecito permangono forme di "disumana" oggettivizzazione, allora si arriva ad un paradosso culturale. DONINI (2019), p. 17. Sui criteri di imputazione dell'evento in ambito lecito, con particolare riferimento all'attività medica, si rimanda a ANGIONI (2006).

⁶ Ci si riferisce alle pronunce n. 364 e n. 1085 del 1988 e n. 322 del 2007, con le quali si è definitivamente stabilito che il criterio della colpa deve essere inteso quale limite per il legislatore nella formulazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici e quale canone ermeneutico per il giudice nella interpretazione e applicazione delle disposizioni vigenti.

⁷ L'idea che possa essere concepita e praticata una colpa in attività illecita è in realtà formalmente riconosciuta in numerosi ordinamenti europei laddove il criterio colposo viene utilizzato per l'evento non voluto e derivante dalla commissione di un delitto doloso o anche ai fini dell'attribuzione di una aggravante o di un elemento qualificante. Così, ad esempio, nei codici penali tedesco, portoghese, turco, russo, sloveno e austriaco è prevista una norma *ad hoc* mentre nei codici svedese, svizzero e spagnolo la colpa in attività illecita è prevista in generale dalle

provero per colpa possa essere mosso “così a carico di chi versa in cosa illecita, come a carico di chi versa in cosa lecita” era già stato tempo addietro ipotizzato da Carrara⁸, la questione ancora aperta consiste piuttosto nel comprendere quale volto attribuire a questa forma di *colpa*: se sia cioè riconducibile al modello unitario descritto dall’art. 43 o se sia una “figlia minore” definita dalla giurisprudenza come “colpa per mancata previsione”. Eliminato una volta per tutte l’impianto obiettivo dall’interpretazione legittima della norma, la questione relativa alla natura di tale *colpa* risulta essere l’oggetto principale di ogni problematica applicativa⁹, posto che l’accertamento in concreto della responsabilità varia radicalmente se si considera sufficiente per l’imputazione dell’evento a titolo di colpa verificare la “mera” prevedibilità o piuttosto se si ritiene necessaria la presenza di tutti gli elementi ordinari della colpa.

Tale questione rientra, a onor del vero, nel più generale dibattito dottrinale avente ad oggetto i limiti e la vincolatività della definizione codicistica: in sintesi, la descrizione del delitto colposo operata dall’art. 43 è stata a lungo contestata da una parte della dottrina che la ritiene parziale, in quanto, incentrandosi sull’evento in senso materiale¹⁰, si ataglia ai soli delitti colposi a condotta libera con evento naturalistico¹¹. Ed essendo “parziale”, vi è chi ne ha predicato la non vincolatività¹². Questa considerazione riguardante la colpa si inserisce, a sua volta, in una riflessione più ampia, di carattere sistemico e risale fino alla dialettica tra parte generale e parte speciale del codice. Si è sostenuto che quanto più una norma di parte generale è efficace sotto il profilo “sistemico”¹³, poiché contiene dettagliatamente tutti gli elementi della disciplina, tanto più la sua applicazione è limitata nei confronti della eterogeneità della parte speciale; viceversa, quanto più una norma di parte generale è aperta nei confronti della parte speciale, delegando ad essa la specificazione dei suoi elementi, tanto più la sua efficacia sistemica si affievolisce¹⁴. Con specifico riguardo alla definizione legale dell’elemento colposo, si potrebbe quindi dedurre, applicando tale chiave di lettura, che nelle fattispecie speciali, come in quelle ove diverge il “voluto” dal “realizzato”, la colpa dipende contenutisticamente dalle singole fattispecie incriminatrici, alle quali la definizione codicistica può non adeguarsi perfettamente¹⁵.

Pertanto, avuto riguardo alla circolarità dei rapporti tra parte generale e parte speciale ed ai loro rispettivi limiti ed estensioni, ciò che l’interprete dovrebbe sempre rispettare per ogni fattispecie incriminatrice colposa speciale sono i soli suoi minimi comuni denominatori: non volontà, evitabilità e prevedibilità del fatto¹⁶. “L’essenza della colpa”, del resto, insegnava

regole che disciplinano il concorso formale tra un reato doloso ed uno colposo. Per una analisi completa si richiama l’opera di Basile (2005), p. 272 e 871 e ss.

⁸ CARRARA (1898), p. 23.

⁹ BARTOLI (2010), p. 1047.

¹⁰ Ovvero su quella specifica forma del *genus* evento che va ad incidere su beni dotati di un substrato naturalistico suscettibile di percezione sensoriale. MARINUCCI (1965), p. 144.

¹¹ Così esprimeva i propri dubbi Bricola: “esiste un concetto unitario di colpa? Oggi che ci apprestiamo a introdurre una colpa rispetto all’evento aggravante nei reati aggravati dall’evento (...), oggi che le circostanze del reato vengono imputate sulla scorta di un elemento di colpa, possiamo ancora dire che questo concetto di colpa sia unitario, cioè che la colpa soprattutto in questi reati (che possono essere reati misti di dolo e colpa) sia la stessa cosa che siamo abituati a ravvisare rispetto all’evento di una fattispecie? BRICOLA (1996), p. 175.

¹² Sulla funzione e sui limiti della descrizione della colpa operata del codice Rocco, sulle differenze rispetto agli altri ordinamenti e sulle ragioni di tale definizione, si rimanda da ultimo a GROTTI (2012), p. 9 e seguenti.

¹³ Il termine “sistemico” si assume qui nell’accezione usata da Padovani e Stortoni, per i quali la parte generale del codice, volendo comprendere, seppur nella sua astrazione, i “materiali concreti” a cui i concetti astratti si riferiscono, funge da “sistema” alla parte speciale: “il ritmo della parte generale è di natura circolare: ogni teorizzazione dogmatica, ogni istituto normativo e quasi ogni disposizione si raccordano all’indietro e si proiettano in avanti, presupponendo una “totalità” che può essere raggiunta solo come esito conclusivo dello studio”. PADOVANI- STORTONI (2002), p. 9 e ss.

¹⁴ Proprio per questo effetto, la dottrina più avvertita ritiene che la parte generale contenga degli schemi di disciplina che vincolano l’interprete ma non incondizionatamente. La parte generale, quindi, riempie di contenuto il generico riferimento agli elementi costitutivi del reato, che è tipico del linguaggio sintetico delle norme incriminatrici; d’altro canto, la norma speciale modella e plasma i contenuti della parte generale se la medesima non è in grado, nella sua genericità o al contrario nel suo eccessivo grado di dettaglio (come per la definizione della colpa), di inquadrare i tratti caratteristici di alcune fattispecie PADOVANI- STORTONI (2002), p. 9 e ss.

¹⁵ La formula dell’art. 43 c.p. si attaglia sicuramente ai delitti colposi a condotta libera con evento naturalistico (come l’omicidio e le lesioni personali): rispetto a questi reati, che peraltro occupano nella prassi la maggiore fenomenologia del reato colposo, la definizione dell’art. 43 è vincolante. La medesima, invece, non è altrettanto valida nei confronti delle altre forme della colpa o dell’azione, come l’errore colposo o come per i casi in cui non solo l’azione ma tutto il fatto coincide con la violazione di una regola di condotta (art. 335, 451), per i reati a condotta vincolata etc. Ed in un insieme ancora diverso rientrano le non poche ipotesi di reato ove il dolo si mischia con la colpa. In tutti questi casi, manca la relazione tra dovere di diligenza ed evento che invece viene considerato elemento indefettibile del delitto colposo. Essendoci diversi modelli di azione colposa, pertanto, non esiste un autonomo problema di vincolatività dell’art. 43 co. 3: per ogni norma, il problema è quello di delimitare sul piano esegetico i contenuti della previsione normativa. Sui diversi modelli di azione colposa e al tema relativo al rapporto tra dovere di diligenza ed evento nel delitto colposo, si rimanda a MARINUCCI (1965), p. 82 e (1971), p. 199-239. Sull’oggetto della disciplina del reato colposo si veda CONTENTO (2002), p. 45 e seguenti.

¹⁶ Sui requisiti essenziali della colpa si esprime *in primis* Carrara, il quale, propendendo per un modello unitario di colpa, così si esprimeva

Carrara, “sta tutta nella prevedibilità”. Gli altri elementi - come l’individuazione di una norma cautelare ed il confronto con l’ipotetico “agente-modello” quale metro di paragone dell’agire corretto - non sarebbero viceversa soggetti a vincoli interpretativi.

Tale interpretazione del paradigma colposo, così riconosciuto nel suo nucleo essenziale, sembra rispondere perfettamente alle esigenze applicative che si presentano nei casi di colpa in attività illecita.

Ciò nonostante, una parte della dottrina, rimanendo legata al *pregiudizio*¹⁷ della unicità della formulazione legale del paradigma colposo, non accetta una visione “parziale” della descrizione codicistica e sostiene che la colpa di chi, attraverso un delitto doloso, cagiona un ulteriore evento non voluto, può essere concepita ed accertata allo stesso modo della colpa di chi svolge una attività lecita¹⁸. Tale argomento non può essere condiviso per le ragioni che verranno illustrate e che trovano conferma nella prassi.

2.1.

L’individuazione di una regola cautelare e di un “agente modello” in attività illecita: obiezioni.

2.1.1. La prima obiezione mossa all’utilizzo della dogmatica unitaria della colpa per accertare la responsabilità dell’evento non voluto riposa sulla contraddizione logica derivante dal meccanismo per cui, come un Giano bifronte, il legislatore da un lato vieterebbe categoricamente una determinata attività salvo poi, in alcuni casi, indicare la regola specifica o generica da dover assumere nel caso di avvenuta violazione: sarebbe irragionevole pensare a regole prudenziali imposte all’agente al fine di evitare l’ulteriore conseguenza lesiva derivante dall’illecito commesso¹⁹.

A tale argomentazione si è replicato²⁰ sostenendo che, in realtà, non possa configurarsi una vera e propria contraddizione nel caso in cui un ordinamento vieti, con la norma incriminatrice, un’attività pericolosa o illecita, ma poi, nel caso in cui questa norma venga violata - e quindi

nei suoi Opuscoli: “la imputazione colposa ha per base l’imprudenza e la prevedibilità indipendentemente da qualsivoglia liceità o illiceità del fatto”, CARRARA (1898), p. 20. Analogamente, PULITANÒ, il quale, all’interno del dibattito relativo all’applicabilità del paradigma colposo anche nelle attività illecite, precisa che “il dovere di evitare la realizzazione di eventi illeciti prevedibili” è “il tratto fondamentale della colpa” e pertanto vale incondizionatamente sia per chi compie attività lecite che illecite”, PULITANÒ (2011), p. 352.

¹⁷ Lo stesso Carmona ammette che: “mi rendo conto come io muova da un *pregiudizio*: che, cioè, si debba ritenere la colpa (pur nelle sue varie forme) costituita da una struttura dogmatica unitaria, il cui nucleo essenziale di tipicità (sul piano oggettivo) consiste nella violazione di regole cautelari il cui rispetto sia - si badi bene - giuridicamente doveroso; in questo ambito solo la doverosità della loro osservanza può fondare un rimprovero penale per l’evento conseguente. Dico di un mio *pregiudizio* perché se le cose stanno così l’istituto della colpa mi sembra aprioristicamente inconciliabile con il *versari in re illicita*. Sicché, se si vuole personalizzare la responsabilità oggettiva con un’entità giuridica definibile correttamente “colpa in concreto”, bisognerà pur espressamente rinunciare alla possibilità di mantenere una costruzione unitaria - così come tradizionalmente intesa - e accettare di usare il *nomen* indistintamente per una svariata serie di ipotesi, fra loro anche molto diverse sul piano strutturale. Avremo, nella specie, la colpa nell’attività lecita come nell’illecita. Non sono d’accordo con la scelta di questa opzione, ma nell’ottica della soluzione adottata dalle Sezioni unite è l’unica possibile”. CARMONA (2009), p.4586.

¹⁸ Così in principio CARRARA (1898), p. 15 e ss; PULITANÒ (2011), p. 371; BASILE (2005), p. 298 e da ultimo MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2020), p. 423. Diversamente Canestrari, il quale, basandosi sull’impossibilità di reperire un agente modello, come si vedrà nel prosieguo, ha individuato la tesi della c.d. “colpa generica oggettiva”, basandosi sul fatto che nelle attività illecite non si può individuare la “stessa” colpa prevista nei casi ordinari: la colpa in attività illecita avrebbe quindi una fisionomia diversa. CANESTRARI (1989), p. 152 e (1999), p. 109.

¹⁹ Sull’intima contraddizione dell’utilizzo del criterio colposo in ambito illecito, CARMONA (2001), p. 229; e così Giunta, secondo il quale l’ordinamento cadrebbe in una “vistosa contraddizione” ed il legislatore parrebbe affetto da “schizofrenia precettiva” se per i delitti aggravati dall’evento “nel vietare un certo comportamento per la sua pericolosità, imponesse in subordine di realizzarlo con la diligenza necessaria a evitare l’evento più grave”. GIUNTA (1993), p. 367. Tra la dottrina che non ritiene possibile ambientare la colpa in un territorio illecito vi sono anche DI GIOVINE (2003), p. 379; BARTOLI (2010), p. 1050, ZUCCALÀ (2008), p. 233.

²⁰ Sulla piena configurabilità della colpa in attività illecita così si esprimeva Bettiol: “anche nell’esecuzione di un reato il soggetto agente deve agire con “prudenza”, nel senso che deve porre la dovuta attenzione a che il processo esecutivo da lui posto in essere non sfoci nella causazione di un ulteriore evento lesivo che poteva essere evitato; diversamente risponderà dell’evento a titolo di colpa, se esso è previsto dalla legge come delitto colposo”, BETTIOL (1945), p. 404. Poi Bricola: “non è da escludere che una responsabilità colposa possa innestarsi su di una azione intenzionale diretta a commettere un reato”, BRICOLA (1965), p. 35, nota 57. Osserva Dolcini: “sembra oggi incontestabile (...) che la colpa - ciò che si designa come “colpa” nel diritto vigente - possa configurarsi anche nello svolgimento di attività illecite”, DOLCINI (2000), p. 871. Mantovani: “è conforme ai principi, che chi, versato in *re licita* o *illicita*, viola una norma cautelare (...) possa rispondere di colpa”, MANTOVANI (2020), p. 359. E Marinucci: “il diritto penale moderno ha sempre ignorato la pretesa ripugnanza della colpa ad occupare l’area degli eventi conseguenti a fatti-base non solo illeciti, ma anche penalmente illeciti”, MARINUCCI (1991), p. 38. Infine così anche Pulitanò, il quale ricorda come l’importanza del tema della colpa sia enormemente cresciuta con l’avvento della moderna “società del rischio”, facendo un chiaro riferimento all’opera di Ulrich Beck, per il moltiplicarsi di situazioni di pericolo e di attività tipicamente pericolose che hanno prodotto un aumento di eventi lesivi causati involontariamente. PULITANÒ (2011), pp. 352-353. Le repliche alla critica del criterio colposo sono espresse e riassunte da BASILE (2011b), p. 941 e seguenti, il quale riprende alcune argomentazioni già presenti nella sua precedente opera (2005), p. 243 e seguenti.

fallisca la sua funzione preventiva - elabori una seconda e diversa norma, ovvero la norma cautelare, che imponga quantomeno di adottare le precauzioni necessarie per contenere ed arginare gli effetti negativi della condotta vietata²¹.

La contro-obiezione che sorge spontanea è quale possa essere, allora, l'*individuazione pratica* di tale *regola cautelare*²²: la configurazione di una regola comportamentale di contenimento del rischio ha senso fintanto che si parla di attività lecita, ove la stessa è il frutto di un giudizio di bilanciamento tra l'interesse allo svolgimento dell'attività pericolosa e il bene giuridico posto in pericolo²³. Nel contesto illecito, invece, si chiede tutt'al più di *contenere un rischio*, già di per sé non più tollerato dall'ordinamento e quindi vietato, sulla base di un "modello comportamentale" di esperienza da parte di chi opera in ambito illecito²⁴. Peraltro, dal punto di vista dogmatico, si ritiene che la regola cautelare ipotizzata dalla dottrina favorevole al mantenimento dell'unità del paradigma colposo - che si traduce in un dovere di *diligenza* rispetto allo svolgimento di attività vietate - non abbia valore giuridico. Quello che si chiede a livello precauzionale all'agente che ha già commesso un reato doloso attiene al limite alla mera opportunità di contenere il danno del suo agire. Tale cautela materiale non è giuridicamente rilevante primo perché non ha fonte legale (non vi sono leggi, regolamenti, ordini, discipline o usi sociali in merito) e, secondo, perché in ogni caso non sarebbe ipotizzabile una regola in tal senso socialmente *validata*²⁵. Il dovere di diligenza ipotizzato da questa parte della dottrina per le attività illecite, seppur condivisibile in una logica di limitazione dell'offesa al bene giuridico, non è tradotta in un modello comportamentale trasferito in una norma che abbia valore giuridico cogente.

2.1.2. La seconda obiezione mossa al criterio della colpa da accertarsi nei suoi requisiti ordinari riguarda la costruzione di un "agente-modello"²⁶ - parametro indefettibile della graduazione della colpa per quantificare la divaricazione tra la condotta dell'agente e i canoni ai quali la medesima si sarebbe dovuta uniformare - in un contesto illecito.

Bisognerebbe, paradossalmente, ricostruire la figura dell'"esperto delinquente"²⁷ in base

²¹ Si è infatti osservato che, rispetto alla fattispecie di omicidio preterintenzionale, non si tratta di obiettare "uccidere con cautela", stante il fatto che il precetto dell'omicidio preterintenzionale è sempre "non uccidere". Semmai l'obiezione è "percuoti o ledi con cautela" o meglio "attenzione a commettere l'illecito di percosse o di lesioni personali, perché se non usi cautela risponderai altresì dell'eventuale conseguente morte, benché tu non l'abbia voluta!". GALLO F. (1990), p. 414. E così anche Basile, il quale prende posizione sulla questione sostenendo che "attraverso l'imposizione di cautele anche a chi versa *in re illicita*, l'ordinamento persegue, infatti, l'obiettivo di tutelare ad oltranza i beni giuridici, di "salvare il salvabile", senza, tuttavia, abiurare il fondamentale principio di colpevolezza", BASILE (2005), p. 251; lo stesso Autore, in un'opera successiva, esemplifica gli effetti di tale replica con degli esempi pratici di vita comune: "come non cadrebbe certo in contraddizione quel padre che vietasse al figlio di usare la propria auto ma che, una volta che il figlio abbia violato tale divieto, si augurasse per lo meno che l'auto fosse guidata con le cautele necessarie ad evitare incidenti" BASILE (2011b), p. 938. Sull'utilità di tale esemplificazione pratica, si ricorda l'osservazione secondo la quale i criteri che nel nostro ordinamento fondano e graduano la colpevolezza dell'agente sono in larga misura lo "specchio giuridico" di criteri di attribuzione della responsabilità praticati nella vita di tutti i giorni MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2020), p. 288.

²² Si riporta un diverso esempio proposto dalla dottrina: un rapinatore entra in banca per compiere una rapina e uccide, per un cattivo funzionamento dell'arma che ha in pugno, l'impiegato che, con una reazione irragionevole, si scaglia contro il medesimo. "Avremmo una responsabilità colposa per violazione di regole cautelari vincolanti per il rapinatore che gli imponevano di eseguire la rapina con doverose cautele operative consistenti in una prospettazione convincente della richiesta del denaro tale da escludere irrazionali comportamenti della vittima, ma soprattutto l'obbligo di rapinare con armi tecnicamente efficienti e sufficientemente collaudate. Qualche perplessità mi pare ragionevole". Così CARMONA (200), p. 4590.

²³ Sull'operatività e sui limiti del concetto di rischio quale criterio di individuazione della regola cautelare e, più in generale, sulla nozione stessa di "rischio" e sui confini che l'interprete deve rispettare per garantirne una interpretazione legittima, si rimanda a Perini (2008).

²⁴ L'analisi di Carmona: "Si può ritenere che questi "usi" vengano talora applicati anche nella pratica di attività criminali. Non vi è dubbio che una rapina possa essere compiuta, a seconda della *preparazione professionale* degli autori, con modalità tali da renderla, nel caso concreto, meno *offensiva* di un'altra (*ex ante* meno pericolosa)" CARMONA (2009), p. 4592.

²⁵ "Non è dunque la possibile "precauzione" che manchi nello svolgimento di una condotta illecita, ma la predeterminabilità giuridica e la doverosità della sua adozione. In materia di colpa, "dovere di diligenza" e "regola" sono concetti giuridici con effetti giuridici *vincolanti* che "necessariamente" *vivono* nei limiti di ciò che è consentito dall'ordinamento" CARMONA (2009), p. 4592.

²⁶ L'agente-modello è "l'uomo coscienzioso e avveduto nella situazione data e nel concreto ruolo sociale dell'agente" ovvero il parametro giuridico con il quale il giudice confronta il comportamento del singolo agente con il comportamento che, in quelle stesse circostanze di tempo e luogo, avrebbe tenuto un uomo ideale, così ROMANO (2006), p. 458. È un parametro di sintesi oggettivo-soggettiva che esprime un punto di vista differenziato a seconda della concreta situazione di pericolo per il bene giuridico, non coincidente pienamente né con quello del concreto soggetto agente, né con quello di un soggetto avvedutissimo ed accortissimo, così CANESTRARI (1989), p. 261. In generale, si rimanda a MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2020), p. 317 e seguenti. Per una ricostruzione dogmatica specifica, invece, si rimanda a BASILE (2005), p. 278 e seguenti.

²⁷ Il rimprovero per colpa deve infatti essere personalizzato e quindi richiede che le regole di diligenza siano costruite rinviando ad un "modello" di sapere, capacità fisiche, attitudini, capacità di valutare i pericoli, il più possibile aderente alle caratteristiche individuali dell'agente, che, in questo caso, ha già commesso un reato.

allo schema comportamentale dello specifico delitto commesso²⁸: tale operazione, che riecheggia pericolosamente l'approccio criminologico per tipo d'autore²⁹, stride con le categorie dogmatiche del ragionare giuridico e logico.

Alla critica relativa alla difficile configurabilità di un "agente-modello" nelle condotte illecite, la dottrina a favore del paradigma colposo unitario risponde con più argomenti³⁰:

- a) se il paradigma colposo è unitario allora la colpa ha gli stessi contenuti giuridici e dogmatici sia che si tratti di colpa in attività *lecita* che *illecita*³¹. Ergo, i medesimi parametri della colpa possono essere utilizzati per valutare il comportamento dell'agente, tra cui quindi il confronto con l'"agente-modello", a prescindere dall'attività che il medesimo svolge³².

La tesi, tuttavia, appare tautologica poiché nulla dice al di fuori dell'assioma di partenza; la tenuta di tale argomentazione, anche in questo caso, cade immediatamente al vaglio della sua praticabilità concreta ed infatti, come si vedrà nel prosieguo, non vi è riscontro alcuno nella giurisprudenza. La ragione di tale assenza è intuibile, poiché la torsione a cui si sottoporrebbe il modello della colpa in questo caso porterebbe ad *empasse* logico-giuridici, oltre che uno svuotamento del contenuto della colpa stessa³³.

- b) Qualsiasi attività umana può avere veste lecita o illecita a seconda del contesto entro il quale viene posta in essere. Sono le circostanze esterne che determinano l'insorgere di un giudizio di rimproverabilità o di giustificazione - sulla base dell'evitabilità dell'evento - da parte dell'ordinamento. Ogni attività, dunque, si presta all'individuazione di un "agente-modello" perché per ogni attività possiamo chiederci come sarebbe stata esercitata da una persona ragionevole, da un soggetto coscienzioso ed avveduto, a prescindere da una sua valutazione in termini di liceità o illiceità³⁴.

Su tale argomento si è in parte già preso posizione. Un giudizio precauzionale di tal genere non ha, per quanto riguarda l'attività illecita, fonte giuridica³⁵. È il passaggio dalla condotta materiale a quella giuridica che trasforma il modello concreto in regola di condotta cautelare predeterminata e doverosa attraverso la *giuridicizzazione*³⁶ dell'esperienza che va a delineare l'"agente-modello"³⁷. Tale operazione evidentemente manca nell'ambito dell'attività criminale. Peraltro, lo schema utilizzato nel presente argomento è assiomatico e non operativo poiché nulla dice sulla concreta applicabilità del parametro in esame alla condotta illecita.

- c) L'utilizzo del parametro dell'"agente-modello" anche in contesti illeciti è un'opera-

²⁸ E quindi andrebbero individuate dal giudice le figure del "ladro modello", del "rapinatore modello", del "piromane modello" per poi verificare lo scostamento della condotta tenuta dall'agente rispetto a tali parametri. DI GIOVINE (2003), p. 380 e BARTOLI (2010), p. 1050.

²⁹ Per tutti si richiama l'opera LOMBROSO (1897).

³⁰ È opportuno anticipare che l'Autore di riferimento nella ricostruzione della replica alla critica del criterio colposo, Basile, nella sua prima opera aveva già preso chiaramente posizione circa il fatto che la conseguenza non voluta del reato-base nel delitto di cui all'art. 586 deve essere imputata per colpa. Ed in particolare, sulla fisionomia che avesse dovuto assumere questa colpa rispetto all'evento non voluto, l'Autore dichiara che "si tratta della stessa colpa presente nelle fattispecie "completamente colpose" (...) la colpa di chi, attraverso un delitto doloso, cagiona un ulteriore evento non voluto, può essere concepita ed accertata allo stesso modo della colpa di colui che, attraverso una condotta di per sé non costituente reato, cagiona un evento non voluto penalmente tipico". L'Autore, quindi, non fa cenno circa la completezza della definizione del paradigma colposo dato dal legislatore o circa una sua critica e quindi parziale non vincolatività. BASILE (2005), p. 278 e ss.

³¹ Così BASILE (2011b), p. 941, richiamando di nuovo il pensiero di Carrara e uno dei padri della moderna dottrina penalistica, Von Hippel, il quale, nell'opera *Vorsatz, Fabrlässigkeit, Irrtum, in Vergleichende Darstellung*, AT, Band III, Berlino, 1908, p. 571, dichiarava: ai fini della valutazione della colpa, è "in linea di principio *indifferente se l'attività dell'agente*, cioè a prescindere dall'evento delittuoso da essa cagionato, *sia già di per sé vietata* da disposizioni penali, da regolamenti o da discipline di servizio", con corsivo aggiunto da Basile.

³² Sul punto Basile ricorda come l'utilizzo del parametro dell'agente modello sia esplicitamente ammesso nel caso di concorso anomalo di persone. Tale soluzione, sostiene l'Autore, non è per nulla sconosciuta negli altri ordinamenti ove la possibilità di accertare la colpa in attività illecita seguendo lo stesso procedimento sia per la colpa in attività lecita - in particolare l'agente modello- che per l'attività lecita è ammessa da una parte della dottrina e della giurisprudenza in Germania e in Austria e in Svizzera. BASILE (2005), p. 551 e seguenti per la Germania, p. 739 e seguenti per l'Austria, p. 872 e seguenti per la Svizzera.

³³ Efficace la sintesi di Carmona: "mi domando di chi stiamo parlando e chi, oltre al "drogato e/o spacciatore", possa avere "esperienza" di cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti". CARMONA (2009), p. 4595.

³⁴ BASILE (2011b), p. 926.

³⁵ Sul punto si rimanda alla nota n. 25.

³⁶ CARMONA (2009), p. 4592.

³⁷ Sul punto Basile offre tale esempio: ipotizziamo che Tizio, nel maggio del 1999, quando la mendicizia invasiva costituiva ancora reato nel nostro ordinamento, fingendosi cieco, abbia spinto involontariamente una anziana signora causandole la rottura del femore. Per tali fatti il giudizio si conclude in primo grado con una condanna. Il giudizio di secondo grado, invece, si celebra dopo qualche mese quando la contravvenzione di mendicizia invasiva non è più reato e quindi l'attività-base di Tizio perde la qualifica di illiceità. E qui l'Autore sostiene: "dovrà forse il giudice di secondo grado individuare, con un procedimento diverso rispetto a quello adottato dal suo collega di prime cure, le regole di cautela rispettando le quali Tizio avrebbe potuto evitare l'evento di lesioni personali? Il mutamento della qualifica normativa della condotta-base determina forse un mutamento nel procedimento di individuazione delle regole cautelari? La risposta negativa ci sembra l'unica ragionevole". BASILE (2011b), p. 945. In realtà, a parere di chi scrive, la differenza è evidente: non cambia il contenuto ma la regola di giudizio.

zione ermeneutica già svolta quotidianamente nella prassi giudiziaria. Ad esempio, nel valutare la sussistenza dell'eccesso nelle cause di giustificazione, il giudice valuta come si sarebbe comportato un agente-modello per comprendere se il superamento del limite consentito sia dovuto a colpa oppure sia incolpevole. Parimenti, stesso meccanismo si insinua ogniqualevolta il giudice debba decidere se accordare all'agente l'attenuante della provocazione, che sussiste quando una circostanza esterna incide sullo stato emotivo dell'agente indebolendo la sua volontà: anche in questo caso, che presuppone la commissione di un reato-base doloso, entra in gioco la valutazione dell'influenza del provocatore sull'agente-modello. Si ritiene, inoltre, altro esempio fondamentale l'art. 59, secondo comma, che detta la riformata disciplina in tema di imputazione delle circostanze aggravanti ed in particolare prevede che possano essere addebitate all'autore di un reato, e quindi a un soggetto che versa *in re illicita*, solo se "ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa"³⁸. Il legislatore, con tale riforma, avrebbe legittimato l'utilizzo del paradigma colposo nella attività illecita comprensivo dei noti parametri, posto che, anche in questo caso, il rimprovero per colpa si instaura all'interno di un giudizio che prevede come presupposto un reato colposo o doloso. Ed infine, ulteriore conferma verrebbe data dall'art. 81 primo comma, il quale, disciplinando il concorso formale eterogeneo di reati sia dolosi che colposi³⁹, prevede che al soggetto che con una sola azione od omissione realizzi un fatto voluto e uno non voluto, entrambi integranti fattispecie criminose, il primo debba essergli addebitato a titolo di dolo ed il secondo a titolo di colpa. Anche in questo caso si tratterà di colpa in attività illecita, poiché con la commissione della prima violazione l'agente ha già varcato la soglia del campo penalmente illecito⁴⁰.

Anche su questo argomento, però, sorgono alcune perplessità. Si fatica a rintracciare il percorso ermeneutico e sistemico che legittimi l'elaborazione della categoria dell'"agente-modello" in attività illecita.

In tutti questi casi, infatti, non emerge né a livello normativo, né tantomeno giurisprudenziale, la necessità che la colpa in esame debba essere accertata nei suoi requisiti ordinari. Nessuna delle norme citate, infatti, richiede espressamente che si tratti di quella colpa descritta nella parte generale e alla quale la dottrina riconduce l'esistenza di una regola cautelare violata e di un agente modello con cui confrontare l'attività concreta. Al contrario, è evidente che tale colpa possa invece consistere anche nella mera conoscibilità e prevedibilità di uno specifico elemento esistente al momento della realizzazione del fatto senza che sia necessario indagare ulteriori elementi⁴¹. Mai, infatti, nella giurisprudenza si riscontrano motivazioni fondate sulla violazione di una regola cautelare o sullo scollamento dalla condotta di un ipotetico agente modello nella ricostruzione argomentativa che porta al riconoscimento delle aggravanti o del concorso di reati.

Concludendo, se da un lato si ritiene ormai pacifico che la *colpa* in attività illecita sia divenuto l'unico elemento soggettivo ipotizzabile per l'evento non voluto nell'ambito dell'art. 586 c.p., dall'altro lato non soddisfa la scelta operata da quella parte della dottrina che ritiene, sull'assunto di una storica unità del concetto di colpa, che la medesima debba necessariamente essere accertata nei suoi requisiti *ordinari* e non solo nei suoi - altrettanto storici - requisiti *essenziali*. Costringere l'interprete del diritto ad applicare i *generali* criteri della colpa in attività

³⁸ L'originaria formulazione dell'art. 59 prevedeva che tutte le circostanze, sia attenuanti che aggravanti, rilevassero obiettivamente, ovvero, in base al criterio del *versari in re illicita*, trovassero applicazione anche se non conosciute dall'agente o ritenute per errore inesistenti. Con la legge 7 febbraio 1990, n. 19, la disciplina dell'imputazione delle circostanze è stata riformata: rimasta ferma l'irrilevanza delle circostanze aggravanti e attenuanti erroneamente supposte e la rilevanza oggettiva delle attenuanti, per le circostanze aggravanti è stato eliminato il criterio oggettivista. Il legislatore ha infatti armonizzato il criterio di imputazione delle circostanze aggravanti al principio di colpevolezza stabilendo che le stesse possono essere addebitate all'agente solo se "da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa", ovvero se gli si può muovere almeno un rimprovero colposo. In generale, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2020), p. 498-500, in particolare BASILE (2011a), p. 1052.

³⁹ Si prevede infatti l'ipotesi di chi, con una sola azione od omissione, violi diverse disposizioni di legge. In dottrina non vi è dubbio circa la possibilità che si configuri un reato doloso ed uno colposo. Sul punto, sub art. 81, ROMANO, (2006), p. 754, BASILE (2005), p. 267, PROSDOCIMI (1988), p. 522 e seguenti. Ma già Manzini: "non v'è dubbio che il concorso è possibile anche tra reati dolosi e colposi. Così, se uno, nel colpire volontariamente un altro, lede per mera imprudenza un terzo, risponde di lesioni dolose e colpose in concorso fra loro", Manzini (1926), p. 394. Più recente Zagrebelsky: "nessun particolare elemento soggettivo unificante essendo richiesto, può darsi concorso formale anche tra reati colposi e tra reati dolosi e reati colposi". ZAGREBELSKY (1996), p. 373.

⁴⁰ BASILE (2011b), p. 929.

⁴¹ Come accade ad esempio per la mera "conoscibilità" dell'ingente valore della cosa mobile sottratta al detentore nel caso di realizzazione del furto. Così suggerisce BARTOLI (2010), p. 1049.

lecita alla *specific* colpa in attività illecita porta inevitabilmente a quelle storture logiche che hanno raggiunto l'*acmè* nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2009 e sulle quali si rifletterà nel prossimo paragrafo.

3. Le Sezioni Unite “Ronci” e le difficoltà applicative del criterio della colpa accertata nei suoi requisiti ordinari: punti fermi e aporie (apparenti).

La comunità scientifica ha unanimemente riconosciuto che l'importanza della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 22676 del 29 maggio 2009 (caso “Ronci”) risiede nell'aver fissato i punti cardinali dell'accertamento dell'elemento soggettivo per l'evento non voluto, ostracizzando definitivamente il paradigma obiettivo e le teorie affini dall'ordinamento penale a favore del criterio colposo⁴².

La sua indiscutibile portata generale deriva dalla forza delle affermazioni contenute e dalla profondità delle argomentazioni svolte⁴³, idonee ad esportare gli insegnamenti ivi esposti anche al di fuori della norma in esame, per offrire un inquadramento teorico rispetto a situazioni analoghe⁴⁴. Il principio di diritto è così enucleato:

“nell'ipotesi di morte verificatasi in conseguenza dell'assunzione di sostanza stupefacente, la responsabilità penale dello spacciatore ai sensi dell'art. 586 cod. pen. per l'evento morte non voluto richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma penale che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale”⁴⁵.

Se è questo l'evidente riconoscimento della pronuncia, non sono mancate tuttavia voci critiche relativamente alla scelta di aderire - almeno formalmente - al modello della colpa così come costituito dallo schema strutturale dell'art. 43 e dalla dogmatica tradizionale per fondare e quantificare il rimprovero penale⁴⁶.

Questa soluzione, sebbene se ne intuisca la ragione⁴⁷, origina i punti interrogativi già espo-

⁴² Di seguito uno dei passaggi fondamentali della pronuncia: “è il rispetto del principio di colpevolezza e della sua portata liberalgarantistica (art. 27 comma 1, in combinato disposto col comma 3 e con l'art. 25 comma 2 Cost.) ad imporre che la fattispecie di cui all'art. 586 debba essere connotata dal requisito della colpa in concreto. Al fine di individuare la soluzione preferibile, non può ovviamente prescindersi dal principio di colpevolezza e dalle sentenze della Corte costituzionale che gli hanno implicitamente riconosciuto rango costituzionale (...) pertanto l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586, una responsabilità per colpa in concreto” La Corte richiama espressamente le sentenze della Corte costituzionale del 1988 facendo altresì accenno alle sentenze n. 2 e n. 176 del 1991, nonché alla n. 322 del 2007, ribadendo l'illegittimità del principio del *qui versari in re illicita respondit etiam pro casu*. Da questa premessa, la sentenza Ronci allontana con forza tutti quegli orientamenti che ricostruiscono l'ipotesi del 586 in termini di responsabilità oggettiva e richiama la sentenza n. 364 del 1988 per ancorare l'unicità del paradigma colposo, ricordando che non è mai stata accolta la tesi di una colpa contrassegnata solo dalla prevedibilità ed evitabilità e non anche dalla violazione di una regola cautelare. Non vi è quindi spazio per una forma di responsabilità colpevole diversa da quella dolosa o colposa e non può quindi configurarsi un *tertium genus* quale la responsabilità da rischio totalmente illecito.

⁴³ Circa le obiezioni avanzate dalla dottrina sul rimprovero per colpa indirizzato nei confronti di chi abbia intrapreso una attività illecita (e quindi, il ricadere nella nota contraddizione “uccidi con cautela”), la Corte così replica: “Sarebbe ancora maggiore la contraddizione del legislatore (si intende: rispetto alle contraddizioni prospettate dalla dottrina) che da un lato con norma costituzionale (art. 27 Cost.) accoglie il principio di colpevolezza e con norma ordinaria (art. 59, comma 2, c.p.) prevede l'imputazione almeno per colpa delle circostanze, e poi, da un altro lato, con altre norme ordinarie nega il principio di colpevolezza e non richiede la colpa in ordine agli ulteriori eventi non voluti (...). Si deve quindi ammettere la possibilità di concepire e praticare una colpa in attività illecite, la quale non solo è riconosciuta esplicitamente in numerosi ordinamenti positivi (che imputano per colpa l'evento non voluto, aggravante o qualificante, derivante dalla commissione di un delitto doloso), ma è anche ammessa da tempo dalla gran parte della dottrina italiana, che ha evidenziato come le norme cautelari di condotta valgano tanto per chi agisce legittimamente quanto per chi opera illegittimamente”. Paragrafo 12 della sentenza.

⁴⁴ Così BASILE (2011b), p. 1 e ss.; CARMONA (2009), p. 4585; TESAURO (2009), p. 450; BRUSCO (2012), p. 1165.

⁴⁵ La sentenza impugnata viene quindi dichiarata non conforme al principio esposto perché la responsabilità era stata in primo grado accertata sulla base dell'esistenza del solo nesso causale e la Corte d'Appello, in seguito, aveva utilizzato un criterio di prevedibilità in astratto ancorato alla stessa cessione della sostanza senza esaminare elementi ulteriori. Si ha quindi l'annullamento ed il rinvio per un nuovo giudizio per mancanza di motivazione sull'esistenza in concreto di una colpa dell'imputato rispetto all'evento morte non voluto.

⁴⁶ Si legge al paragrafo 13 della sentenza: “non sembrano sussistere valide e decisive ragioni per le quali, allorché si manifesti nell'ambito di una diversa condotta illecita, la colpa debba subire delle modificazioni nella sua struttura o nel suo contenuto”.

⁴⁷ Ovvero la preoccupazione che il ricorso al parametro della sola prevedibilità possa indurre il giudice nella tentazione tipica della prassi

sti: a) lo *stress* al quale si sottopone il modello colposo, tutt'altro che elastico, nel momento in cui si vuole ipotizzare la violazione di una regola cautelare rispetto ad una condotta criminosa⁴⁸; b) la ricerca di un "agente-modello" spacciatore⁴⁹.

La Corte così argomenta: quanto al punto a), l'utilizzo della colpa accertata nei suoi requisiti ordinari viene giustificata facendo leva sul principio di uguaglianza rispetto a colui che versa in cosa lecita⁵⁰, al fine di scongiurare il ritorno ad un impianto obiettivo laddove l'evento non voluto scaturisca da una attività illecita.

Tale assunto non convince: il fatto che non si possa prescindere dall'accertamento di un coefficiente psichico non implica automaticamente la necessità di una colpa ordinaria, anzi, autorizza l'interprete del diritto a sostenere la responsabilità penale per l'evento non voluto sulla base di una imputazione *soggettiva*, anche se diversa dalla "vera e propria" colpa⁵¹. Peraltro, e questo è sicuramente uno dei punti più importanti della pronuncia, è la Corte stessa che *in teoria* afferma la piena idoneità del criterio della colpa accertata nei suoi requisiti ordinari anche per la norma in esame; *in pratica*, però, quando esamina i casi concreti, cristallizza una regola di giudizio che si fonda esclusivamente sulla *prevedibilità*⁵². Per riconoscere la responsabilità penale, si dice, la morte non deve essere "in concreto imprevedibile": questa è - ovviamente - l'unica soluzione personalizzante possibile, stante l'inesistenza di cautele, giuridicamente previste, per il contenimento del rischio nelle attività non consentite.

Quanto al punto b), in merito al modello astratto di parametrizzazione - ovvero l'"*homo eiusdem*" con il quale affrontare la verifica e l'accertamento della colpa - la Corte rifiuta l'idea di un modello di "uomo delinquente" che, nel caso statisticamente più frequente, si trasforma in "spacciatore modello". Tuttavia, non potendo rinunciare, una volta scelto il paradigma unitario di colpa, al modello astratto, la Corte declina l'agente modello nella attività illecita rivestendolo di altre qualità di difficile *determinatezza*: "persona ragionevole" e "fornita di esperienza"⁵³.

applicativa di appiattirsi su un mero procedimento logico di "prevedibilità in astratto" e quindi nella riproposizione di un paradigma di fatto obiettivo, eludendo il principio di colpevolezza. Al paragrafo 13 infatti la Corte sostiene: "occorre (...) stabilire se si tratta della stessa colpa presente nelle normali fattispecie colpose ovvero di una colpa che subisca delle modificazioni nella sua struttura e nel suo contenuto in conseguenza del fatto che l'agente, attraverso il delitto base doloso, si è collocato in un'area di illecito penale. Ora se si ritiene che in quest'ultima ipotesi la colpa possa avere una fisionomia ed un contenuto particolari, si corre il rischio che si possa giungere di fatto ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa, con risultati pratici sostanzialmente identici a quelli della responsabilità oggettiva". In realtà, vi è chi ha ritenuto tale preoccupazione eccessiva: "sembra opportuno sgombrare il capo dall'accusa (assai severa invero) che escludere la configurabilità della colpa *in re illicita* significhi, *tout court*, dare ingresso alla logica del *versari in re illicita* e dunque alla responsabilità oggettiva. (...) La dottrina che esclude la configurabilità della colpa *in re illicita* non sostiene punto che in tal caso l'addebito di responsabilità possa fare a meno dell'indagine sull'atteggiamento soggettivo dell'agente; questa dottrina sostiene invece che il necessario riscontro del nucleo di colpevolezza, in termini di prevedibilità, che lega l'agente all'evento non voluto, non può assumere la denominazione di colpa in senso tecnico, codicistico, perché non ne presenta tutti i requisiti e le caratteristiche". CAMAIONI (2012), p. 524.

⁴⁸ Tale operazione potrebbe far implodere il sistema in un "non senso giuridico". Così PALAZZO (2018), p. 359; GIUNTA (1993), p. 195 e seguenti e CAMAIONI (2012), p. 508, il quale in tal senso parla di "assurdo logico, un contraddittorio modello di reo virtuoso, attento, nel compiere atti illeciti".

⁴⁹ Camaioni sintetizza così la critica alla costruzione di un agente modello nella colpa in attività illecita, in CAMAIONI (2012), p. 524: "non si tratta di costruire, alla stregua del criterio dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* un bizzarro modello di agente-criminale (l'omicida modello, il ladro modello, il rapinatore modello, il violentatore modello) né di tracciare le linee di un modello di agente generico, perché è proprio la strada della costruzione di un modello che, ove si tratti di un agente che si è posto contro il diritto, si rivela impraticabile (...)".

⁵⁰ Paragrafo 12 della motivazione: "l'esclusione della possibilità di configurare una colpa in chi versa *in re illicita* comporterebbe una violazione del principio di eguaglianza, ponendo sullo stesso piano chi cagioni l'evento ulteriore non voluto in circostanze che rendevano agevole in previsione il suo verificarsi e chi lo cagioni in circostanze eccezionali, tali da renderlo imprevedibile. Al contrario, ammettendo la possibilità di un rimprovero per colpa in chi realizza un evento non voluto mediante la commissione di un reato doloso, si avrà anche la possibilità di trattare in modo diverso situazioni diverse, quali quella in cui l'evento ulteriore era ragionevolmente prevedibile e quella in cui era assolutamente imprevedibile e quindi nessun rimprovero può muoversi al soggetto".

⁵¹ Così BARTOLI (2010), p. 1049, il quale sostiene altresì che "rischia di svuotare di contenuto la colpevolezza più il tentativo di forzare la realtà, creando una finzione (colpa in attività illecita come vera e propria colpa), che quello di cercare di comprendere come sia effettivamente la realtà, al fine poi di pensarla e gestirla di modo che i principi di garanzia possano trovare la massima espressione e il più consistente riconoscimento".

⁵² Paragrafo 15.2 della motivazione: "in via generale dovrà dunque escludersi la responsabilità del cedente per la morte del cessionario in tutte le ipotesi in cui la morte risulti in concreto imprevedibile, in quanto intervenuta per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente, come potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso di cessione di una sostanza "normale" per qualità e quantità e di morte dovuta alla contemporanea assunzione di alcol che abbia accentuato gli effetti della droga "a meno che lo spacciatore sapesse che la vittima era dedita all'uso di alcol o intendesse farne uso in quella occasione": dov'è la regola cautelare? Dove il confronto con l'agente modello? Semmai il giudizio è elaborato in termini di mera ragionevolezza, per cui si analizzano solo i fattori che, se conosciuti, determinano la possibilità di evitare l'evento. La conoscibilità di questi fattori viene poi accertata in capo al soggetto reale: quindi prima si stabilisce che un soggetto (non qualificato) poteva o meno evitare la morte della vittima sapendo se la medesima fosse o meno dedita all'alcol e poi si verifica se di fatto l'agente reale fosse a conoscenza di tale circostanza. È la struttura di una colpa concepita in termini di mera prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

⁵³ Al paragrafo 15, la Corte così argomenta: "la circostanza che l'agente reale versi in un ambito di illiceità, dunque, non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello. Ovviamente, si dovrà fare riferimento non già alla condotta

La struttura del giudizio di colpa qui affermato è quindi ben diversa da quella prima prospettata in linea teorica: la Corte non vuole abdicare formalmente all'unicità della struttura dogmatica per non incorrere nel *rischio*⁵⁴ di costruire una colpa *ad hoc* che si traduca ancora una volta in un *maquillage* solo formale del principio di colpevolezza⁵⁵, ma, di fatto, indica dei criteri ermeneutici che differiscono dalla colpa "ordinaria". Le aporie, pertanto, sono solo *apparenti*.

Questa sentenza ha sottoposto, almeno *in teoria*, il modello colposo ad una ermeneutica particolarmente elastica per ricomprendere, in ossequio all'unità, ipotesi che certamente hanno poco a che fare con il modello tradizionale. *In pratica*, però, la struttura della colpa elaborata quale regola di giudizio presenta connotati riconducibili al modello della colpa accertata nei suoi requisiti essenziali, poiché si richiede l'accertamento della mera *possibilità* di evitare l'evento⁵⁶. È proprio il criterio della prova della prevedibilità che, se rispettato nella giurisprudenza successiva, potrebbe giocare un ruolo straordinario nel paradigma culturale colposo.

4. La giurisprudenza più recente e il giudizio di personalizzazione della colpa: un nuovo orizzonte ermeneutico?

Nell'ermeneusi giurisprudenziale degli anni successivi alla sentenza Ronci si riscontra un cambio di rotta in ossequio al principio ivi espresso: ciò che si richiede al giudicante è un maggiore rigore nella prova in ordine alla sussistenza o meno del requisito della "colpa in concreto" e diverse sono le sentenze di annullamento per difetto di motivazione⁵⁷. Si riportano di seguito gli snodi motivazionali ritenuti di maggior interesse:

Nella pronuncia n. 25973 del 23 aprile 2010, la Corte censura la sentenza impugnata in quanto "*non ha fatto applicazione di questi principi, limitandosi ad affermare la responsabilità dell'imputato per il reato di cui all'art. 586 c.p. a titolo di responsabilità oggettiva, sulla base del solo nesso di causalità materiale, riconoscendo la prevedibilità dell'evento in termini meramente astratti e assertivi, senza accertare né lo stato di salute dell'assuntore della sostanza stupefacente, né la qualità della sostanza stessa, inoltre omettendo qualsiasi indagine sull'esistenza di specifiche circostanze, conosciute o conoscibili dall'imputato, circa un maggior rischio letale derivante dall'uso della droga ceduta*", annullando così con rinvio per un nuovo esame nel merito che tenga conto di due criteri che diverranno fondamentali nell'ermeneutica degli anni a venire circa la prova della prevedibilità della morte dell'assuntore: lo stato di salute del medesimo e la qualità della sostanza.

Nella pronuncia n. 17394 del 13 gennaio 2011 si dice che la sentenza impugnata, pur avendo fatto formalmente richiamo puntuale ai criteri elaborati dalle Sezioni Unite, presenta delle "*incongruità di tipo logico nonché una sostanziale applicazione del principio della c.d. "causalità materiale" basata sulla responsabilità di tipo oggettivo*". Non viene infatti operato nessun particolare approfondimento a fattori

di un ipotetico "delinquente modello", bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale (...) "è poi evidente che per agente modello non si deve intendere uno "spacciatore modello", ma una persona ragionevole, fornita, al pari dell'agente reale, di esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede".

⁵⁴ La Corte, al paragrafo 13, come già segnalato nella nota 47, parla di "rischio che si possa giungere di fatto ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa, con risultati pratici sostanzialmente identici a quelli della responsabilità oggettiva".

⁵⁵ Come nel caso della responsabilità da rischio totalmente illecito o nel caso di quelle pronunce che, "pur affermando formalmente la necessità, attesa la "indefettibilità del principio di colpevolezza", della "sussistenza di un coefficiente di riferibilità psicologica a titolo di colpa dell'evento non investito dal dolo del reato di base", tuttavia poi di fatto non hanno svolto alcuna indagine sulla effettiva presenza di elementi costitutivi di una imputazione realmente colposa", par. 13 della sentenza, dove si cita, a titolo di esempio, la pronuncia 14 novembre 2002, n. 2595, Solazzo.

⁵⁶ Si è infatti osservato come "si sia in presenza di un'ipotesi in cui la giurisprudenza finisce per dire in termini impliciti più di quanto dica esplicitamente e per arricchire la stessa elaborazione dottrinale". BARTOLI (2010), p. 1051.

⁵⁷ Sono state analizzate circa 140 sentenze emesse nell'intervallo di tempo 2009-2020 aventi ad oggetto la fattispecie in esame. In particolare, 42 pronunce hanno avuto ad oggetto l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'art. 586 e, di queste, 13 sono pronunce di annullamento per difetto di motivazione logico-giuridica circa la sussistenza del requisito della colpa in concreto come interpretato dalle Sezioni Unite Ronci (così Cassazione n. 35099 del 9 settembre 2009; Cassazione n. 42075 del 26 novembre 2010, Cassazione n. 17394 del 13 gennaio 2011; Cassazione n. 41462 del 2 ottobre 2012; Cassazione n. 50557 del 7 febbraio 2013; Cassazione n. 39778 del 15 luglio 2015; Cassazione n. 3277 del 8 luglio 2016; Cassazione n. 41346 del 15 settembre 2016; Cassazione n. 22263 del 3 maggio 2016 (in questo caso, a differenza dei precedenti, non si è ritenuta sufficiente la motivazione che ha portato ad escludere la prevedibilità, in quanto apodittica); Cassazione n. 34871 del 12 aprile 2017; Cassazione n. 431 del 7 maggio 2018; Cassazione n. 42867 del 26 settembre 2019; Cassazione n. 31746 del 21 ottobre 2020);

come la contemporanea assunzione di alcool da parte della vittima, dando per scontata la preventiva conoscenza da parte dell'imputato della situazione di intolleranza agli oppiacei da parte dell'assuntore. Non vale a colmare queste lacune, prosegue la Corte, "l'apodittica affermazione che attesta l'esclusione di una concomitanza di fattori eccezionali ed imprevedibili"⁵⁸ e pertanto, essendovi la necessità "di verificare in concreto la colpa dell'agente e di accertare l'intervento di altri fattori causali che possano aver interrotto per la loro imprevedibilità il necessario nesso causale" la Corte annulla con rinvio per nuovo esame.

Nella pronuncia n. 25915 del 15 aprile 2011, la Corte rileva che la Corte di Appello si è limitata ad osservare che l'imputato conosceva bene l'assuntore, che sapeva che questo faceva uso di droga scadente e che pertanto "non poteva non rendersi conto che quella sera il G. (assuntore) non stava bene (...). Affermazione che, di tutta evidenza, rimane nell'ambito di un giudizio astratto, del tutto generico e disancorato da ogni circostanza fattuale e non rende conto delle ragioni per le quali l'imputato, nel momento della cessione, doveva e poteva rendersi conto del malessere del G., delle sue condizioni generali e del rischio che l'assunzione di stupefacente potesse comportare conseguenze dannose", concludendo, a fronte di un compendio probatorio incerto in quanto l'overdose si intrecciava altresì con lo stato di intossicazione alcolica, per l'annullamento della sentenza senza rinvio.

Nella pronuncia n. 41462 del 2 ottobre 2012, si sostiene che "nel caso di morte o lesioni conseguenti all'assunzione di sostanze stupefacenti la responsabilità per questi ulteriori eventi a carico di colui che le abbia illecitamente cedute potrà essere ravvisabile quando sia accertata la sussistenza, da un lato, di un nesso di causalità (...) dall'altro che l'evento non voluto sia soggettivamente collegabile all'agente, ovvero sia a lui rimproverabile a titolo di colpa in concreto, valutata secondo i normali criteri di valutazione della colpa nei reati colposi". Da tale principio la Corte deduce che nel caso concreto di overdose di un soggetto probabilmente non dedito all'uso di sostanze stupefacenti non era stato spiegato se l'imputato fosse a conoscenza o meno di tale circostanza. L'affermazione apodittica per cui l'"esperienza dello spacciatore nel settore avrebbe dovuto porre in grado il cedente di riconoscere nella vittima persona mai prima di allora dedita all'assunzione" viene riconosciuta dalla Corte come giudizio prognostico sostanzialmente coincidente, in ragione dell'assenza di elementi tratti dalla concreta e reale situazione di fatto, con una valutazione in termini di mera responsabilità oggettiva, ovvero fondata sul solo nesso di causalità astratta e, rilevato il vizio di motivazione, la pronuncia viene annullata.

Nella pronuncia n. 50557 del 7 febbraio 2013, la Corte "atteso che la giurisprudenza (...) è ormai consolidata nel ritenere che in relazione alla fattispecie di cui all'art. 586 occorre che venga condotta un'indagine accurata in ordine all'elemento psicologico della colpa" rileva il vizio motivazionale in tema di prevedibilità dell'evento morte e, riportandosi alla massima delle Sezioni Unite, invita la Corte di Appello remittente a colmare la lacuna nel rispetto del principio di diritto enucleato. In questo caso la responsabilità dell'imputato in ordine alla morte del consumatore della sostanza ceduta era dedotta da indici astratti quali la presunta frequenza e quindi ordinarità di tale evento in conseguenza dell'assunzione di stupefacenti e la particolare pericolosità di determinate sostanze psicotrope.

Nell'attività nomofilattica della Corte negli anni immediatamente successivi alla sentenza Ronci, i criteri fattuali della "colpa in concreto" nel terreno di elezione della morte dell'assuntore richiedono che venga accertata: a) la conoscenza, da parte del cedente, della pericolosità della sostanza (non intrinseca ma derivante dall'essere la stessa tagliata con altre sostanze pericolose o, al contrario, particolarmente pura⁵⁹), b) la consapevolezza del cedente dello stato di salute dell'assuntore (che non può derivare dalla sola conoscenza dei propri "clienti" ma deve basarsi su altri fattori quali la cognizione di altre patologie concomitanti, lo stato di particolare intossicazione o il percorso di disintossicazione in corso⁶⁰), c) la sussistenza di eventuali

⁵⁸In particolare nel caso di specie il decesso della vittima era stato causato da un'azione combinata di droga e alcol unita ad ingestione di sabbia.

⁵⁹ Con la pronuncia n. 34871 del 12 aprile 2017, la Cassazione annulla la sentenza impugnata perché il fatto che l'imputato si fosse vantato della "bontà" della sostanza non portava a ritenere che lo stesso fosse a conoscenza anche della particolare purezza della stessa poiché "l'indicazione della buona qualità della merce costituisce un normale espediente di cui goni venditore, non solo di sostanza stupefacente, normalmente si serve per indurre il suo potenziale compratore a concludere l'operazione di acquisto"; applicando lo stesso principio la Corte, con la pronuncia n. 44165 del 10 ottobre 2019, rigetta il ricorso ritenendo che in questo caso l'imputato fosse a conoscenza della particolare purezza, e quindi della pericolosità, della sostanza che aveva venduto e aveva visto consumare in tempi molto rapidi, portando l'assuntore all'"overdose": "nelle concrete circostanze di fatto in cui si trovava quella notte, cioè nella cessione di sostanza stupefacente al R. (almeno due grammi di cocaina) che egli ha visto direttamente consumare in notevole quantità, sapendo egli stesso che si trattava di cocaina purissima, era immanente il rischio – del tutto prevedibile e accettato – che la cessione potesse configurarsi come concausa di una morte da "overdose".

⁶⁰ Con la pronuncia n. 34871 del 12 aprile 2017, la Cassazione annulla la sentenza impugnata sulla base dell'assunto che lo spacciatore ha certamente buona conoscenza dei suoi più abituali clienti e del relativo stato di tossicodipendenza ma ciò "non può consentire di affermare,

cessioni plurime o di assunzione di differenti sostanze avvenute alla presenza del cedente⁶¹.

Tali criteri sembrano essere stati recepiti dalla giurisdizione di merito, poiché dall'analisi delle sentenze più recenti della Corte di Cassazione è emerso un panorama differente: si riscontrano molteplici pronunce di rigetto dei ricorsi proposti per inosservanza dei criteri stabiliti per l'accertamento della "colpa in concreto" nella condotta del cedente - in quanto infondati - a fronte di isolate pronunce di accoglimento e conseguente annullamento della decisione affinché si proceda con un ulteriore giudizio che tenga conto sia dei principi espressi dalle Sezioni Unite sia dei principi discretivi enucleati dalla giurisprudenza successiva⁶².

Nell'osservatorio prasseologico della responsabilità penale del cedente per morte dell'assuntore di sostanze stupefacenti è quindi emersa la progressiva traduzione del principio teorico della "colpa in concreto" in specifiche indicazioni pratiche quali la verifica della consapevolezza della sostanza venduta, dello stato di salute del compratore e di altre variabili riguardanti l'assunzione: indici da valutare *ex ante*, secondo lo schema tipico della prognosi postuma a base parziale, che è necessario previamente indagare al fine di instaurare correttamente un giudizio di prevedibilità.

Lo sforzo ermeneutico operato dai giudici per far riaffiorare dagli abissi della responsabilità oggettiva il principio di soggettivizzazione della colpa è forse ancora più evidente nei casi in cui la norma in esame è stata applicata al di fuori del proprio terreno di elezione. Nei casi di rapina, violenza privata, minaccia, danneggiamento, incendio o relativi all'attività di immigrazione illegale dai quali è derivato l'evento non voluto di morte o lesioni, il giudice, non essendo stati elaborati dei criteri "guida" come nel caso di morte dell'assuntore, ha dovuto scandagliare ogni singolo aspetto fattuale della vicenda per poter decretare la prevedibilità o meno dell'evento non voluto. L'applicazione del principio della soggettivizzazione della colpa, in questi casi, è passata attraverso un giudizio *ex ante* in cui si è verificata la conoscibilità di specifiche circostanze da parte dell'agente e, su tale base, si è indagata la possibilità che il medesimo aveva di evitare l'evento non voluto utilizzando massime di esperienza.

Sono forse queste le sentenze più "rivoluzionarie", se ciò che si vuole indagare è il paradosso culturale della ricognizione del paradigma colposo in contesto illecito e in contesto lecito.

Al di là dell'esito del ricorso, e quindi della natura della pronuncia della Corte, in queste sentenze si evidenziano, caso per caso, gli indicatori di prevedibilità fondanti il giudizio di colpa: il tipo di imbarcazione, il numero di persone stipate, la durata del viaggio, la qualità dell'aria per ciò che riguarda l'ipotesi di immigrazione clandestina⁶³; le modalità di aggressione e le particolari fragilità della vittima in caso di rapina⁶⁴; il comportamento della vittima sottoposta

a meno che lo spacciatore non disponga di altre e più puntuali notizie specifiche, che il venditore abbia ex se contezza dell'effettivo stato di salute dei tossicodipendenti che a lui si rivolgono, così da poter autonomamente intuire, senza il supporto di nessun altro argomento logico o fattuale di natura integrativa, quando la cessione di droga possa rendere prevedibile il rischio del decesso del suo acquirente per "overdose". Con un'altra interessante sentenza la Corte, con la pronuncia n. 31746 del 21 ottobre 2020, ha precisato che l'essere l'assuntore di "giovannissima età e costituzione esile" non può di per sé connotare un rischio maggiore, rinviando quindi per un nuovo giudizio. Al contrario, con la sentenza n. 11676 del 20 novembre 2018, la Corte ha confermato la circostanza che l'essere consapevole del fatto che l'assuntore si stia sottoponendo ad un percorso di disintossicazione presso una Comunità (che lo rende maggiormente vulnerabile sia sotto il profilo fisico che psichico) porta a ritenere prevedibile ed evitabile l'evento lesivo.

⁶¹ Con diverse pronunce, richiamate da ultimo dalla sentenza n. 44360 del 10 settembre 2019, la Corte ha precisato che "ai fini della configurabilità della colpa in concreto ben possa aversi riguardo alla cessione ripetuta di sostanza stupefacente destinata all'assunzione da parte dello stesso soggetto" (in tali termini si era già pronunciata con sentenza n. 8058 del 23 settembre 2016 e n. 41874 del 2018).

⁶² Circa una ogni anno a partire dal 2017, come evidenziato nella nota 56, a fronte di circa una ventina di sentenze di rigetto del ricorso poiché la Corte ha stabilito che i giudici del merito hanno dimostrato un buon governo dei principi espressi dalle Sezioni Unite Ronci e una corretta applicazione degli enunciati criteri fattuali elaborati dalla giurisprudenza immediatamente successiva.

⁶³ Secondo la pronuncia n. 25356 del 5 aprile 2019, "La morte, quale conseguenza di altro delitto, è ascrivibile all'autore di quest'ultimo (...) ogni volta che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto, per violazione di una regola precauzionale diversa dalla norma che incrimina la condotta criminosa originaria, e sussistano i caratteri di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi in prognosi postuma. La pericolosità per la vita dei migranti, derivante dalla loro costrizione in un ambiente non avente spazio sufficiente a contenerli, la cui aria era anche dall'esterno contaminata, era fattore che gli imputati, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, conosciute o conoscibili, erano certamente in grado di rappresentarsi".

⁶⁴ La Corte così si esprime nella sentenza n. 14063 del 27 febbraio 2019: "l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586, una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio" (...) "la circostanza che l'agente reale versi in un ambito di illiceità, dunque, non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello. Ovviamente, si dovrà fare riferimento non già alla condotta di un ipotetico "delinquente modello", bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale. Anche in ambito illecito, pertanto, occorre pur sempre che il fatto costitutivo del reato colposo sia una conseguenza in concreto prevedibile ed evitabile dell'inosservanza di una regola cautelare". Da qui ne deriva che "la forza impressa sul corpo di una donna avanti negli anni, l'averle tappato la bocca, lo strappo violento della collana, la caduta in terra sono modalità che inducono a ritenere altamente prevedibile il verificarsi di lesioni gravi o anche della morte della vittima, tenuto conto dello stato di particolare fragilità fisica ed emotiva che spesso è tipico dell'età avanzata (e ciò a prescindere dalla

a minaccia o a una condotta restrittiva con particolare riguardo alle “vie di fuga” che la stessa può adire per sottrarsi⁶⁵; le modalità di tempo e luogo, la prevedibile presenza di persone in caso di danneggiamento che può causare una lesione⁶⁶; le condizioni del locale, la consapevolezza della natura della sostanza con riferimento alla rapidità e diffusività della fiamma per ciò che attiene l’evento non voluto causato dall’aver provocato un incendio⁶⁷.

In tutte queste sentenze sembra potersi scorgere un nuovo orizzonte ermeneutico della colpa nella sua declinazione in attività illecita. Questa colpa, che per le Sezioni Unite è “colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) con prevedibilità ed evitabilità dell’evento da valutarsi secondo l’agente modello razionale”⁶⁸, viene definita, *post* Sezioni Unite, o in questi precisi termini oppure nei termini più generici di “colpa per mancata previsione”⁶⁹, trovandosi più di frequente, nelle sentenze più recenti, il solo riferimento al “giudizio di prevedibilità”⁷⁰.

Tale evoluzione nel *nomen iuris* utilizzato dalla prassi giurisprudenziale non pare essere casuale⁷¹: al contrario, potrebbe riflettere nella quotidianità delle corti il progressivo abbandono del modello unitario di colpa. E tale ipotesi sembra trovare conferma anche dalla presa d’atto che, nelle sentenze sopra riportate nei passaggi essenziali, scompare del tutto ogni riferimento all’“agente razionale”.

Rimane aperta la questione relativa alla natura di tale colpa, stretta nell’alternativa tra declinazione della colpa ordinaria e “figlia minore” della colpa definibile come “colpa per mancata previsione”. Ciò che indubbiamente emerge dalle pronunce studiate è la presenza di una *colpa speciale*, legata a questa specifica ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato disciplinata nella parte speciale del codice, la cui esistenza si fonda sulla sola “essenza della colpa” ovvero la prevedibilità dell’evento non voluto.

All’interno di questo confine, il diritto vivente ha ideato dei criteri di soggettivizzazione della colpa in attività illecita non solo teorici (il giudizio di prevedibilità ed esigibilità) ma anche pratici: basti pensare ai criteri fattuali, ormai cristallizzati, per la prevedibilità della morte dell’assuntore di sostanza stupefacente che impongono, quale regola del giudizio, la verifica dell’oggetto e della modalità della cessione nella prospettiva psicologica del cedente. Questa progressiva trasformazione della prassi accertativa della colpa in attività illecita mostra come il modello colposo non sia una entità immutabile bensì sia soggetto a dinamiche evolutive attraverso la messa in forma della relazione tra norma e fatto, tra normatività e realtà: l’indiscutibile sforzo ermeneutico operato nelle sentenze analizzate in merito alla soggettivizzazione del giudizio colposo può fornire uno spunto di riflessione importante all’interno del dibattito culturale del reato colposo sempre più orientato ad una maggiore umanizzazione della componente soggettiva della colpa⁷².

sussistenza di particolari patologie)”.

⁶⁵ Secondo la Corte d’Appello di Roma (sentenza emessa in data 10 febbraio 2020), nel caso in esame, che vedeva quale reato base l’ipotesi di violenza privata prevista dall’art. 610, l’imprevedibilità in concreto del tentativo di fuga della persona offesa attraverso il balcone situato al sesto piano dello stabile risoltosi in lesioni gravissime ed irreversibili si fonda nella obiettiva pericolosità della via di fuga tentata e nell’imprevedibilità di tale scelta. L’esistenza di vie di fuga alternative e meno rischiose quali “*richiamare l’attenzione delle persona presenti nel condominio o di eventuali passanti ovvero scavalcare, anche con l’ausilio di sedie o supporti, il muretto divisorio che separa l’appartamento in cui si trovava da quello limitrofo, alto i metro e 80, e superato dall’operatore T. per entrare nell’appartamento*” non rendevano prevedibile l’evento di lesioni gravissime poi accaduto.

⁶⁶ La Corte, con la sentenza n. 28051 del 24 maggio 2019, ha ritenuto che fosse correttamente motivata la prevedibilità in concreto della lesione scaturita dal danneggiamento osservando come “*fosse prevedibile la presenza di persone nella stanza di un ambulatorio (considerato altresì l’orario), contro la quale l’imputato sferrava dall’esterno il pugno con il quale il vetro della porta veniva infranto*” (...). Era altresì prevedibile che il pugno sferrato contro una parete di vetro avrebbe provocato uno spargimento di “*frammenti taglienti verso l’interno di un luogo di lavoro, normalmente occupato da persone*” e da qui la prevedibilità di un evento lesivo in conseguenza di siffatta condotta.

⁶⁷ Con la pronuncia n. 57973 del 26 settembre 2019, la Corte ha ripercorso la ricostruzione della prevedibilità dell’evento dannoso ritenendo correttamente motivata la sentenza di condanna posto che “*considerato che F. era ben consapevole (oltre che delle condizioni del locale) della rapida e incontrollabile capacità diffusiva delle fiamme in ragione dei mezzi che sarebbero stati adoperati*”, ovvero delle taniche di benzina e di un nebulizzatore finalizzato a dare maggiore velocità alla fiamma.

⁶⁸ Questa la massima ufficiale dalla sentenza Ronci, ripresa in questi termini, come visto, anche dalla Cassazione, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 41462.

⁶⁹ Come a partire dalla pronuncia della Cassazione., sez. IV, 28 settembre 2011, n. 43006.

⁷⁰ Così, da ultimo, Cassazione, sez. III, 5 novembre 2020 n. 1282.

⁷¹ La scelta della parola, soprattutto se scritta, rappresenta, secondo uno dei più grandi pensatori del linguaggio quale Ludwig Wittgenstein, il tramite tra pensiero e realtà. La scelta di una particolare formulazione non è mai casuale: “il pensiero si accorda con la realtà tramite il linguaggio (...) che attribuisce agli enti la loro differenza e, nella differenza, riconosce il senso che ognuno rispettivamente ha e lo ha come differenza di senso dagli altri”. PALMIERI (1997), p. 78.

⁷² Il riferimento è al tema del “problema culturale della colpa”, di cui tratta diffusamente Donini in *Prassi e cultura del reato colposo*, op. cit.

5.

Valutazioni conclusive.

L'evoluzione teorica e giurisprudenziale dell'art. 586 c.p., apre a una prospettiva scientifica di indubbio interesse, sia per quanto riguarda la *species* della colpa in attività illecita sia, e in un'ottica più generale, per quanto attiene alla personalizzazione del giudizio colposo. La pronuncia a Sezioni Unite Ronci del 2009, al di là delle criticità rilevate dalla comunità scientifica, ha definitivamente eletto la fattispecie di "morte o lesioni in conseguenza di altro delitto" osservatorio privilegiato per lo studio del giudizio di *soggettivizzazione* della colpa in attività illecita e, forse, anche in attività lecite.

Con riguardo all'ambito illecito, il modello colposo plasmato dalla prassi giurisprudenziale sulla fattispecie sopra citata sembra costituire un *unicum*, poiché l'orientamento dottrinale maggioritario non considera legittimo estendere a fattispecie per certi versi affini, come l'omicidio preterintenzionale, l'utilizzo dei criteri di accertamento della colpa di cui si è detto⁷³. A onor del vero, nell'attività di ricerca si è incontrata qualche sporadica pronuncia "rivoluzionaria" che ha ritenuto esportabili i criteri di *soggettivizzazione* del giudizio colposo anche nell'interpretazione della fattispecie preterintenzionale, sulla base della comune assenza di volontà dell'evento ulteriore.⁷⁴

Non è scopo del presente lavoro indicare i confini, presenti e futuri, della colpa in concreto in attività illecita, ma non si esclude che il lungo percorso ermeneutico che ha coinvolto la fattispecie di cui all'art. 586 c.p. possa fornire dei ponti interpretativi per ostracizzare definitivamente l'ombra del criterio oggettivo nell'attribuzione dell'evento non voluto anche in ipotesi affini di progressioni criminose che eccedono l'intenzione.

Rimane come domanda aperta quale sia la natura dogmatica della colpa in attività illecita. In epilogo a quanto sin ad ora affermato, si può sostenere che la colpa in attività illecita non pare avere gli stessi connotati della colpa in senso classico, costruita sulla violazione di una regola cautelare comportamentale, valutata alla luce di un agente-modello e formalizzata nella parte generale del codice. Dall'*excursus* giurisprudenziale è infatti emersa la presenza di una *colpa speciale*, legata alla divergenza tra il voluto e il realizzato e disciplinata nella parte speciale del codice, la cui esistenza si fonda sulla sola "essenza della colpa" ovvero la prevedibilità del non voluto di carrariana memoria.

Sia dalla regola di giudizio deducibile dall'argomentazione elaborata nella sentenza a Sezioni Unite "Ronci" che dai passaggi argomentativi della giurisprudenza successiva, la colpa in attività illecita risulta sempre consistere nella *prevedibilità* ed *evitabilità* dell'evento come mera *possibilità*, valutata dal giudice *ex ante*, secondo lo schema della prognosi postuma.

Sarebbe quindi preferibile individuare come criterio di imputazione dell'evento una colpa che non deve essere cercata nella violazione di regole cautelari "inconcepibili rispetto ad attività che sono radicalmente illecite", ma che deve essere ricostruita in termini di mera *prevedibilità* ed *evitabilità* dell'evento più grave non voluto, ovvero in termini di una possibile conoscenza di un elemento del fatto. Si tratta perciò di una componente *psicologica* sempre di carattere *normativo* che non si fonda sulla violazione di un *dovere* comportamentale descritto da una regola cautelare, di cui ha senso parlare nel campo del rischio consentito ove il rischio sia ancora contenibile, bensì si fonda su una valutazione prognostica volta a misurare il mero *potere* di evitare l'evento sulla base dell'individuazione di fattori che, se conosciuti dal soggetto

⁷³ Così, da ultimo, Cassazione 23 ottobre 2018, n. 55858, riprendendo plurime pronunce precedenti (tra cui Cassazione 4 aprile 2018 n. 23606 e Cassazione 18 ottobre 2012 n. 791): "nessun parallelo è consentito con l'art. 586 cod. pen. e con la relativa elaborazione giurisprudenziale (...). Secondo una precisa scelta legislativa la violazione del principio del *neminem laedere* si estende fino a coprire gli eventuali sviluppi che l'aggressione alla sfera fisica della vittima possa aver cagionato. (...) In altre parole, è lo stesso legislatore che indica come prevedibile la morte della vittima, quando verso la stessa sia indirizzata l'attività di aggressione fisica dell'agente, nella prospettiva di assicurare una tutela particolarmente avanzata alla vita umana". In dottrina, sul punto, si richiama M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza, una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/18, p. 1607.

⁷⁴ La Cassazione, con la pronuncia del 23 maggio 2018, n. 43221, ha così ritenuto: "si deve precisare che i principi affermati dalla sentenza Ronci, con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 586 c.p., vanno applicati anche nella interpretazione della fattispecie di cui all'art. 584 c.p., in quanto in entrambe le fattispecie è richiesta la non volontà dell'evento morte, conseguenza di un delitto doloso. L'elemento speciale presente nell'art. 584 c.p. - la specifica condotta di percosse o lesioni volontarie - giustifica il diverso, e più grave, trattamento sanzionatorio rispetto a quello previsto dall'art. 586 c.p., ma non una distinta definizione dell'elemento soggettivo con riferimento all'evento morte. In particolare, l'orientamento secondo cui la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. richiederebbe unicamente il dolo di lesioni o percosse, senza altra considerazione in ordine all'evento morte, perché già ritenuto dalla legge sempre prevedibile come conseguenza della condotta di lesioni o percosse (Cass. 18.10.2012, Palazzolo; Cass. 17.5.2012, PG in proc. Perini; Sez. 5, 8.3.2006, Haile, Rv. 234552), finisce per addebitare la responsabilità per l'evento non voluto a prescindere dall'accertamento in concreto di relazione soggettiva con il soggetto agente, invece elemento necessario nella definizione del giudizio di colpevolezza conforme al dettato costituzionale".

agente, fanno presumere la sua possibilità di prevedere ed impedire il verificarsi dello stesso⁷⁵.

Peraltro, se il metodo di accertamento del fatto costituisce il percorso probatorio logicamente corrispondente all'oggetto da accertare, è di tutta evidenza che la prevedibilità "logico-normativa" richiesta dal paradigma colposo è operazione ben diversa dalla ricerca giuridico-penale che opera il giudice in questi casi nel valutare una prevedibilità che necessariamente sta al di fuori dello schema della colpa: si tratta infatti di verificare esclusivamente la possibilità del controllo finalistico da parte dell'agente della maturazione naturalistico-fattuale della condotta illecita posta in essere, senza dover ricorrere alla regola cautelare o alla tipicità soggettiva legata all'agente modello.

La verifica della prevedibilità del potere di impedire l'evento non voluto basata sull'analisi delle circostanze di fatto dal punto di vista dell'autore reale è, inoltre, un criterio certamente idoneo a rispondere al presupposto di personalità della responsabilità penale richiesto dall'art. 27 della Costituzione, ancorché liberato dalla tipicità oggettiva della colpa. Sembra quindi potersi sostenere che i criteri di soggettivizzazione per l'ascrizione dell'evento non voluto, elaborati negli ultimi dieci anni dalla giurisprudenza, orientino efficacemente l'interprete nella ricerca di una soluzione capace di soddisfare "esigenze di prevenzione generale ed efficace tutela dei beni ed esigenze di integrale rispetto del principio di colpevolezza"⁷⁶.

Alla luce di tali riflessioni e dell'analisi giurisprudenziale, non si può concludere se non sostenendo l'opportunità di abbandonare il paradigma unitario della colpa per riconoscere l'esistenza di due "colpe" diverse: una, tradizionale, *in re licita*, fondata sui noti criteri e basata sulla violazione di un *dovere* cautelare, l'altra *in re illecita*, da individuare secondo un metodo di accertamento comunque simile a quello della tipicità soggettiva della colpa ma costruito esclusivamente sul criterio della *prevedibilità in concreto*, ovvero sul *potere* di prevedere ed evitare l'evento ulteriore, che deve, per ragioni di coerenza del sistema, collocarsi al di fuori dell'istituto della colpa intesa nella sua tradizionale, completa tipicità.

Quanto di "straordinario" o "paradossale"⁷⁷ possa avere *questa* prevedibilità in concreto all'interno del dibattito culturale sulla colpa è una tesi ancora da esplorare compiutamente. Tuttavia pare innegabile, dall'analisi dei criteri fattuali di soggettivizzazione elaborati dalla prassi, che se il problema culturale della colpa ordinaria risiede nella sua concezione - meramente - oggettivistica⁷⁸ per cui la sola violazione di una regola cautelare consuma il giudizio di prevedibilità, l'operazione ermeneutica affrontata dalle Sezioni Unite Ronci e ampliata dalla giurisprudenza successiva in termini di concretizzazione - e non presunzione - della prevedibilità dell'evento dà adito ad un possibile paradosso. Il confronto tra l'accertamento della colpa ordinaria, tradizionale, *in re licita*, e la colpa *in re illecita* alla luce della definizione normativa della colpa quale elemento *psicologico* del reato (e non elemento *oggettivo-normativo*) è ormai ineludibile e non si esclude che un'osmosi interpretativa tra le due *colpe* possa suggerire soluzioni prasseologiche maggiormente rispettose del principio di colpevolezza. In questa direzione, allora, i criteri fattuali di soggettivizzazione della prevedibilità in concreto nel campo dell'attività illecita, al momento con specifico riferimento al solo art. 586 c.p., possono offrire un orizzonte culturalmente importante.

Bibliografia

ANGIONI, Francesco (2006): *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, II, (Milano, Giuffrè)

BARTOLI, Roberto (2010): "Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare" in *Diritto Penale e Processo*, 16, 1047-1053.

⁷⁵ Sul giudizio potenziale e non deontico della colpa in attività illecita si esprimono: PAGLIARO (2003), p. 330; PALAZZO (2018), p. 353; PULITANÒ (2011), p. 398; CARMONA (2001), p. 237.

⁷⁶ Così conclude Palazzo, commentando la sentenza Ronci e considerando l'argomento "un discorso ancora da sviluppare". PALAZZO (2018), p. 361.

⁷⁷ Si richiamano i due aggettivi utilizzati da Donini per introdurre la comparazione tra il paradigma colposo ordinario, intriso di cultura oggettivizzante, e il ruolo della prevedibilità nell'accertamento della colpa in concreto. DONINI (2019), p. 16 e 17.

⁷⁸ Così introduce la propria opera DONINI (2019), p.1.

- BASILE, Fabio (2005): *La colpa in attività illecita, un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva* (Milano, Giuffrè)
- BASILE, Fabio (2011a): *Commento all'art. 59*, in *Codice penale commentato*, (a cura di) Marinucci-Dolcini (Milano, Giuffrè)
- BASILE, Fabio (2011b): "L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p." in *Studi in onore del prof. Mario Romano*, vol. II, p. 699-764.
- BETTIOL, Giuseppe (1945):, *Diritto penale*, prima edizione, (Palermo, Priulla)
- BRICOLA, Franco (1965): *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo* (Milano, Giuffrè)
- BRICOLA, Franco (1996): *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge-delega italiano*, in *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale* (a cura di) Cadoppi, (Padova, Cedam)
- BRUSCO, Carlo (2012): "La colpa nelle attività illecite", in *Cassazione Penale*, 3, p.1164-1180.
- CAMAIONI, Salvatore (2012): "Evanescenza del dolo eventuale, incapacienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato", in *Rivista Diritto penale e processo*, 2, p. 508-557.
- CARMONA, Angelo (2001): "Il *versari in re illecita colposo*, Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale", in *Indice Penale*, vol. 4, p. 223-251.
- CARMONA, Angelo (2009): "La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale", in *Cassazione Penale*, p.4585-4602.
- CARRARA, Francesco (1898): *Opuscoli di diritto penale*, III, opera XXXI, Sul caso Fortuito, V ed. (Lucca, Corbetta)
- CANESTRARI, Stefano (1989): *L'illecito penale preterintenzionale* (Padova, Cedam)
- CANESTRARI, Stefano (1999): *Dolo eventuale e colpa cosciente ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose* (Milano, Giuffrè)
- CASTRONUOVO, Donato (2011): "L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, vol. 4, 1594 - 1645.
- CONTENTO, Gaetano (2002): *Limiti della norma e fattispecie non punibili*, in *Scritti*, 1964-2000, a cura di G. Spagnolo (Roma-Bari).
- DI GIOVINE, Ombretta (2003): *Il contributo della vittima nel delitto colposo* (Torino, Giapichelli)
- DOLCINI, Emilio (2000): "Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza" in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 863-882.
- DONINI, Massimo (1993): *Il delitto contravvenzionale. Culpa iuris e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra* (Milano, Giuffrè)
- DONINI, Massimo (2019): "Prassi e cultura del reato colposo, La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1-28.

- GALLO, Ettore (1990): “Delitti aggravati dall’evento e delitti di attentato”, in *Giustizia Italiana*, 4, p. 409- 423.
- GALLO, Marcello (1960): voce *Colpa penale* (dir. vig), in *Enciclopedia del Diritto*, VII (Milano, Giuffrè)
- GIUNTA, Fausto (1993): *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. – La fattispecie*, (Padova, Cedam)
- GROTTO, Marco (2012): *Principio di colpevolezza, rimproverabilità oggettiva e colpa specifica*, (a cura di) E. Dolcini, G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo, F. Sgubbi (Torino, Giappichelli)
- LOMBROSO, Cesare (1897): *L’uomo delinquente*, V ed., (Torino, Giappichelli)
- MANTOVANI, Ferrando (2020): *Diritto Penale, Parte Generale* (Padova, Cedam)
- MANZINI, VINCENZO (1926): *Trattato di diritto penale italiano*. Seconda edizione (Torino, Utet)
- MARINUCCI, Giorgio (1965): *La colpa per inosservanza di leggi* (Milano, Giuffrè)
- MARINUCCI, Giorgio (1971): *Il reato come azione. Critica d’un dogma*, (Milano, Giuffrè)
- MARINUCCI, Giorgio (1991): “Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’“imputazione oggettiva dell’evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pp. 3-39
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, GATTA, Luigi (2020): *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, IX Ed., (Milano, Giuffrè)
- PADOVANI, Tullio, STORTONI, Luigi (2002): *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, (Bologna, Il Mulino)
- PAGLIARO, Antonio (2003): *Principi di diritto penale, Parte generale* (Milano, Giuffrè)
- PALAZZO, Francesco (2018): *Corso di diritto penale, parte generale*, VII Ed. (Giappichelli, Torino)
- PALMIERI, Fulvio (1997):, *Wittgenstein e la grammatica* (Milano, Jaca Book)
- PERINI, Chiara (2008): *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, (Milano, Giuffrè)
- PROSDOCIMI, Salvatore (1988): voce “*Concorso di reati e di pene*”, in *Digesto Penale*,. Vol. II, (Torino)
- PULITANÒ, Domenico (2011): *Diritto penale*, IV ed., (Torino, Giappichelli)
- ROMANO, Mario, (2006): *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, terza ed. rinnovata e ampliata (Milano, Giuffrè)
- ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni (2012): *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. 2, di M. Romano, G. Grasso, T. Padovani (Milano, Giuffrè)
- TESAURO, Alessandro (2009): “Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni Unite optano per la colpa in concreto”, in *Foro Italiano*, 2009, II
- ZAGREBELSKY, Vladimiro:”*Reato continuato e concorso formale di reati*”, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola e Zagrebelsky, seconda edizione, (Torino, Giappichelli).

ZUCCALÀ, Giuseppe (2008): *Nota introduttiva* (artt. 59-70), in Crespi-Forti-Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V edizione, (Padova, Cedam)

ANCORA SU INTELLIGENZA ARTIFICIALE E GIUSTIZIA PENALE
MÁS SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA PENAL
MORE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CRIMINAL JUSTICE

- 114 ***Predictive Policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali***
Predictive Policing: problemas y perspectivas de los sistemas de identificación de potenciales delincuentes
Predictive Policing: Problems and Perspectives of Systems That Identify Potential Offenders
Elisabetta Pietrocarlo

Predictive Policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali

Predictive Policing: *problemas y perspectivas de los sistemas de identificación de potenciales delincuentes*

Predictive Policing: *Problems and Perspectives of Systems That Identify Potential Offenders*

ELISABETTA PIETROCARLO
Dottoressa di ricerca in Diritto e Impresa
epietrocarlo@luiss.it

INTELLIGENZA ARTIFICIALE,
MISURE DI PREVENZIONE,
DIRITTO UE

INTELIGENCIA ARTIFICIAL,
MEDIDAS DE PREVENCIÓN,
DERECHO UE

ARTIFICIAL INTELLIGENCE,
PREVENTIVE MEASURES,
EU LAW

ABSTRACTS

L'articolo analizza l'esperienza americana in materia di *predictive policing*, con particolare riguardo ai *software* che, attraverso un *risk assessment* individuale, identificano i potenziali autori di reati (*person-based systems*). Ricostruito il dibattito scientifico che si è sviluppato sul tema negli Stati Uniti, anche attraverso l'esame di alcuni tentativi di regolamentazione del fenomeno, sarà possibile tracciare un bilancio critico riguardo all'uso di tali strumenti, anche grazie al raffronto con alcune misure di prevenzione personali di competenza del questore previste nel nostro ordinamento. Ciò consentirà, dopo essersi altresì confrontati con i diversi atti rilevanti in tema di polizia predittiva emanati nello scenario eurounitario, di interrogarsi sulle prospettive e sulle condizioni di impiego di simili strumenti nel sistema penale italiano.

El artículo analiza la experiencia estadounidense en el ámbito de *predictive policing*, con especial atención en los programas informáticos que, mediante la evaluación individual del riesgo, identifican a potenciales delincuentes (*person-based systems*). Una vez reconstruido el debate científico que se ha desarrollado sobre el tema en los Estados Unidos, incluyendo el examen de algunos intentos por regular el fenómeno, será posible trazar un balance crítico respecto del uso de tales instrumentos, ejercicio que incorpora la comparación con algunas medidas de prevención personal bajo la jurisdicción del comisario de policía, conforme al ordenamiento italiano. Luego, tras estudiar los principales casos de *predictive policing* en el contexto de la Unión Europea, se cuestionarán las perspectivas y condiciones de utilización de tales instrumentos en el sistema de justicia penal italiano.

The article analyses the U.S. experience on predictive policing, focusing on software that, through individual risk assessment, identifies potential offenders (*person-based systems*). After tracing the scientific debate that has developed on the subject in the United States, also through the review of some attempts to regulate the phenomenon, it will be possible to draw a critical balance about the use of such tools, thanks to the comparison with some personal preventive measures that fall under the competence of the police commissioner (so-called 'questore') provided for in our legal system. This will allow, after examining several relevant acts on predictive policing issued in the European Union scenario, to question the outlook and conditions for the deployment of such tools in the Italian criminal justice system.

SOMMARIO

1. Premessa: inquadramento e origini della polizia predittiva. – 2. Tassonomia e funzionamento dei software: dai place-based systems... – 2.1. ...ai person-based systems. – 2.1.1. L'esperienza di alcuni police departments americani e l'attuale stato dell'arte. – 3. Le criticità dei person-based systems. – 4. Le proposte della dottrina americana. – 5. I tentativi di regolamentazione negli USA: la proposta dell'American Civil Liberties Union e le Local Surveillance Technology Oversight Ordinances. – 5.1. Il Blueprint for an AI Bill of Rights. – 6. Un bilancio sui person-based systems e un raffronto con le misure di prevenzione dell'avviso orale e dell'ammonimento del questore. – 7. Le prospettive di regolamentazione a livello euorunitario: tra hard law e soft law. – 7.1. La c.d. Law Enforcement Directive. – 7.2. La proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. – 7.3. I riflessi sulla predictive policing. – 8. Condizioni e ambiti di applicazione dei person-based systems nell'ordinamento italiano.

1.

Premessa: inquadramento e origini della polizia predittiva.

Il dibattito scientifico sviluppatosi da alcuni anni attorno all'intelligenza artificiale e alle sue possibili applicazioni in campo penale ha portato all'attenzione degli studiosi continentali un fenomeno nuovo e già da tempo diffuso nell'ambito dei *police departments* americani: la c.d. *predictive policing*¹.

Tale termine si riferisce, in linea generale, all'impiego di tecniche analitiche – in particolare, quantitative – che, attraverso l'incrocio di dati, consentono di elaborare previsioni statistiche circa i luoghi di futura commissione di reati (c.d. *crime hot spot*) ovvero i potenziali autori o vittime, orientando le attività di polizia alla prevenzione, più che alla sola repressione del crimine². L'obiettivo ultimo è dunque quello di una riduzione del tasso di criminalità, realizzata attraverso una più razionale allocazione delle risorse e interventi mirati sui soggetti a rischio³; il tutto reso possibile grazie all'analisi dei dati.

La cifra che contraddistingue la polizia predittiva è proprio il mutato paradigma alla base delle strategie di *crime management* che passano dall'essere informate da un approccio esclusivamente reattivo – le forze di polizia intervengono a fronte della notizia circa la realizzazione di un reato ai fini dell'individuazione del relativo autore – a uno di tipo proattivo, secondo cui l'intervento della polizia precede – e prescinde da(1) – l'attività criminale, al fine di prevenirla⁴.

Come si diceva, la riflessione scientifica sulla *predictive policing* si è sviluppata a seguito dei progressi compiuti negli ultimi anni sul terreno dell'intelligenza artificiale⁵. L'implementazione del *machine learning* insieme all'avvento dei *big data*⁶ hanno fornito nuova linfa alle potenzialità degli strumenti in questione, i quali possono oggi avvalersi di algoritmi dalle straordinarie capacità di calcolo nonché di un patrimonio informativo di provenienza eterogenea (come banche dati delle forze dell'ordine o acquisite da *databrokers*, i *social networks*, Internet, gli impianti a circuito chiuso)⁷ e di dimensioni davvero rilevanti – tale da non poter essere analizzato dalla mente umana⁸.

¹ V. tra gli studiosi americani FERGUSON (2017); FERGUSON (2017a), pp. 1109 ss.; FERGUSON (2018), pp. 503 ss.; JOH (2018), pp. 1139 ss.; JOH (2017), pp. 287 ss.

² Nel tempo sono state elaborate diverse definizioni della *predictive policing* che sono riepilogate da MUGARI e OBIOHA (2021), pp. 3 s. V. altresì l'efficace definizione formulata da JOH (2014), p. 42, che considera la polizia predittiva come «the application of computer modeling to historical crime data to predict future criminal activity».

³ PERRY *et al.* (2013), p. 30; BRANTINGHAM (2018), p. 473.

⁴ MUGARI e OBIOHA (2021), p. 1; FERGUSON (2017a), p. 1137, che evidenzia come la polizia americana abbia puntato l'attenzione sulla *predizione* come parte di un più ampio mutamento di strategia verso la *proactive policing*.

⁵ V. BAGARIC *et al.* (2022), p. 108 che sottolineano la capacità dell'intelligenza artificiale «to greatly increase the effectiveness of proactive, or predictive, policing». Occorre tuttavia specificare che se è vero che tutti i sistemi di intelligenza artificiale si basano su algoritmi, non tutti gli algoritmi sfruttano l'intelligenza artificiale: esistono infatti sistemi di polizia predittiva che non si avvalgono di algoritmi ad apprendimento automatico ma di meri *rule-based algorithms*, i quali rimangono ancorati (o, potremmo dire, 'costretti') alle istruzioni dell'essere umano.

⁶ Secondo PARLAMENTO EUROPEO (2017), «big data refers to the collection, analysis and the recurring accumulation of large amounts of data, including personal data, from a variety of sources, which are subject to automatic processing by computer algorithms and advanced data-processing techniques using both stored and streamed data in order to generate certain correlations, trends and patterns (big data analytics)». Per un inquadramento del fenomeno v., tra i molti autori italiani, DI PORTO (2016), pp. 5 ss.; OTTOLIA (2018); ZENO-ZENCOVICH (2018), pp. 32 ss.

⁷ Non a caso le strategie di polizia predittiva sono definite come «the use of data and analytics to predict crime»: v. SELBST (2017), p. 114; v. inoltre HUNG e YEN (2021), p. 165 ove si rileva che, mentre l'uso della statistica nelle attività di *law enforcement* non è una novità, sono le nuove tecnologie che sfruttano i *big data* ad aver avviato un cambiamento dei connotati di tali attività.

⁸ Mettono in evidenza tali aspetti EGBERT e LEESE (2021), pp. 20 s.

Tuttavia, come è stato osservato, le origini della *predictive policing* risalgono indietro nel tempo e, segnatamente, all'inizio degli anni Novanta allorché fece ingresso nei *police departments* americani la prima *data-driven technologies* per l'analisi statistica dei reati, oggetto poi di ulteriore sviluppo⁹. La ragione della capillare diffusione di simili tecniche analitiche¹⁰ va individuata nella esigenza sempre più avvertita di ricorrere a metodi di valutazione obiettivi, verificabili e, dunque, maggiormente affidabili della sola *human intuition*¹¹. L'elemento qualificante di questo nuovo approccio risiederebbe¹² altresì nel rendere le scelte degli agenti di polizia trasparenti e controllabili, contrastando pratiche discriminatorie intenzionali o, comunque, attenuando i pregiudizi inconsci che, almeno in quei sistemi, sovente si annidano nel loro operato¹³. Ciò, peraltro, ha favorito un atteggiamento di – quantomeno iniziale – accettazione implicita e di fiducia rispetto all'impiego di simili strumenti¹⁴ che, rispetto allo stato delle cose, erano visti come una valida opportunità di cambiamento.

L'obiettivo del presente lavoro è innanzi tutto quello di illustrare le modalità di funzionamento e le caratteristiche dei *software* in questione, esaminando l'esperienza statunitense, 'terra madre' della *predictive policing* e soffermandosi su quelle registratesi di recente in Italia.

Conceneremo poi la nostra attenzione sulle criticità, segnalate dalla prassi americana, proprie dei sistemi fondati su *risk assessment* individuali. Sono questi ultimi a presentare i più spiccati profili di problematicità sia perché conducono alla identificazione di determinati individui sia, in primo luogo, per i riflessi che la valutazione prognostica sulla pericolosità determina sul piano del trattamento sanzionatorio¹⁵.

Chiuderemo con l'analisi critica dell'intenso dibattito scientifico americano, culminato con isolati tentativi di disciplina del fenomeno, per poi volgere lo sguardo all'oramai frastagliato orizzonte normativo eurounitario¹⁶.

Confidiamo così di disporre delle coordinate per interrogarci sulle future prospettive di regolazione della *predictive policing*, alla ricerca delle relative condizioni di compatibilità con i principi della materia penale e con i diritti fondamentali dell'individuo.

Iniziamo dunque a introdurre il lettore nell'universo degli strumenti di polizia predittiva, analizzandone tipologia e modalità di funzionamento.

2. *Tassonomia e funzionamento dei software: dai place-based systems...*

Il termine *predictive policing* si presta a ricomprendere diverse tipologie di *software* che, al netto delle rispettive peculiarità, seguono il medesimo processo, articolato in tre fasi: 1) l'in-

⁹ Il riferimento è alla creazione, da parte del commissario di polizia William Bratton, di *CompStat* (*computer statistics*): al riguardo, anche per una ricostruzione delle origini della polizia predittiva, JOH (2014), pp. 43 s.; EGBERT e LEESE (2021), p. 25; FERGUSON (2017), p. 29.

¹⁰ Lo stesso può dirsi con riferimento all'impiego di *risk assessment tools* nella fase cautelare per calcolare il rischio che l'imputato sia nuovamente arrestato prima del processo ovvero ometta di comparire, nonché in sede di commisurazione della pena per la valutazione del tasso di recidiva. Sul tema, v. per tutti QUATTROCOLO (2020), pp. 131 ss.

¹¹ Si intende la valutazione rimessa alla discrezionalità del singolo agente.

¹² SELBST (2017), p. 120. L'uso del condizionale è d'obbligo in quanto, a dispetto delle intenzioni, una delle principali critiche riscontrate nella prassi riguarda proprio la potenzialità discriminatoria degli strumenti in questione (v. *infra* § 3). Lo stesso Autore rileva criticamente come «at the moment, such a promise amounts to little more than a useful sales tactic». In senso analogo, v. ISAAC (2018), pp. 543 s.

¹³ Invero, di fatto, il crescente ricorso alle prime tecnologie basate sull'analisi dei dati nonché, più di recente, a quelle maggiormente avanzate è originato proprio dalla necessità di far fronte a circostanze ambientali negative di varia natura, quali l'emersione, in alcuni dipartimenti di polizia, di fenomeni corruttivi e situazioni di conflitto con la comunità locale, sfociate spesso in proteste e aspri scontri. È noto, infatti, come nell'intero territorio americano si siano sviluppate, a partire dalla metà dello scorso decennio, serrate proteste contro la polizia a fronte dell'uccisione di diverse persone di colore, animando così il dibattito sulla necessità di una complessiva riforma del sistema, al fine di sradicare le pratiche discriminatorie perpetrate nei confronti degli afroamericani e, al contempo, di placare il sentimento ostile dei cittadini verso le forze dell'ordine. Per una ricognizione dell'ampio dibattito al riguardo, v. FERGUSON (2017), pp. 21 ss.; v. altresì CASTETS-RENARD (2022), p. 95.

¹⁴ FERGUSON (2021), pp. 214 ss.

¹⁵ Da qui si giustifica, a nostro avviso, l'interesse, anche degli studiosi del diritto penale, per la polizia predittiva, sebbene si collochi in un terreno antistante a quello della giustizia penale in senso stretto, ovvero sia nelle strategie di prevenzione della criminalità. Invero, la maggior parte degli studi su intelligenza artificiale e sistema penale ricomprende tra i campi di indagine la polizia predittiva: cfr., tra gli altri che saranno citati nel prosieguo, SEVERINO (2022), pp. 92 ss.; SEVERINO (2020), pp. 536 ss.; MANES (2020), pp. 6 s.; BASILE (2019), pp. 8 ss.; CONTISSA *et al.* (2019), pp. 620 ss. *Contra* QUATTROCOLO (2020), p. 40, secondo cui la polizia predittiva è radicata nella criminologia e nella sociologia, piuttosto che nel diritto penale.

¹⁶ Questa parte dell'indagine sarà alimentata anche dall'analisi di documenti emanati da importanti istituzioni sul versante eurounitario, della normativa in tema di *data protection* nonché della proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale adottata dalla Commissione europea nell'aprile 2021 (ora in fase di approvazione).

serimento di dati (di una o più tipologie) nel sistema; 2) l'analisi dei dati inseriti attraverso un metodo algoritmico al fine di elaborare la specifica previsione cui il sistema è finalizzato; 3) l'uso di tale previsione da parte degli agenti di polizia per informare le decisioni strategiche e tattiche sul campo.

Molteplici sono però le varianti delle possibili applicazioni concrete a seconda del tipo di dati utilizzati ovvero della tecnica algoritmica che si intende impiegare, nonché – soprattutto – del tipo di 'predizione' che si vuole ottenere.

Sotto quest'ultimo profilo si è soliti distinguere¹⁷ tra sistemi *place-based* e *person-based*: i primi elaborano una previsione basata sulla individuazione delle aree urbane (*crime hot spot*) ove saranno commessi reati, mentre i secondi forniscono una previsione di rischio individuale, identificando coloro che potrebbero commettere reati ovvero diventarne vittime. In quest'ultimo ambito, viene poi da taluni individuato un sottogruppo di *software* denominati *suspect-based*¹⁸, i quali delineano il profilo del possibile autore di un determinato reato o, più spesso, di una serialità criminale.

Iniziamo con l'esaminare i *place-based systems*, gli strumenti utilizzati per primi e tuttora più diffusi.

Il loro scopo è di identificare le aree geografiche nelle quali, in un determinato arco temporale, è altamente probabile che si verifichino reati, così da impiegare le forze dell'ordine nelle aree suddette a fini preventivi ovvero per arrestare in flagranza l'autore del reato¹⁹ – sul presupposto che una maggiore presenza della polizia nelle aree a rischio dissuada gli autori dal commettere reati²⁰.

L'idea di fondo alla base dell'implementazione degli strumenti *place-based* è che alcune tipologie di reati tendono ad avere un effetto domino nelle aree limitrofe e, dunque, a essere seguiti da altrettanti reati della stessa specie²¹; ciò in quanto, alternativamente, lo stesso autore torna nel medesimo luogo in cui ha realizzato una condotta criminosa per commettere nuovi reati ovvero sussistono condizioni ambientali che alimentano la criminalità (come l'assenza di forze di polizia nell'area di riferimento). Si tratta del c.d. *near repeat effect* che ad oggi ispira larga parte dei sistemi di *predictive policing* di cui ci stiamo occupando e che, oltre ad avere trovato conferma sul piano empirico con particolare riferimento ai *property crime*, ha un suo fondamento teorico nelle *theories* della *rational choice* e della *routine activity*²².

La prima si basa sull'assunto che i criminali agiscano in modo intrinsecamente razionale. In sostanza, un ladro professionista, immaginato come un *optimal forager* che esplora attentamente un quartiere per identificare obiettivi di interesse e valutare potenziali pericoli, è probabile si attenga a una formula d'azione, rivelatasi di successo, già collaudata e commetta altri reati nel medesimo contesto ambientale e a una distanza di tempo ravvicinata, così da massimizzare il patrimonio conoscitivo acquisito e minimizzare i rischi²³.

Secondo la teoria della *routine activity*²⁴, invece, la realizzazione di un reato sarebbe ricon-

¹⁷ Segnaliamo che, alla luce della eterogeneità delle applicazioni di *predictive policing* esistenti, nella letteratura sull'argomento sono state proposte diverse e più specifiche tassonomie, che, a ben vedere, non sono poi così distanti tra loro, dal momento che le categorie di *tools* si rivelano tutto sommato corrispondenti nella sostanza. Pertanto, le applicazioni della polizia predittiva possono essere principalmente distinte a seconda che abbiano riguardo al *luogo* ovvero all'*individuo*. Per una panoramica generale, v. MUGARI e OBIOMA (2021), pp. 5 s. Per una ripartizione basata sul tipo di previsione fornita dall'algoritmo, v. PERRY *et al.* (2013), p. 36: 1) *methods for predicting crimes*, volti cioè a individuare i luoghi e gli orari a maggiore rischio di criminalità; 2) *methods for predicting offenders*, che identificano i potenziali criminali attraverso un *risk assessment* individuale; 3) *methods for predicting perpetrators' identities*, ossia tecniche di profilazione che abbinano i probabili autori di reato con specifici crimini passati; 4) *methods for predicting victims of crimes*, i quali identificano i gruppi o gli individui vittime di reato. V. altresì BACHNER (2013), pp. 86 ss. per una suddivisione basata sull'oggetto dell'analisi: i) *space analysis*; ii) *time and space analysis*; iii) *social network analysis*. Quanto alle prime due classi, si specifica che l'analisi dello spazio è più mirata all'identificazione degli *hot spots*, mentre quella degli orari è incentrata sull'individuazione dei luoghi in cui è probabile che si verifichino reati sulla base dei precedenti episodi di criminalità; può però concludersi che entrambe le categorie abbiano riguardo principalmente al luogo. La categoria sub iii) è invece volta all'analisi delle reti relazionali per identificare soggetti a rischio. V. ancora la autorevole classificazione di FERGUSON (2017a), *passim.*, che rispecchia il percorso evolutivo dei sistemi in questione e si articola in tre diverse categorie, basandosi sul *target*: a) *Predictive Policing 1.0 (targeting places of property crime)*; b) *Predictive Policing 2.0 (targeting places of violent crime)*; c) *Predictive Policing 3.0 (targeting persons involved in criminal activity)*. I primi due gruppi sono orientati all'individuazione di luoghi sospetti, variando solo per il tipo di reato in rilievo, mentre l'ultimo si focalizza sull'identificazione di soggetti coinvolti in attività criminale, senza distinguere a seconda che si tratti di autori o vittime di reati.

¹⁸ Questa ulteriore specificazione è ripresa da SELBST (2017), pp. 139 s.

¹⁹ FERGUSON (2017), p. 63; EGBERT e LEESE (2021), p. 31.

²⁰ FERGUSON (2020), p. 494.

²¹ FERGUSON (2017a), p. 1128.

²² FERGUSON (2017a), pp. 1128 s.

²³ EGBERT e LEESE (2021), p. 31.

²⁴ FERGUSON (2017a), p. 1129.

ducibile, nonché facilitata, da una serie di fattori, tra cui la presenza di un autore motivato, la disponibilità di un ‘bersaglio adatto’ e l’assenza di adeguate misure di protezione a sua tutela. Ben si comprende allora come l’idea di rafforzare i controlli di polizia in un determinato luogo e in un certo orario possa effettivamente avere un effetto deterrente.

Su queste basi, alcuni ricercatori dell’UCLA hanno iniziato a interrogarsi sulla possibilità di prevedere la realizzazione di alcuni *property crime* – *burglary*, *automobile theft* e *theft from automobiles*²⁵ – attraverso il ricorso a un algoritmo originariamente sviluppato per misurare le scosse sismiche di assestamento dei terremoti. All’esito dello studio, si è pervenuti alla conclusione che i due fenomeni – terremoti, da un lato, e criminalità, dall’altro – seguono schemi simili. Questi i termini del parallelismo: al pari del sisma, la verifica di un reato in un determinato luogo (epicentro) viene generalmente seguita da ulteriori eventi criminosi nelle zone contigue (potremmo dire, da scosse di assestamento); e la spiegazione di una simile propagazione può essere fatta risalire alle teorie sopra richiamate.

Così, si è dato vita a un progetto con il dipartimento di polizia di Los Angeles che ha condotto alla nascita di *PredPol*²⁶, un algoritmo predittivo basato sul *near repeat effect* e operante attraverso un processo articolato in due fasi. In primo luogo, si analizzano i dati relativi ai reati realizzati in passato – con riferimento a tre variabili: tipologia, ora e luogo di commissione – per identificare *patterns* (cioè corrispondenze) tra i precedenti comportamenti criminali. In una seconda fase, il sistema individua le probabili zone di attività criminale, ciascuna di una grandezza pari a 500 metri quadrati per 500, sulla base del verificarsi di criteri ‘scatenanti’. Il tutto viene poi messo a disposizione degli agenti di polizia sul territorio attraverso mappe in formato digitale, in cui le aree evidenziate corrispondono a quelle verso cui indirizzare le attività di *patrolling*²⁷.

Come detto, questa primaria versione di *predictive policing* è confinata – non a caso – all’elaborazione di previsioni relative a specifiche tipologie di *property crime*.

La ragione è legata alla loro relativa diffusione, e dunque all’allarme sociale generato, alla propensione alla denuncia e al loro legame con condizioni ‘ambientali’ che ben possono essere affrontate attraverso una presenza mirata delle forze di polizia²⁸.

Le statistiche sull’effettivo impatto dei primi esemplari di polizia predittiva sulla riduzione del tasso di criminalità sono discordanti²⁹ e non pienamente attendibili, in quanto perlopiù provenienti dalle stesse aziende produttrici. Peraltro, uno dei pochi studi indipendenti non ha registrato miglioramenti statisticamente significativi nella riduzione della criminalità rispetto ai distretti che impiegavano le tecniche convenzionali di mappatura degli *hot spots*³⁰. Ciononostante, il fenomeno ha avuto inizialmente una vasta diffusione.

Una prima evoluzione dei *place-based systems* ha riguardato l’estensione delle tipologie di reati oggetto della predizione algoritmica, estesi ai *violent crime*³¹ (conflitti a fuoco, episodi di violenza connessa alla attività delle *gang*, etc.).

Al contempo, è stata sviluppata una nuova tecnica di analisi alla base del funzionamento dei *software* di *predictive policing*, non più fondata sul *near repeat effect*. Il riferimento è al *Risk Terrain Modeling* (RTM)³², elaborato dai ricercatori del *Rutgers Center for Public Security* e utilizzato con successo in relazione ad alcuni crimini violenti. Esso si caratterizza per il fatto di ricercare gli *environmental crime drivers*, cioè quei fattori, quelle vulnerabilità ambientali che incentivano la commissione di reati in determinate aree urbane³³. In altri termini, il modello

²⁵ Si tratta, rispettivamente, di furto con scasso, furto d’auto e furto di oggetti dall’automobile.

²⁶ Oggi il *software* ha preso il nome di ‘Geolitica’; per ulteriori riferimenti in merito a *PredPol* si rinvia a FERGUSON (2020), pp. 494 ss.; BRANTINGHAM (2018), pp. 473 ss.

²⁷ FERGUSON (2020), p. 494, che osserva come *PredPol* si atteggi ad autentico *patrol management system*.

²⁸ V. su questi aspetti richiamati FERGUSON (2017a), pp. 1126 s.

²⁹ Secondo le rilevazioni risalenti ai primi sei mesi di utilizzo di *PredPol* nella città di Los Angeles, si è assistito un calo del 25% dei furti con scasso. A Santa Cruz (California), i *property crime* sono diminuiti tra il 4% e l’11%, mentre ad Alhambra (California), dopo un anno di utilizzo della tecnologia, i furti nelle automobili sono diminuiti del 21% e i furti di auto dell’8%. Risultati simili si sono registrati anche in Pennsylvania nelle città di Seattle, Atlanta, e Reading. Tuttavia, è stato osservato che il campione è in realtà imperfetto, poiché all’epoca si era registrata una generale diminuzione del tasso di criminalità nell’intero Paese. Peraltro, secondo studi successivi, alcune città, tra cui Los Angeles, hanno mostrato un’impennata della criminalità dopo le diminuzioni iniziali, v. sul punto FERGUSON (2017a), p. 1130.

³⁰ V. lo studio di HUNT *et al.* (2014).

³¹ FERGUSON (2017a), p. 1132.

³² V. per tutti CAPLAN e KENNEDY (2016). Ulteriori informazioni sono reperibili sul sito ufficiale (www.riskterrainmodeling.com).

³³ In questa logica, ad esempio, le grandi folle che si radunano in determinati luoghi rappresenterebbero un maggior rischio di borseggio, mentre il traffico congestionato nelle ore di punta renderebbe più difficile una rapida fuga, indicando un minore rischio di furto. Al riguardo, v. FERGUSON (2020), p. 500.

RTM considera la realtà fisica di una città come un terreno di rischi interconnessi: se pertanto, in una determinata zona, il sistema registra la presenza di più *risk factors*, ciò sarà indicativo di una significativa probabilità di verifica di reati in tale area. In questa prospettiva, le organizzazioni di polizia dovrebbero essere ripensate come ‘agenzie di gestione del rischio’³⁴ che analizzano, valutano e pongono rimedio alle menzionate vulnerabilità ambientali.

La differenza rispetto alle applicazioni di polizia predittiva prima esaminate risiede nel fatto che il modello non deve essere limitato a *dataset* predefiniti (come, ad esempio, i dati storici sui reati a disposizione della polizia), potendo includere quasi tutte le fonti di dati ipotizzabili, purché logicamente collegate al verificarsi di un reato³⁵; naturalmente, a una più ampia varietà di dati considerati corrisponderà una maggiore accuratezza dell’analisi.

In questo caso le statistiche³⁶ sembrano dare ragione all’impiego di questo modello, atteso che, nei territori delle diverse città che lo hanno adottato, si è registrata una riduzione significativa del tasso di criminalità non solo a breve ma anche a lungo termine.

Non resta infine che soffermarsi su quella che potrebbe essere definita l’ultima frontiera³⁷, ovvero i sistemi che, in definitiva, combinano i modelli di funzionamento sinora illustrati, considerando, ai fini della predizione, una molteplicità di aspetti quali: «baseline crime rates, near repeat patterns, routine activities theory, socioeconomic factors, seasons, time of month, day of week, time, holidays, sporting events, weather, and other RTM-like factors»³⁸.

Un esempio è *HunchLab*, sviluppato dalla società Azavea, che utilizza un algoritmo basato su tecniche di *machine learning*, il quale apprende autonomamente sulla base dei dati che elabora, consentendo così al *software* «to ‘think’ like a crime analyst by imitating years of experience drawn from a police department’s own data»³⁹. In particolare, il sistema analizza dapprima i dati storici relativi ai reati e successivamente aggiunge le altre tipologie di *non-crime datasets* legati a fattori sociali, economici o addirittura meteorologici. All’esito di tale processo, il *tool* fornisce non solo una previsione delle aree urbane più a rischio, ma suggerisce altresì alle forze dell’ordine tattiche mirate per gestire tali rischi⁴⁰.

Quanto alla sua incidenza sulla riduzione del tasso di criminalità, sono stati registrati miglioramenti sia nella città di Chicago (Illinois) sia in quella di Philadelphia (Pennsylvania)⁴¹, sebbene non siano mai stati pubblicati risultati ufficiali.

In questo ambito sembra da collocare il *software X-Law*⁴², sviluppato da un (al tempo) ispettore della questura di Napoli, sebbene non arrivi a indicare vere e proprie strategie di intervento agli agenti. Basandosi su un algoritmo ad apprendimento automatico, *X-Law* conduce un’analisi non solo dei dati relativi allo storico dei reati predatori urbani (cioè furti, rapine, etc.) ma anche dei fattori socio-economici, demografici, di eventuali eventi o manifestazioni sportive in programma, al fine di selezionare – mediante raffigurazione in una mappa digitale a disposizione degli agenti – le aree a più alto rischio di commissione dei reati in determinati orari.

2.1. ...ai person-based systems.

I sistemi di maggiore interesse ai nostri fini sono però quelli orientati verso l’identificazio-

³⁴ CAPLAN e KENNEDY (2014). www.riskterrainmodeling.com/uploads/2/6/2/0/26205659/actionplan.pdf

³⁵ In questo senso, v. EGBERT e LEESE (2021), p. 34: «Data could, for example, refer to the infrastructural characteristics and socioeconomic compositions of specific areas, including the likes of income distribution, household size, building stock, highways, metro stations, or nightlife spots».

³⁶ V. la ricerca condotta da CAPLAN *et al.* (2015).

³⁷ MUGARI e OBOHA (2021), p. 6 definiscono *HunchLab* come il *software* di polizia predittiva probabilmente più complicato mentre EGBERT e LEESE (2021), p. 34 come un «cutting-edge method for crime prediction».

³⁸ FERGUSON (2017a), p. 1136.

³⁹ AZAVEA (2015), p. 16.

⁴⁰ FERGUSON (2020), p. 496 specifica che queste tattiche riguardano il modo in cui un agente di polizia dovrebbe interagire con chi lo circonda per combattere un particolare *crime risk*. Ad esempio, prediligere la conversazione piuttosto che arresti, perquisizioni o altre strategie di tipo deterrente.

⁴¹ V. le fonti richiamate da FERGUSON (2020), p. 497; FINGAS (2017); REYES (2013).

⁴² Il *software* è stato peraltro brevettato nell’ottobre 2022. Per maggiori dettagli sul suo funzionamento, v. in dottrina ALGERI (2021), p. 731; BASILE (2019), p. 12. Secondo le dichiarazioni dell’ispettore Elia Lombardo (ideatore di *X-Law*) il 29 dicembre 2018 nel corso di un’intervista televisiva, il sistema contribuì ad abbattere il tasso di criminalità, assestandosi su una percentuale del -22% nella città di Napoli e del -39% in quella di Prato.

ne dei *soggetti* coinvolti in attività criminale⁴³. Essi si basano sull'idea secondo cui soltanto una piccola quota della popolazione è responsabile di episodi di violenza, sicché l'individuazione di tali soggetti e il conseguente intervento mirato nei loro confronti si rivelano essenziali per ridurre il tasso di criminalità (c.d. *focused deterrence*)⁴⁴. Ciò comporta la compilazione di elenchi di persone ritenute 'a rischio' nonché una *social network analysis* (elementi che nella prassi risultano spesso combinati).

Si procede anzitutto alla predisposizione di liste contenenti le generalità di soggetti che, secondo la polizia, commetteranno crimini in futuro o che sono coinvolti in attività criminali in corso, ma non sono ancora stati arrestati⁴⁵. Sistemi di questo tipo possono, a seconda dei casi, basarsi su questionari, utilizzare modelli di valutazione clinico-psichiatrica o analizzare dati aggregati; non è peraltro infrequente nella prassi l'utilizzo congiunto di più tecniche.

Nell'ambito invece della *social network analysis*, si cerca di desumere la pericolosità in base alla rete sociale del soggetto in questione, sul presupposto che il collegamento con parenti, amicizie, frequentazioni abituali, colleghi, etc. che siano stati in passato autori o anche vittime dei reati di cui si tratta rappresenti un incentivo alla commissione futura di analoghi fatti criminosi⁴⁶, sulla falsariga di quanto avviene per le vulnerabilità ambientali di cui si è detto in precedenza⁴⁷.

Un discorso separato meritano invece quei sistemi, per la verità meno diffusi negli Stati Uniti, che elaborano il profilo dell'autore di una serialità criminale. I *suspect-based systems* sono stati classificati, come si anticipava, da alcuni studiosi statunitensi come una sottocategoria di quelli *person-based*⁴⁸; tuttavia, essi non utilizzano le tecniche appena menzionate e, quindi, non danno luogo a un *risk assessment* individuale. Si tratta piuttosto di *software* che, sulla base di un'analisi dei dati relativi a reati passati di carattere seriale (come, ad esempio, le rapine), tentano di individuare *patterns*, cioè corrispondenze sulla cui base individuare un *crime linking* e delineare il profilo – anonimo – del possibile autore. Questa fase 'diagnostica' – che, già di per sé, può essere utile ai fini della risoluzione di crimini già consumati – è altresì funzionale a quella propriamente 'predittiva', nel senso che, in virtù delle risultanze ottenute, è possibile prevedere la realizzazione, da parte dello stesso soggetto, di reati futuri.

Un virtuoso esempio di questo approccio è riscontrabile nell'esperienza italiana. Ci riferiamo al *software KeyCrime*⁴⁹, ideato da un esponente della Questura di Milano e poi ulteriormente sviluppato grazie all'impiego dell'intelligenza artificiale e del *machine learning*, che si basa proprio sull'analisi di tutte le informazioni, anche le più dettagliate, ricavabili dai reati seriali già realizzati – circostanze di luogo e di tempo, abbigliamento e gestualità del colpevole, testimonianze dei presenti, etc. – per rilevare elementi in grado di tracciare un 'profilo' del *perpetrator* e di predire le sue successive mosse.

⁴³ V. al riguardo HUNG e YEN (2021), p. 165 che definiscono la tipologia di *software* in questione come la «most controversial, as it singles out individual names and faces».

⁴⁴ In argomento, v. FERGUSON (2017), pp. 35 ss.

⁴⁵ TUCEK (2018), p. 430.

⁴⁶ EGBERT e LEESE (2021), p. 29; FERGUSON (2017a), pp. 1137 s., che rileva come l'esperienza maturata rispetto alle reti terroristiche internazionali insegna che la mappatura di associazioni, connessioni di ogni genere, etc. consenta di identificare importanti *patterns* nella criminalità. Ciò peraltro è assai agevole nella prassi grazie a Internet e ai *social media*.

⁴⁷ V. *supra* § 2.

⁴⁸ SELBST (2017), p. 139.

⁴⁹ Informazioni sul *modus operandi* di *KeyCrime* – oggi di proprietà di una società privata di cui è presidente l'ex ispettore Mario Venturi, suo ideatore originario – sono disponibili sul relativo sito web *keycrime.com*. In dottrina, v. ALGERI (2021), pp. 731 s.; BASILE (2019), p. 12; BONFANTI (2018), p. 3; PADUA (2021), p. 1492; PARODI e SELLAROLI (2019), pp. 56 s. Peraltro, proprio sulla base di questo *tool*, il Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno ha dato vita al progetto *Giove*, un sistema di elaborazione e analisi automatizzata, che segue il medesimo *modus operandi*. Nell'attesa che la polizia predisponga il 'documento di valutazione dell'impatto', da sottoporre al Garante della privacy, è stata presentata una interrogazione parlamentare con la richiesta di chiarire diverse questioni preliminari all'eventuale messa in uso del sistema, anche alla luce del dibattito che si sta sviluppando in sede eurounitaria. V. l'estratto del [resoconto della seduta del Senato del 13 giugno 2023](https://www.senato.it) (consultabile sul sito web www.senato.it), ove si chiede di chiarire: «a) quali interventi intenda mettere in atto per introdurre il sistema *Giove* in Italia, se esistano altri *software* di questo tipo già in uso o dei quali si prospetta l'utilizzo; b) quali aziende siano state coinvolte nella definizione di questa tecnologia, della sua implementazione e del suo sviluppo; c) quale sia lo stato dell'arte della interlocuzione con il Garante per la protezione dei dati personali in ordine a una valutazione di impatto che l'introduzione di questo sistema comporterebbe; c) quale tipo di dati e quali *batch* si intenda utilizzare per andare a comporre la memoria operativa del sistema; d) che livello di individuazione sia possibile e ottenibile senza violare la privacy dei soggetti; e) quali siano gli effetti anche sull'urbanistica delle città alla prova di una capacità così penetrante e intrusiva di profilazione delle persone e dei comportamenti, alla luce di un dibattito europeo ed internazionale molto negativo verso l'utilizzo di simili tecnologie così invasive e lesive dei diritti delle persone e nelle more di una decisione europea che regolerà in maniera cogente il suddetto utilizzo, vietando esplicitamente la possibilità di una "polizia predittiva"».

2.1.1. *L'esperienza di alcuni police departments americani e l'attuale stato dell'arte.*

Una interessante applicazione di *person-based predictive policing* volta a individuare i potenziali autori di reati è stata implementata a Kansas City (Missouri)⁵⁰ nell'ambito della *Smart Policing Initiative* (SPI), volta a incoraggiare i dipartimenti di polizia locale a utilizzare *data-driven tactics*. In particolare, il procedimento può essere schematizzato in quattro fasi: le prime tre di carattere analitico e l'ultima di stampo 'operativo'.

Si parte da un elenco di *target offenders* che include i sospettati di omicidi, conflitti a fuoco o altre gravi aggressioni; dopodiché – nel secondo segmento – vengono passati in rassegna tutti i contatti formali della polizia con ciascuno di tali soggetti al fine di intercettare i loro *associates* (si pensi, ad esempio, a coloro che sono stati arrestati o fermati con l'*initial offender*). Si procede poi a individuare i soggetti a loro volta collegati a questi ultimi.

Conclusa così la parte analitica del processo, il *team* ottiene un *social network* che comprende tre *layers of offenders*⁵¹: 1) *initial target offenders*, 2) *target offenders' associates*, 3) *associates of the target offenders' associates*. A questo punto, si passa alla fase, per così dire, 'operativa' in cui si prevede che la polizia contatti tali soggetti, informandoli che sono stati identificati «as a cause of violence in the city»⁵².

Ma vi è di più. Gli agenti, da un lato, prospettano loro la possibilità di iniziare un percorso di 'reinserimento sociale' (*those who want help to change will receive it*), attraverso la partecipazione a programmi di *education, job training* ovvero di sostegno nel caso di soggetti affetti da dipendenze; dall'altro lato, gli *officers* effettuano una vera e propria diffida nei confronti dei *predicted offenders*, comunicando che, qualora dovessero tenere una condotta non conforme alla legge, saranno puniti. E nella prassi accade che, laddove commettano un reato, siano poi puniti di gran lunga più severamente in ragione dell'ammonimento ricevuto. Basti qui citare il caso, registratosi nel Western District del Missouri, dell'infrazione di una pena detentiva della durata di ben quindici anni a un soggetto sorpreso con un *bullet* nelle proprie tasche⁵³.

Un sistema analogo è stato adottato sin dal 2013 a Chicago (Illinois): si tratta della *Strategic Subject List* (SSL), meglio nota come *Heat List* e successivamente denominata *Crime and Victimization Risk Model*, la quale rappresenta, secondo alcuni autori⁵⁴, il più importante esempio di *social network analysis*.

Il modello SSL⁵⁵ esamina gli individui con precedenti penali che sono classificati in base alla probabilità di essere coinvolti in episodi di violenza con armi da fuoco connessi alle *gang* o in un omicidio⁵⁶, sia come vittime che come autori di reati, noti come '*Party to Violence*' (PTV). A costoro viene quindi attribuito un *predictive threat score* (che varia da zero a cinquecento).

Il *software* viene generato sulla base di dati relativi al numero di precedenti arresti (in particolare, per *violent crimes* e *unlawful use of a weapon*), di passati coinvolgimenti come vittime in *shootings* o *aggravated battery or assault*⁵⁷ nonché riguardanti l'età di un individuo all'epoca dell'ultimo arresto, l'incremento nel tempo della sua attività criminale⁵⁸ e l'intensità della sua *criminal history*⁵⁹.

Si apre a questo punto una procedura analoga a quella in precedenza descritta, che si con-

⁵⁰ Ne parla approfonditamente FERGUSON (2017a), pp. 1140 s.

⁵¹ Il progetto iniziale di Kansas City ha condotto all'individuazione di un *social network* di centoventi persone.

⁵² FERGUSON (2017a), p. 1141.

⁵³ FERGUSON (2017a), p. 1141, nota n. 198 nonché per un maggiore approfondimento FERGUSON (2016), p. 719. Segnaliamo che, secondo la [legislazione vigente in Missouri](#), la fattispecie in parola ricade nel *class D felony* di *unlawful possession of a firearm*, il quale punisce un soggetto già reso responsabile di un delitto (*felon*) con una pena fino a sette anni di reclusione e \$10.000; tuttavia, laddove si tratti di una persona già condannata per un *dangerous felony*, il fatto integrerà un *class C felony*, punibile con la pena detentiva da tre a dieci anni e con la medesima pena pecuniaria prima indicata (testo consultabile sul sito web [revisor.mo.gov](#)).

⁵⁴ EGBERT e LEESE (2021), p. 29.

⁵⁵ Il funzionamento del sistema è descritto analiticamente da TUCEK (2018), pp. 431 ss. Al riguardo, v. anche FERGUSON (2017a), pp. 1138 ss.; EGBERT e LEESE (2021), pp. 29 s.; MUGARI e OBIOHA (2021), p. 6.

⁵⁶ L'interesse verso queste forme di criminalità non è casuale. V. il *report* di BRAGA *et al.* (2014), p. 1 che, nell'illustrare i nuovi mezzi adottati da diversi dipartimenti di polizia, riporta alcuni dati allarmanti sui numeri degli omicidi connessi a episodi di *gun violence* (pari a undicimila) e sottolinea inoltre come simili fenomeni necessitino di essere contrastati anche per la generale sicurezza della collettività.

⁵⁷ Si tratterebbe, in sostanza, di reati di minacce e percosse aggravate.

⁵⁸ V. CHICAGO POLICE DEPARTMENT (2015) che si riferisce testualmente a '*the degree to which his criminal activities are on the rise*', senza tuttavia fornire ulteriori informazioni sulle relative modalità di calcolo. Si è ipotizzato che si intenda fare riferimento al numero di arresti recenti, nel senso che lo *score* attribuito sarà più elevato rispetto all'ipotesi di episodi più risalenti (v. POSADAS (2017)).

⁵⁹ V. nel dettaglio CHICAGO POLICE DEPARTMENT (2015).

clude con la notifica della *custom notification letter*⁶⁰. Lo *Special Order S10-05* del dipartimento di polizia di Chicago, che delinea la relativa procedura, specifica che quando una persona identificata nella *Heat List* viene arrestata nuovamente, la polizia raccomanderà ai pubblici ministeri di elevare le contestazioni più severe, esorterà la *community advocacy*⁶¹ a opporsi al rilascio su cauzione e si impegnerà in un coordinamento diretto con gli uffici dei pubblici ministeri statali. Merita subito di essere sottolineato il profilo problematico legato all'espressa previsione del coinvolgimento dei *prosecutors*, che saranno pertanto direttamente influenzati dall'inserimento del sospettato nella lista e dal contenuto della *custom notification letter*, ove saranno elencati i fattori noti relativi al sospettato e alla base del suo inserimento nella *Heat List*⁶².

Va infine menzionato *Operation LASER* (acronimo di *Los Angeles Strategic Extraction and Restoration*)⁶³, il quale si caratterizza per il fatto di prevedere al contempo un modello *person-based* e uno *place-based*.

L'idea alla base di questo *software* – come del resto evoca lo stesso nome – è quella di colpire con la precisione di un *laser* i criminali violenti recidivi e i membri delle bande che commettono reati in aree specifiche⁶⁴.

Da un lato, si predispose il *Chronic Offenders Bulletin* che identifica gli individui ad alto rischio mediante un sistema che attribuisce uno *score* sulla base della 'storia criminale' del singolo e di altri fattori di rischio⁶⁵, con l'effetto che sarà intensificata la sorveglianza nei loro confronti. Dall'altro lato, il sistema seleziona le *LASER Zones*, che corrispondono a luoghi particolarmente pericolosi e, dunque, meritevoli di un più intenso controllo da parte delle forze di polizia.

In questa strategia si inseriscono anche incontri con i soggetti individuati sia per un approfondimento investigativo sia al fine di ottenere dati da inserire in una piattaforma investigativa digitale⁶⁶. Così facendo si intendeva raccogliere il maggior numero possibile di dati sui gruppi criminali per futuri interventi di controllo e scopi di indagine, senza considerare i rischi di degenerazione in forme di sorveglianza di massa⁶⁷.

Il ricorso a siffatti strumenti ha conosciuto due diverse stagioni⁶⁸. In una prima fase si è avuta una diffusione notevole della *predictive policing*⁶⁹; tuttavia, ciò è avvenuto in assenza di una regolamentazione e di controlli sul loro funzionamento. In un secondo momento, il dibattito pubblico e scientifico, che si è sviluppato, ha consentito di far emergere il lato oscuro di questi sistemi (e, in particolare, dei *person-based*).

L'effetto è stato quello di un progressivo abbandono dei *software* in diversi dipartimenti di polizia⁷⁰, dovuto, in alcuni casi, all'emanazione, a livello locale, di divieti all'uso di qualsivoglia

⁶⁰ Questa lettera descrive nel dettaglio i precedenti contatti dell'individuo con la 'giustizia penale' (quindi, non solo l'indicazione dei suoi precedenti), offre la possibilità di usufruire dei servizi sociali, ma contiene altresì la prospettazione delle conseguenze cui costui andrà incontro laddove non si astenesse dal delinquere.

⁶¹ In sostanza, si prevede che i *court advocacy volunteers*, oltre a essere avvisati dell'udienza per la cauzione e delle successive, partecipino attivamente per difendere l'interesse della comunità al contrasto alla violenza.

⁶² V. FERGUSON (2016), pp. 717 ss. che non esita a esprimere tutte le sue perplessità al riguardo.

⁶³ V. FERGUSON (2017a), p. 1141 e la ricerca condotta con riguardo all'esperienza del dipartimento di polizia di Los Angeles, da BRAYNE (2017), pp. 977 ss. Questo sistema è stato finanziato, al pari di quello adottato a Kansas City, nell'ambito della *Smart Policing Initiative* nel 2011.

⁶⁴ V. il documento di UCHIDA *et al.* (2012), p. 6, laddove afferma: «The program is analogous to laser surgery, where a trained medical doctor uses modern technology to remove tumors or improve eyesight».

⁶⁵ I fattori riguardano in particolare: l'appartenenza del soggetto a una *gang*; la sottoposizione a *parole* o *probation*; eventuali precedenti arresti per reati commessi con arma da fuoco; la presenza, sulla fedina penale, di *violent crimes*; l'aver avuto *'quality police contact'* nei due anni precedenti. V., anche per ulteriori riferimenti a LASER, FERGUSON (2021), pp. 222 s.

⁶⁶ Tale piattaforma era gestita da una società privata, Palantir, ed era volta a permettere alla polizia di Los Angeles di tenere traccia dei vari modelli di criminalità esistenti in città.

⁶⁷ V. BRAYNE (2020), pp. 37 ss.

⁶⁸ V. JOH (2022), p. 10 che parla in proposito di una «second wave of AI-based systems in policing», collocabile idealmente a partire dal 2020 e contrapposta alla prima, risalente al 2010, in cui si registrava un generale entusiasmo rispetto a tali innovative tecnologie. V. anche SILVERMAN (2023), pp. 12 s.

⁶⁹ Secondo lo studio redatto nell'ambito di Upturn – un'organizzazione che promuove l'equità e la giustizia nella progettazione, nella *governance* e nell'uso della tecnologia – da ROBINSON e KOEPKE (2016), è emerso che, nel 2016, da un'indagine condotta sulle cinquanta maggiori forze di polizia degli Stati Uniti, almeno venti di esse hanno utilizzato un sistema di polizia predittiva e almeno altre undici stavano attivamente valutando le opzioni in tal senso. Si dava altresì atto del fatto che, secondo alcune fonti, centocinquanta o più dipartimenti si stavano muovendo verso questi sistemi con progetti pilota, *test* o nuove implementazioni.

⁷⁰ Per un quadro costantemente aggiornato sulle tecnologie utilizzate (attualmente o in passato, con indicazione del relativo periodo di interesse) dalle forze dell'ordine negli Stati Uniti, v. il *database 'Atlas of Surveillance'* consultabile sul sito web *atlasofsurveillance.org*.

strumento di polizia predittiva⁷¹; in altri – è il caso di Chicago⁷² e Los Angeles⁷³ – ai risultati negativi di *audits* eseguiti.

Invero, all'esito delle verifiche compiute dalla RAND Corporation⁷⁴ sulla *Strategic Subject List*, è emerso anzitutto che il *software* elaborava predizioni di pericolosità individuale carenti sia in punto di efficacia che di accuratezza. Per un verso, il rischio era proiettato su un arco temporale – diciotto mesi – tale per cui risultava compromessa la possibilità di intervenire su situazioni in essere; per altro verso, il *software* prendeva in considerazione un numero così elevato di persone⁷⁵ – con significativi punteggi di rischio – che era di fatto impossibile avviare le procedure di monitoraggio e notifica di cui si è detto.

L'*audit* ha poi rilevato la scarsa qualità dei dati di cui il *software* si alimentava – in particolare, quelli relativi ai precedenti contatti con la polizia, quali gli arresti –, che rischiavano di essere agevolmente influenzati da *bias*, trattandosi di elementi ottenuti dai rapporti redatti al tempo dagli agenti di polizia⁷⁶.

A risultati non dissimili ha condotto l'*audit* dell'*Inspector General* sull'utilizzo di LASER a Los Angeles⁷⁷, che ha evidenziato come il sistema incoraggiasse la polizia a fermare gli individui inseriti nel *Chronic Offenders Bulletin* in assenza però della necessaria copertura costituzionale, in quanto la sola collocazione nella lista non può rappresentare un elemento sufficiente a giustificare il fermo⁷⁸. Inoltre, si criticavano la quasi totale deregolamentazione di LASER, la mancanza di *training protocols* preventivi per testare il suo corretto funzionamento e, non da ultimo, la capacità del sistema di amplificare le già esistenti discriminazioni razziali.

Tuttavia, l'aspetto più preoccupante riguardava il fatto che il meccanismo di attribuzione dello *score* di rischio non teneva spesso conto di una reale corrispondenza tra tasso di pericolosità e precedenti penali del soggetto in questione. Basti considerare che il 44% di coloro che erano inseriti nella lista di cui abbiamo detto aveva subito soltanto un arresto o, addirittura, nessuno⁷⁹.

Anche nella giurisprudenza statunitense hanno iniziato a farsi sentire alcune voci critiche: ci riferiamo alle *concurring opinion* espresse nella decisione, risalente al 15 luglio 2020, della Corte d'appello del *Fourth Circuit* relativa al caso *United States of America v. Billy Curry, Jr.*⁸⁰. Sebbene in questa sede si discutesse di un sistema *place-based*, è interessante riportare le parole del giudice Thacker, secondo cui la polizia predittiva «is no longer the shiny new object it may once have appeared to be, but instead has revealed itself to be tarnished with racial bias». Ed è proprio sui profili discriminatori di simili *software* e sull'esigenza di assicurare la qualità dei dati che si è appuntata l'attenzione: il rischio prospettato è quello di una amplificazione dei pregiudizi razziali.

3. Le criticità dei *person-based systems*.

L'ingresso delle nuove tecnologie predittive nei dipartimenti di polizia prometteva una complessiva razionalizzazione e un generale ammodernamento delle strategie di intervento. In particolare, grazie all'analisi algoritmica e, poi, anche al vasto compendio conoscitivo of-

⁷¹ È il caso di Santa Cruz (California) che, nel 2020, è stata la prima città degli Stati Uniti a porre un *ban* alla *predictive policing*: v. STURGILL (2020). Nella dottrina americana, v. in senso critico JOH (2022), pp. 14 s. che ritiene preferibile affrontare le problematiche poste dall'intelligenza artificiale.

⁷² La *Strategic Subject List* è stata dismessa nel novembre 2019: v. CHARLES (2020). Tuttavia, la polizia di Chicago ha continuato a utilizzare altre tecnologie, come i *place-based systems* e i sistemi di videosorveglianza (per maggiori dettagli sul punto v. FERGUSON (2021), p. 229).

⁷³ LASER è stato abbandonato nel 2020 e, nello stesso anno, è stato risolto il contratto con *PredPol* in ragione di asseriti tagli di budget; tuttavia, gli studiosi ritengono che le reali motivazioni siano l'intensificarsi delle proteste della comunità locale e l'assenza di statistiche in grado di dimostrare un considerevole impatto del *software* in questione sulla riduzione del tasso di criminalità (v. FERGUSON (2021), pp. 226 s.).

⁷⁴ Queste hanno riguardato tutte le tecnologie basate sui *big data* impiegate dalla polizia di Chicago: v. il documento redatto da HOLLYWOOD *et al.* (2019). Riferimenti anche in FERGUSON (2021), pp. 228 s.

⁷⁵ Il calcolo includeva oltre 10.000 persone ad alto rischio e centinaia di migliaia con altri punteggi di rischio.

⁷⁶ Enfatizza questo aspetto FERGUSON (2021), pp. 228 s. Un ulteriore punto critico riguardava il fatto che il sistema, a differenza di altri (es. *HunchLab*), forniva solo un elenco di *targets*, senza alcuna indicazione strategica utile per la riduzione del *crime rate*, la quale dovrebbe rappresentare il principale obiettivo e, al contempo, la fonte di legittimazione dell'impiego di siffatti strumenti.

⁷⁷ V. il [resoconto dell'audit](https://www.lapdpolicecom.lacity.org) consultabile sul sito web www.lapdpolicecom.lacity.org.

⁷⁸ V. FERGUSON (2021), p. 227.

⁷⁹ Ciò accade perché anche coloro che sono stati vittime di determinati reati sono possibili candidati.

⁸⁰ Per il [testo della pronuncia](#) v. il sito web www.ca4.uscourts.gov. Nella dottrina italiana v. LONATI (2022), pp. 308 s.

ferto dai *big data*, si prospettava la possibilità di assicurare maggiore imparzialità all'operato degli agenti nonché di ottenere preziose informazioni sulla cui base orientare la loro attività: interventi mirati sui soggetti a rischio, in tempi estremamente più rapidi del normale, con una conseguente e più efficiente allocazione delle risorse umane. Il tutto avrebbe così dovuto determinare una riduzione del tasso di criminalità nonché un risparmio di costi e di tempo. In altre parole, alla polizia predittiva era sottesa l'idea «to do more with less»⁸¹.

Si è trattato tuttavia di promesse non mantenute⁸², in quanto la realtà della *predictive policing* e, in particolare, dei sistemi volti a individuare i *potential offenders* si è mossa in una direzione ben diversa fino a condurre, in molti casi, alla dismissione dei *software* in questione.

Un primo ordine di problemi riguarda i *dati* che sono forniti all'algoritmo. È stato anzitutto rilevato che in generale nelle fasi di raccolta, selezione e inserimento dei dati nel sistema può interferire un errore che poi naturalmente si rifletterà sulla validità dell'*outcome*⁸³.

Ma soprattutto e, prima ancora, si pone un problema di *qualità* dei dati⁸⁴. È noto infatti come, specie rispetto ai *violent crime* più che ai *property crime* (si pensi ai casi di violenza domestica), esista una consistente 'cifra nera', nel senso che le vittime omettono di denunciarli⁸⁵, sicché alcune predizioni potrebbero risultare falsate. A ciò si aggiunga che molti dei dati su cui, come abbiamo visto, operano i sistemi *person-based*, sono relativi ai contatti avuti dall'individuo con la polizia: si tratta cioè di dati (nello specifico, di rapporti) generati dagli stessi agenti secondo la loro soggettiva percezione. Da qui il rischio che gli *input* forniti al *software* siano viziati a monte da pregiudizi, considerati gli studi volti a evidenziare la presenza, nell'operato della polizia negli Stati Uniti, di un *implicit bias* nei confronti di talune minoranze⁸⁶.

La potenzialità discriminatoria si apprezza altresì sotto il diverso profilo delle stesse modalità di funzionamento dei *tools* algoritmici, in quanto nessuno di essi può essere considerato interamente oggettivo «[since their] basic building blocks [...] necessarily involve *human discretion*»⁸⁷. Peraltro, le caratteristiche tipiche degli algoritmi predittivi basati sul *machine learning* finiscono per amplificare i pregiudizi, dal momento che gli stessi sono in grado di apprendere autonomamente dalle proprie esperienze di calcolo, così distaccandosi dalle istruzioni iniziali impartite dal programmatore.

Inoltre, mentre i sistemi volti all'individuazione di *crime hot spot* di regola sono alimentati con dati relativi a reati passati, informazioni socio-demografiche, etc., i *software* che elaborano un *risk assessment* individuale 'vivono' di dati personali. Ciò evidentemente può comportare frizioni con il fondamentale diritto alla *privacy* che non possono essere trascurate⁸⁸, imponendo, al contrario, l'esigenza di una regolamentazione dei processi di raccolta, analisi, conservazione e cancellazione degli stessi; nondimeno, in ragione della mole di dati processati dall'algoritmo, il rischio che si dia vita a forme di sorveglianza di massa è tutt'altro che remoto⁸⁹.

Un secondo ordine di problemi è legato alla nota opacità dell'algoritmo, ovvero alla non ricostruibilità *ex post* della strada seguita per addivenire a un determinato risultato, sia a causa di ragioni tecniche – si tratta del c.d. *black box problem* dovuto al fatto che gli algoritmi basati sull'intelligenza artificiale, come si diceva poc'anzi, si distaccano dalle istruzioni iniziali per apprendere autonomamente – sia a ragioni prettamente economiche, nel senso che le aziende proprietarie dei *software* oppongono il *trade secret* alle richieste di chiarificazioni sul punto⁹⁰. Non è il caso di sottolineare la rilevanza che, nel settore di nostro interesse, ha per l'individuo il fatto di conoscere i parametri sulla base dei quali è stato classificato *'at risk'*, anche in consi-

⁸¹ FERGUSON (2017), p. 21.

⁸² V. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale*, Considerando C., ove si afferma che «l'uso sempre più frequente dell'IA nel diritto penale si basa, in particolare, sulla promessa che ridurrà determinati tipi di reati e favorirà l'adozione di decisioni più obiettive; [e] che tale promessa non sempre viene mantenuta». Per maggiori dettagli su tale provvedimento, v. *infra* § 7.

⁸³ FERGUSON (2017a), p. 1145.

⁸⁴ Tra gli autori italiani, v. in particolare su questo tema PELUSO (2022), pp. 326 ss.

⁸⁵ V. in questo senso FERGUSON (2017a), p. 1147 ove si evidenzia che secondo il Department of Justice la metà dei reati in cui è coinvolta una vittima non sono denunciati.

⁸⁶ Prende atto di questa realtà FERGUSON (2017a), p. 1148 nonché 1149 ove constata: «Sadly, racial and class-based bias remain a problem of American policing». Sul punto, v. la ricerca di MAYSON (2019), pp. 2218 ss.

⁸⁷ JOH (2014), p. 58 [il corsivo è nostro]; in senso analogo, v. MUGARI e OBIOHA (2021), p. 10.

⁸⁸ V. UBERTIS (2020), pp. 81 s.

⁸⁹ V. JOH (2022), p. 11; BRAYNE (2020), pp. 37 ss. Nella letteratura italiana, v. SEVERINO (2020), p. 539; PEREGO (2020), p. 453, che richiama la *concurring opinion* del giudice Sotomayor, nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *United States v. Jones* del 2012, con cui ha espresso serie preoccupazioni rispetto alle violazioni della *privacy* derivanti dalla raccolta (in quel caso, attraverso sistemi GPS) di enormi quantitativi di dati personali da parte del Governo.

⁹⁰ V. tra i molti JOH (2022), pp. 11 s.; HUNG e YEN (2021), pp. 166 s.

derazione delle conseguenze che ciò comporta.

I rilievi sin qui svolti si riflettono a loro volta sull'affidabilità e sull'accuratezza delle predizioni di pericolosità, che potrebbero rivelarsi errate e, nella peggiore delle ipotesi, qualificare 'a rischio' soggetti che non sono in realtà tali (*false positive*)⁹¹. Ciò peraltro è effettivamente accaduto nell'esperienza applicativa di LASER a Los Angeles, come è stato rilevato dall'*audit* condotto dall'*Inspector General*⁹².

Si rilevano lacune anche sul piano dell'*accountability*, nel senso che i 'bersagli' delle predizioni algoritmiche non sono nelle condizioni di contestare, ai soggetti responsabili, gli effetti lesivi che queste producono a loro danno.

Non deve allora sorprendere che – in virtù delle riscontrate 'debolezze' – i sistemi in questione non abbiano poi, nei fatti, raggiunto l'obiettivo ultimo cui erano diretti, ovvero sia la reale riduzione del livello di criminalità.

Accanto a queste critiche, oramai consolidate, ci sembra emergano ulteriori profili meritevoli di segnalazione.

Un primo aspetto attiene alla considerazione, tra i parametri per selezionare i soggetti a rischio, di coloro che sono *in qualche modo collegati* a individui coinvolti in episodi di violenza. Se si tratta di soggetti che non presentano altri indici significativi di pericolosità, non si comprende davvero la ragione per cui debbano essere destinatari delle conseguenze sopra ricordate – diffide, visite a domicilio degli agenti, rischio di inasprimenti di pena per successivi episodi criminosi, monitoraggio da parte della polizia, etc.

Non mancano peraltro, nella casistica in materia, situazioni in cui anche il collegamento con una vittima di conflitti a fuoco sia determinante per ricadere nella 'lista calda'⁹³. Ciò dimostra quanto sia elevato il rischio di attribuire la 'patente di pericolosità' a soggetti che, a ben vedere, non sono da considerare tali. Se, da un lato, la *social network analysis* può effettivamente disvelare connessioni che si rivelano fruttuose per l'emersione di gruppi criminali o comunque di soggetti meritevoli di particolare controllo da parte delle forze dell'ordine, dall'altro lato, è necessario che essa sia accompagnata da un riscontro circa l'effettiva pericolosità dell'*associate*; e ciò specie quando – si pensi al sistema in dotazione alla polizia di Kansas City – si ammette l'inclusione nel 'circolo' di soggetti che non presentano neppure un legame diretto con il *target offender* ma soltanto con un suo *associate*. O ancora, quando – come nell'esperienza della *Heat List* di Chicago – è sufficiente essere stato *vittima* di un episodio di violenza per 'finire nel mirino' della polizia.

Un secondo profilo critico è rappresentato dai meccanismi di diffida. Abbiamo visto che essa si sostanzia nell'invito ad astenersi dal commettere ulteriori reati, pena la possibilità di incorrere in conseguenze di rilievo, tra cui l'irrogazione di una sanzione più severa in ragione del precedente avvertimento – e, in effetti, la prassi testimonia come tale eventualità si sia poi concretizzata. Inoltre, il destinatario non dispone di mezzi per contestare il proprio inserimento nelle 'liste calde'.

Un ulteriore *punctum dolens* dei *person-based systems*⁹⁴ riguarda la potenziale influenza che la documentazione predisposta dalla polizia all'esito della problematica analisi algoritmica può esercitare sulle determinazioni della pubblica accusa. Ciò deriva dal fatto che, in sistemi come la *Strategic Subject List*, si prevede un coinvolgimento diretto dei pubblici ministeri, non solo perché questi possono partecipare agli incontri con gli individui inseriti nella *Heat List*, ma anche in quanto disporranno della *custom notification letter* contenente, tra l'altro, le risultanze del calcolo algoritmico. E se le criticità degli algoritmi predittivi già destano preoccupazione «when it comes to questions of where to send a patrol car, or even whom to investigate, they matter much more when data directly impacts a prosecutor's decision about individual liber-

⁹¹ V. le interessanti osservazioni di GLESS (2018), pp. 76 ss., secondo cui la polizia predittiva risulta ugualmente problematica anche rispetto ai *true positive*, allorché vengano, ad esempio, arrestati grazie all'ausilio di un *biased software*; in altre parole, si pone l'esigenza di assicurare alla difesa la possibilità di contestare, in sede processuale, l'utilizzo di un simile strumento illegittimo.

⁹² V. *supra* § 2.1.1.

⁹³ V. al riguardo FERGUSON (2016), p. 720 nonché TUCEK (2018), pp. 427 s. che riportano la vicenda di un giovane il cui nominativo era apparso sulla c.d. *Heat List*, elaborata dal dipartimento di polizia di Chicago, in ragione del fatto che un suo amico era stato *vittima* di un conflitto a fuoco. A ciò si aggiungevano sì dei precedenti penali a carico del giovane, ma consistenti in una sola condanna per *misdemeanor* e alcuni arresti minori; eppure, ciò ha fatto sì che costui fosse incluso nell'elenco dei soggetti considerati più inclini alla violenza e che, pertanto, fosse destinatario dei relativi avvertimenti circa le possibili conseguenze di un suo eventuale agire illecito, compresa l'infissione di una pena più severa.

⁹⁴ FERGUSON (2016), p. 719.

ty»⁹⁵.

In definitiva, ci sembra che gli specifici *software* in esame associno alle debolezze intrinseche degli algoritmi (qualità dei dati, opacità, scarsa accuratezza, etc.) gli ulteriori, rilevanti profili critici che ci auguriamo di aver messo in risalto. Vediamo allora, in questo scenario, quali sono state le proposte nel dibattito scientifico statunitense per ovviare (almeno in parte) agli aspetti segnalati.

4. Le proposte della dottrina americana.

Il sentimento nei confronti dell'impiego della polizia predittiva è, come è stato osservato, *duplice*: «while technique-centric enterprises [...] emphasize potential benefits of AI-based PP [predictive policing], rights-centric NGOs cast doubt on possible violations of civic rights»⁹⁶. Del resto, ciò rispecchia la doppia anima di molte tecnologie – tra cui non possono non rientrare anche i *software* di polizia predittiva – la quale, l'esperienza in materia di *cybercrime* insegna, fa sì che siano suscettibili di un *dual-use*⁹⁷, potendo esse prestarsi a essere utilizzate «to achieve good or evil»⁹⁸. Il punto centrale allora diviene il *come* determinati strumenti sono concretamente impiegati.

A fronte delle 'debolezze' emerse dall'incontrollato utilizzo dei *software* di polizia predittiva, gli studiosi statunitensi hanno così iniziato a interrogarsi sulle soluzioni in grado di minimizzare i difetti connaturati a simili strumenti.

Abbiamo in precedenza visto come un problema di primario rilievo attenga ai *dati*, sia sotto il profilo dei possibili errori nelle fasi di raccolta, selezione e inserimento nel sistema, sia in relazione alla loro natura discriminatoria e al relativo impatto sulla *privacy*. Al riguardo, è stato anzitutto sostenuto che un primo, fondamentale passo da compiere è quello di rendere gli agenti di polizia edotti di simili rischi, per interrompere questo atteggiamento di totale affidamento alla *predictive policing*. In altre parole, si ritiene che solo la consapevolezza delle suddette criticità «sets the stage for correcting error, auditing error, and training humans to prevent error»⁹⁹.

Da qui la proposta di campagne di sensibilizzazione, ad opera dei *police administrators*, degli operatori direttamente coinvolti nell'impiego dei *software*, nonché di appositi corsi di formazione da parte delle stesse società progettatrici dei *software*. Queste ultime, infatti, potrebbero avere interesse a 'educare' il personale delle forze dell'ordine che utilizzerà i loro prodotti, nella misura in cui sarà l'esperienza da loro maturata a sviluppare e migliorare ulteriormente le tecnologie predittive¹⁰⁰.

Naturalmente, occorre poi predisporre concrete misure operative per porre rimedio a simili problematiche, quali meccanismi di *audit* per verificare la qualità degli *input* (ad esempio, si potrebbe prescrivere il controllo, da parte di supervisori o analisti, dei rapporti giornalieri sui reati, ovvero *forensics audit* su larga scala del sistema di *reporting*) nonché specifiche regole in tema di raccolta e conservazione di tali dati per preservare la *privacy* dei soggetti sottoposti alle predizioni del *tool*. Si potrebbe inoltre affidare ai *data services* il compito di 'ripulire' i *database* dai dati duplicati o errati; e, soprattutto, gli stessi *software* potrebbero essere progettati per gestire e, di conseguenza, minimizzare gli errori¹⁰¹. Simili misure, peraltro, garantirebbero una maggiore accuratezza delle predizioni elaborate¹⁰² e, in ultima analisi, il raggiungimento dell'obiettivo di riduzione della criminalità.

Con riferimento al problema delle discriminazioni, è stato evidenziato come lo stesso non origini direttamente dall'impiego degli strumenti in esame – sebbene sia indubbio che questi, se non correttamente utilizzati, possano amplificarlo – ma fossero già riscontrabili *bias* nel

⁹⁵ FERGUSON (2016), p. 706.

⁹⁶ Testualmente HUNG e YEN (2021), p. 166.

⁹⁷ Sul tema in questione nel diverso contesto della criminalità informatica, v. nella dottrina italiana il lavoro di SALVADORI (2017), pp. 747 ss.

⁹⁸ V. ancora HUNG e YEN (2021), p. 166 e, in particolare, la nota n. 5.

⁹⁹ Così FERGUSON (2017a), p. 1151.

¹⁰⁰ In tal senso, v. ancora FERGUSON (2017a), p. 1153.

¹⁰¹ V. FERGUSON (2017a), pp. 1151 s.

¹⁰² V. BAGARIC *et al.* (2022), p. 111, i quali affermano che, sebbene l'uso dei sistemi di polizia predittiva rimanga controverso, le limitate risultanze a disposizione attesterebbero che gli stessi sono in grado di elaborare predizioni più efficaci rispetto ai metodi tradizionali.

tradizionale operato della polizia statunitense¹⁰³. Allora, *software* costruiti secondo le modalità indicate potrebbero contribuire a rilevare e contrastare le *malpractices* esistenti¹⁰⁴.

Sotto il diverso e centrale profilo della trasparenza, essa assicura, da un lato, il controllo sul *governmental power*¹⁰⁵ e, dunque, il corretto operato della polizia, nonché, dall'altro, il rispetto dei diritti dell'individuo e, in generale, la fiducia dei consociati negli strumenti in considerazione¹⁰⁶.

È pertanto necessario imporre la piena *disclosure* circa le modalità di funzionamento dei *predictive policing systems*, senza che il segreto industriale possa rappresentare un ostacolo. La posta in gioco è tale che bisogna dare preminenza all'interesse del singolo a conoscere «how an automated process came to a particular decision, whether it might contain errors, and thus provide a possible basis for contestation and appeal»¹⁰⁷.

Per altro verso, occorre spiegare ai consociati le ragioni che militano a favore del ricorso ai *software* di cui si tratta, al contempo coinvolgendoli attivamente nei processi di adozione e di convalida degli stessi¹⁰⁸. Come vedremo, questi aspetti hanno assunto un rilievo centrale nel contesto dei primi tentativi di disciplina della materia registratisi negli Stati Uniti¹⁰⁹.

Un tema diverso, ma connesso a quello della trasparenza, è l'*accountability*¹¹⁰ di tali strumenti, che consiste nell'assicurare ai cittadini la possibilità di ritenere i *decision-makers* responsabili delle proprie azioni. In questo senso, la dottrina americana ha sottolineato che la polizia predittiva parrebbe rispondere perfettamente a una simile esigenza – «can be a force for accountability»¹¹¹ – alla luce della sua natura *data-driven* che consente di rendere pubblici i risultati del relativo utilizzo da parte delle forze dell'ordine, permettendo così alla collettività e al singolo individuo di contestare eventuali comportamenti scorretti.

Infine, un aspetto a nostro avviso fondamentale emerso nel dibattito americano è la centralità del controllo umano: anche in presenza dei migliori strumenti predittivi, rimane il fatto che l'identificazione di luoghi o soggetti 'a rischio' non può *ex se* ridurre la criminalità. Ciò che davvero conta sono le concrete azioni poste in essere a seguito dell'ottenimento dell'*output* predittivo¹¹².

In definitiva, dunque, spetta all'uomo (*rectius*, al singolo agente di polizia) governare la *predictive policing*, non solo nella fase di elaborazione, ma anche in quella di valutazione dei relativi risultati al fine di adottare le opportune iniziative. Si afferma allora, (anche) tra gli studiosi d'oltreoceano, l'idea di assegnare a questi strumenti una funzione di supporto delle strategie investigative al fine di migliorarne l'efficienza e l'efficacia, e giammai quella di sostituire la figura dell'uomo.

L'analisi sin qui svolta ci permette di meglio inquadrare i primi tentativi di disciplina del fenomeno negli Stati Uniti.

5. I tentativi di regolamentazione negli USA: la proposta dell'*American Civil Liberties Union* e le *Local Surveillance Technology Oversight Ordinances*.

Il crescente e incontrollato utilizzo dei *software* di polizia predittiva negli Stati Uniti e, in generale, delle c.d. *surveillance technologies* – si pensi, tra le altre, ai sistemi di riconoscimento facciale – ha generato, come si diceva, forti reazioni nelle comunità locali interessate e, in particolare, nelle minoranze, statisticamente interessate in misura rilevante da tali misure¹¹³,

¹⁰³ V. la nota n. 86.

¹⁰⁴ V. HUNG e YEN (2021), p. 166. Indicazioni in tal senso sono ricavabili altresì da BAGARIC *et al.* (2022), p. 111; JOH (2022), p. 23.

¹⁰⁵ Evidenzia questo aspetto ZARZKY (2013), p. 1533.

¹⁰⁶ JOH (2022), pp. 21 s.

¹⁰⁷ Le suddette affermazioni sono di JOH (2022), pp. 21 s.

¹⁰⁸ V. ancora JOH (2022), p. 22.

¹⁰⁹ V. *infra* § 5.

¹¹⁰ V. FERGUSON (2017a), p. 1168, che la definisce «the ethical obligation of individuals (in this case, governmental officials) to answer for their actions, possible failings, and wrongdoings».

¹¹¹ V. sul punto FERGUSON (2017a), p. 1170.

¹¹² In questo senso, v. per tutti JOH (2022), pp. 26 s.; HUNG e YEN (2021), pp. 169 s.

¹¹³ È esemplificativa l'esperienza di Chicago con la *Heat List* e di Los Angeles con LASER, in cui, rispettivamente, la maggior parte degli individui inseriti nella 'lista calda' erano uomini di colore e quelli selezionati nel sistema californiano erano perlopiù individui di sesso maschile latinoamericani e di colore. V. al riguardo FERGUSON (2021), p. 233.

che hanno tentato di far sentire la propria voce affinché le istituzioni intervenissero per porre rimedio a siffatta situazione.

A fronte del totale immobilismo dei *policy-makers*, l'*American Civil Liberties Union (ACLU)*, un'organizzazione non governativa fondata nel 1920 e deputata alla difesa dei diritti civili, il 21 settembre 2016 ha lanciato, con il supporto di molti *civil rights groups*¹¹⁴, la *Community Control Over Police Surveillance (CCOPS) campaign*¹¹⁵, il cui principale obiettivo è quello di promuovere l'approvazione di una specifica disciplina (c.d. *CCOPS laws*) che garantisca ai residenti locali, attraverso i loro rappresentanti comunali, il potere di decidere se e come le tecnologie di sorveglianza debbano essere utilizzate dalle forze di polizia nella propria area.

A tal fine, è stato elaborato il *CCOPS bill*¹¹⁶, ovvero il modello di ordinanza che i governi locali sono invitati ad adottare per regolare il processo di approvazione di ogni decisione (finanziamento, acquisizione o utilizzo) concernente una *surveillance technology*, al fine di promuovere «transparency, the public's welfare, civil rights, and civil liberties»¹¹⁷.

In termini generali, secondo il modello CCOPS le ordinanze dovrebbero prevedere che un determinato *municipal entity* ottenga la *preapproval* del proprio *city council* (cioè del consiglio comunale o di un altro organo di controllo eletto) prima di richiedere fondi, acquisire, prendere in prestito o utilizzare tali tecnologie.

È interessante notare che, secondo le indicazioni dell'ACLU, tale autorizzazione deve essere successiva a un'audizione pubblica obbligatoria del consiglio comunale, durante la quale ai cittadini, previa apposita notifica, viene offerta «a fair and adequate opportunity to provide online, written and oral testimony»¹¹⁸. È proprio con questa previsione che il *bill* intende assicurare il più ampio coinvolgimento della società civile nelle decisioni concernenti le tecnologie di sorveglianza.

Inoltre, il modello impone di presentare: rapporti sull'impatto della tecnologia di sorveglianza in questione, relative politiche di utilizzo, *audits* annuali, *public hearings and reports*, tutele per i *whistleblowers* e rimedi legali in caso di mancato rispetto delle prescrizioni. Così facendo, si vuole assicurare che i *municipal entity* (nel nostro caso, i *police departments*) valutino nel dettaglio i rischi della tecnologia in esame per la *privacy* e le libertà civili e, al contempo, adottino politiche volte a minimizzarli nonché prevedano processi di controllo¹¹⁹.

Come riportato dall'ACLU, al momento il *CCOPS bill* ha avuto attuazione in ventidue giurisdizioni statunitensi, le quali si sono dotate di una *Local Surveillance Technology Oversight Ordinance*¹²⁰. È interessante notare come, all'esito di un'analisi comparativa¹²¹, siano stati rintracciati alcuni elementi comuni alla gran parte delle ordinanze adottate, pur non mancando tratti di differenziazione, atteso che i *local governments* non hanno riprodotto esattamente le indicazioni contenute nel *CCOPS bill*¹²².

Cerchiamo allora di fare un bilancio, mettendo in risalto la tipologia di ordinanze che ci sembrano meritevoli di candidarsi a modello di riferimento.

Innanzitutto, si riscontra una generale uniformità rispetto alla definizione di *surveillance technology*¹²³ accolta nei diversi provvedimenti esaminati, tra cui rientrano naturalmente, per

¹¹⁴ V. MAASS (2016).

¹¹⁵ Informazioni di dettaglio su tale campagna sono disponibili sul sito web dell'ACLU www.aclu.org. Nella dottrina americana, v. FERGUSON (2021), pp. 250 ss.; JOH (2022), pp. 13 s.

¹¹⁶ Il *CCOPS bill* è consultabile sul sito web www.aclu.org. Inoltre, per semplificare alcuni requisiti del *CCOPS bill* e dunque promuovere il ricorso a queste ordinanze, sono stati elaborati due modelli simili nell'ambito dell'iniziativa *NYU Policing Project: The Authorized Policing Technology (APT) Act* – sostanzialmente sovrapponibile al modello *CCOPS* – e *The Authorized Databases and Policing Technology (ADAPT) Act*, che si indirizza ai *databases*, centrali nel contesto delle tecnologie di sorveglianza, al fine di estendere anche a questi le procedure di *transparency* e *oversight* (v. il sito web www.policingproject.org).

¹¹⁷ Così recita la stessa intestazione del *CCOPS bill*.

¹¹⁸ V. *CCOPS bill*, 1.

¹¹⁹ V. FERGUSON (2021), p. 251, secondo cui, sebbene il modello non lo specifichi, affinché le ordinanze siano operative, sarà essenziale il contributo di esperti in materia di *surveillance technologies* e di *privacy law* per condurre l'analisi dei rischi e redigere rapporti per conto della comunità.

¹²⁰ Per un'analisi di tali ordinanze v. FIDLER (2020), pp. 545 ss.

¹²¹ V. il *white paper* di CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021).

¹²² Pone l'accento su questo aspetto FIDLER (2020), p. 546.

¹²³ Quasi tutte le definizioni includono sia un *tipo* di dispositivo che si qualifica come tecnologia di sorveglianza, sia uno *scopo* per il quale tale dispositivo deve essere utilizzato. Ad esempio, l'ordinanza adottata ad Oakland (California) definisce la tecnologia di sorveglianza come «any software, electronic device, system utilizing an electronic device, or similar, [that is] used, designed, or primarily intended to collect, retain, analyze, process, or share audio, electronic, visual, location, thermal, olfactory, biometric, or similar information associated with, or capable of being associated with, any individual or group». Inoltre, in molti casi, si prevede un elenco di tecnologie specifiche. V. CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), p. 5.

ciò che rileva ai nostri fini, i *software* di *predictive policing*. Si tratta evidentemente di un profilo centrale nella misura in cui esso condiziona la sottoposizione alla disciplina prescritta delle decisioni riguardanti il relativo impiego (o finanziamento, acquisizione, etc.).

Si registrano invece alcune differenze in relazione all'ambito di operatività: alcune ordinanze si applicano a tutti i dipartimenti della giurisdizione, altre ne esentano alcuni dal proprio perimetro applicativo o prevedono regole speciali per le forze dell'ordine¹²⁴, altre ancora coprono solo un dipartimento¹²⁵. Il fatto di escludere o prevedere 'clausole di salvezza' per i *law enforcement departments*, benché si registri nella minoranza dei casi, di fatto vanifica il tentativo di regolare la *predictive policing*, in nome dell'asserita esigenza di preservare le attività investigative. A ciò si associa il fatto che la maggioranza delle *ordinances* contempla una esenzione dal processo di approvazione, in presenza di *'exigent circumstances'*¹²⁶.

Sono poi abbastanza omogenee le previsioni relative ai documenti da presentare a corredo della istanza di approvazione della tecnologia da impiegare, richiedendosi tendenzialmente in tutti i casi l'elaborazione di *policies*, *impact report* e una relazione annuale sulle pratiche e le politiche di sorveglianza¹²⁷. Così come si stabilisce in prevalenza che la disciplina si applichi retroattivamente, cioè anche rispetto a tecnologie di sorveglianza già in uso¹²⁸.

Ad ogni modo, riteniamo che il requisito più importante – e che peraltro è previsto in tutte le ordinanze, eccetto una¹²⁹ – riguardi la costituzione di un *elected oversight body*, composto dai rappresentanti della comunità locale e incaricato di revisionare e approvare i *reports* nonché le *policies* presentate ai sensi dell'ordinanza. Si tratta invero della risposta concreta all'obiettivo che ha dato luogo alla nascita dell'iniziativa *CCOPS* dell'ACLU, ovverosia quello di incentivare la partecipazione dei cittadini alle decisioni sulle tecnologie di sorveglianza che, come abbiamo avuto modo di rilevare, possono avere pesanti riflessi sui diritti dei singoli individui.

Per altro verso, ci pare da valorizzare il coinvolgimento – seppur previsto dalla netta minoranza dei provvedimenti in esame – di un organismo indipendente cui è attribuito un ruolo di primario rilievo nell'ambito del processo di approvazione, essendo deputato a esaminare le *surveillance technologies* e a fornire raccomandazioni sul punto.

In questo senso, è significativa l'esperienza di Oakland (California) – qualificata dagli studiosi americani come un *gold standard*¹³⁰ – ove si è assistito alla istituzione della *Privacy Advisory Commission*¹³¹, dotata di penetranti funzioni di consulenza preventiva rispetto alla approvazione delle tecnologie di sorveglianza. In particolare, si tratta di un organismo composto dai rappresentanti della comunità che offre al *city council* una consulenza tecnica sui rischi per la *privacy* della nuova tecnologia di sorveglianza, prepara relazioni pubbliche annuali sulle *surveillance technologies* esistenti e supervisiona le audizioni pubbliche sull'uso delle stesse da parte del governo¹³².

Infine, è sicuramente apprezzabile il fatto che quasi tutte le ordinanze prevedano meccanismi di *enforcement* – la cui tipologia, a ben vedere, varia in alcuni gruppi di provvedimenti¹³³ – nel caso in cui la procedura di approvazione non sia rispettata, così assicurando l'effettività del complesso sistema.

Ebbene, all'esito di questa panoramica sulle *Local Surveillance Technology Oversight Ordinances*, rimangono perplessità su diversi fronti.

Anzitutto si tratta di una iniziativa che, come è stato evidenziato, non ha avuto un seguito

¹²⁴ È il caso, tra gli altri, dell'ordinanza emanata a Nashville (Tennessee) che esclude dal suo perimetro applicativo le attività di «acquisition or use of surveillance technology by or on behalf of law enforcement that is used on a temporary basis for the purpose of a criminal investigation supported by reasonable suspicion, or pursuant to a lawfully issued search warrant, or under exigent circumstances as defined in case law». V. sul punto CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), p. 7.

¹²⁵ Così l'ordinanza adottata nella città di New York che si applica soltanto al *police department*, v. CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), p. 8.

¹²⁶ Sulle diverse definizioni di *'exigent circumstances'* nelle varie ordinanze e per un approfondimento generale sui casi di esenzione, v. CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), pp. 16 ss.

¹²⁷ Per maggiori dettagli v. CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), pp. 8 ss.

¹²⁸ CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), p. 11.

¹²⁹ Il riferimento è alla città di New York, ove si prevede una mera considerazione dell'opinione del pubblico: «the [police] commissioner shall consider public comments and provide the final surveillance technology impact and use policy to the speaker and the mayor»; V. CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), p. 10.

¹³⁰ FIDLER (2020), p. 548.

¹³¹ V. FERGUSON (2021), p. 253, che la definisce come «one of the more prominent independent community oversight bodies».

¹³² V. FERGUSON (2021), p. 254, il quale evidenzia che, con riguardo alle attività di *law enforcement*, la commissione ha, tra l'altro, elaborato le politiche di utilizzo per i lettori automatici di targhe, i droni senza pilota e altre tecnologie, oltre ad avere contribuito a vietare i *software* di riconoscimento facciale.

¹³³ Ad esempio, il meccanismo più comune è un *privacy right of action*, mentre è più rara l'introduzione di apposite *misdeamors*. V. CHIVUKULA e TAKEMOTO (2021), pp. 13 ss.

assai diffuso, se solo si considera che neppure la metà degli Stati americani ha effettivamente adottato un'ordinanza, sebbene vi siano stati casi in cui erano state avanzate proposte poi respinte o bloccate¹³⁴. Le ragioni sono molteplici¹³⁵, ma sicuramente vi sono resistenze da parte delle stesse forze di polizia a questo tipo di controllo capillare sulle loro scelte strategiche, che sono difficilmente superabili in assenza di una legge statale.

Sotto il diverso profilo dell'efficacia e dell'effettività delle disposizioni concretamente inserite nelle ordinanze, abbiamo rilevato come vi siano 'esenzioni' di carattere soggettivo (la definizione dei *government bodies* coperti dal provvedimento) e oggettivo (le *exigent circumstances* che esonerano dalla procedura di *preapproval*), che potrebbero nei fatti comprometterne l'operatività rispetto alla polizia predittiva.

Siamo ancora lontani, insomma, da quella risposta politica di ampio respiro alle istanze di regolamentazione della *predictive policing*¹³⁶ e, in generale, dell'intelligenza artificiale che, sola, potrebbe rappresentare una valida soluzione alle problematiche che tali strumenti sollevano. Tuttavia, crediamo che, in rapporto alla precedente situazione di completa *deregulation*, la soluzione offerta dall'ACLU e seguita da alcune amministrazioni locali rappresenti un primo, importante passo in avanti. Il processo di autorizzazione descritto, la provenienza delle ordinanze da un ente vicino alle esigenze della comunità interessata, l'effettivo coinvolgimento dei relativi rappresentanti nell'approvazione di ogni strumento e la previsione di meccanismi di *enforcement* per garantire l'efficacia complessiva del sistema sono senza dubbio elementi apprezzabili che possono, inoltre, servire da guida per il futuro sviluppo di una legislazione più estesa.

Al contrario, in assenza di questi primi tentativi di regolazione, due sono gli scenari possibili: il perdurante e incontrollato utilizzo della polizia predittiva, con tutte le problematiche prima evidenziate ovvero l'emanazione, a fronte di rischi legati a contestazioni pubbliche su larga scala, di divieti assoluti rispetto all'impiego di specifiche tecnologie, basati sull'illusione di poter così arginare le pratiche discriminatorie della polizia registratesi negli USA¹³⁷. In realtà, crediamo che un simile approccio di chiusura sottovaluti che le nuove tecnologie in questione – se debitamente regolate – possono offrire l'opportunità di porre un freno a queste pratiche ripensando alle strategie operative dei dipartimenti di polizia¹³⁸.

Questo è il quadro oggi dello stato della specifica regolamentazione in tema di *predictive policing* negli Stati Uniti. Per comprendere tuttavia quale sia nel suo insieme l'orizzonte regolatorio, è necessario indirizzare l'attenzione verso iniziative a più ampio raggio, quale il progetto elaborato di recente dalla Casa Bianca sui principi che devono governare l'intelligenza artificiale, a cui dedicheremo adesso la nostra attenzione.

5.1. II Blueprint for an AI Bill of Rights.

Nell'ottobre 2022, l'*Office of Science and Technology Policy* (OSTP) presso la Casa Bianca¹³⁹ ha pubblicato il *'Blueprint for an AI Bill of Rights. Making Automated Systems Work for the American People'*, un libro bianco che, in maniera non vincolante, fissa alcuni principi per il corretto utilizzo dei sistemi automatizzati di intelligenza artificiale, che dovrebbero servire da guida per il futuro sviluppo di politiche in materia a salvaguardia dei diritti civili.

In particolare, il suo ambito di applicazione riguarda: «(1) automated systems that (2) have the potential to meaningfully impact the American public's rights, opportunities, or access to critical resources or services»¹⁴⁰.

¹³⁴ JOH (2022), p. 14.

¹³⁵ V. ad esempio le riflessioni di FIDLER e LIU (2020).

¹³⁶ V. SILVERMAN (2023), pp. 17 s. che rileva l'assenza di iniziative legislative pendenti; tuttavia, sul diverso piano della *soft law*, riporta un progetto dell'American Law Institute (ALI), dal titolo *Principles of the Law, Policing*, che offre alcune linee guida anche agli agenti di polizia nell'uso dei sistemi algoritmici, indicando il necessario rispetto dei consueti *standard* (in punto di trasparenza, accuratezza, *fairness*, etc.) atti a minimizzare i rischi connessi al loro impiego.

¹³⁷ È critica rispetto all'adozione di *bans* JOH (2022), pp. 14 s.

¹³⁸ Per alcuni significativi dati, v. FERGUSON (2017), pp. 22 ss., che riporta i risultati di una indagine condotta nell'ambito del Dipartimento di Polizia di Ferguson (Missouri), secondo cui tra il 2012 e il 2014 gli afroamericani sono stati coinvolti nell'85% dei fermi di veicoli, nel 90% delle citazioni e nel 93% degli arresti, nonostante rappresentassero solo il 67% della popolazione della città.

¹³⁹ Si tratta di un ufficio, istituito nel 1976, con il compito di fornire al Presidente degli Stati Uniti e al suo *Executive Office* consulenze in diverse materie, tra cui la tecnologia e lo sviluppo nazionale. Per maggiori informazioni, v. il sito ufficiale www.whitehouse.gov.

¹⁴⁰ THE WHITE HOUSE (2022), p. 8. Il documento specifica altresì che per 'automated system' si intende «any system, software, or process

Non si tratta evidentemente di un documento che si presta a disciplinare in modo puntuale la polizia predittiva né avrà un effetto diretto sull'utilizzo di simili *software*, non comportando limitazioni o divieti. Tuttavia, i principi di *soft law* ivi contenuti si riferiscono proprio a tali sistemi, i quali presentano i due presupposti applicativi prima richiamati.

L'idea di fondo che anima il *Blueprint* è quella secondo cui i sistemi automatizzati hanno consentito di raggiungere progressi straordinari nei diversi settori in cui hanno fatto ingresso, però – si legge – «this important progress must not come at the price of civil rights or democratic values»¹⁴¹. Pertanto, il libro bianco individua in primo luogo cinque principi e le *associated practices*, che dovrebbero guidare la progettazione, l'uso e l'impiego di sistemi automatizzati per proteggere i cittadini americani dalle potenzialità lesive dell'intelligenza artificiale; a ciascuno di essi seguono poi *three supplemental sections*, in cui si specificano, rispettivamente, le ragioni per le quali ogni singolo principio è rilevante ('*why this principle is important*'), le aspettative circa l'uso dei sistemi automatizzati ('*what should be expected of automated systems*') e, infine, i risvolti pratici derivanti dall'applicazione di ogni principio ('*how these principles can move into practice*').

Cerchiamo quindi di ricostruire il contenuto essenziale del documento in esame.

Il primo principio implica che i sistemi automatizzati siano *safe and effective*, a partire dalla loro progettazione nonché durante il loro utilizzo. Simili considerazioni derivano dalla asserita consapevolezza dell'esistenza, nella prassi, di sistemi affetti da anomalie di funzionamento, le quali hanno avuto ripercussioni negative sulla società civile. A titolo esemplificativo, per ciò che rileva ai nostri fini, il libro bianco richiama espressamente quei *software* di polizia predittiva volti all'individuazione di *crime hot spot* che determinano il ripetuto invio di pattuglie in certi quartieri, sebbene questi non denotino il più alto tasso di criminalità. Siffatte predizioni errate si ritiene rappresentino il risultato di un *feedback loop*, derivante dal fatto che la concentrazione dei controlli in una determinata area urbana originariamente qualificata 'a rischio' dal *tool* consentirà ragionevolmente alla polizia di rilevare un certo numero di reati; reinserendo poi nel sistema i dati relativi a tali ultime attività criminali, si finirà per incrementare il tasso di rischio di quella zona, con il risultato di convogliare lì tutte le risorse – trascurando, di conseguenza, altri quartieri – e di sottoporre a una sorveglianza eccessiva i relativi residenti¹⁴².

Di conseguenza, al fine di garantire la sicurezza e l'efficacia di un sistema automatizzato, il documento suggerisce di prevedere misure atte a proteggere gli individui dai possibili effetti lesivi, quali: evitare l'uso di dati inappropriati o irrilevanti per l'attività da svolgere, compreso il riutilizzo di dati o di *outcome* che potrebbe causare danni ancor più gravi; compiere verifiche per rilevare, gestire e monitorare eventuali rischi, sia in chiave preventiva sia in fase di utilizzo del sistema; consultare le *impacted communities* prima di autorizzare il ricorso al sistema automatizzato ovvero modifiche significative; istituire organismi indipendenti deputati al monitoraggio della efficacia e della sicurezza dei sistemi medesimi.

Il secondo principio riguarda invece la protezione dalla discriminazione algoritmica. Si tratta, come abbiamo visto, di una problematica particolarmente avvertita nel panorama americano, emersa con forza anche nelle diverse applicazioni di *predictive policing*. Il progetto raccomanda quindi di prestare molta attenzione nelle diverse fasi di selezione e raccolta dei dati, nonché di valutare gli specifici rischi discriminatori per assicurare che i sistemi automatizzati siano non solo utilizzati ma anche progettati in maniera tale da garantire l'uguaglianza.

Il terzo principio attiene alla *data privacy*, implicando che ogni individuo disponga di una tutela adeguata a fronte di pratiche abusive di trattamento dei dati e abbia altresì la possibilità di decidere come i dati che lo riguardano debbano essere utilizzati.

Sebbene non esista ancora negli Stati Uniti «a comprehensive statutory or regulatory framework governing the rights of the public when it comes to personal data»¹⁴³, è necessario pre-

that uses computation as whole or part of a system to determine outcomes, make or aid decisions, inform policy implementation, collect data or observations, or otherwise interact with individuals and/or communities. Automated systems include, but are not limited to, systems derived from machine learning, statistics, or other data processing or artificial intelligence techniques, and exclude passive computing infrastructure. 'Passive computing infrastructure' is any intermediary technology that does not influence or determine the outcome of decision, make or aid in decisions, inform policy implementation, or collect data or observations, including web hosting, domain registration, networking, caching, data storage, or cybersecurity. Throughout this framework, automated systems that are considered in scope are only those that have the potential to meaningfully impact individuals' or communities' rights, opportunities, or access».

¹⁴¹ THE WHITE HOUSE (2022), p. 3.

¹⁴² Nella dottrina italiana, evidenziano, tra gli altri, una simile criticità SEVERINO (2020), pp. 541 s.; BASILE (2019), p. 30.

¹⁴³ THE WHITE HOUSE (2022), p. 31.

disporre misure che assicurino, rispetto ai sistemi automatizzati, gli *standard* di *privacy-by-design* e *privacy-by-default* nonché prevedere, oltre ad apposite procedure di *risk identification and mitigation*, altrettanti accorgimenti in grado di limitare la raccolta dei dati in relazione agli obiettivi strettamente necessari¹⁴⁴.

In questo contesto, ciò che sembra destare le maggiori preoccupazioni della Casa Bianca riguarda le pratiche di sorveglianza, cui è riservata un'apposita sezione. Qui si sottolinea, tra l'altro, l'esigenza di sottoporre simili *practices* a più penetrante controllo pubblico – attraverso *preventive assessment* che scongiurino, soprattutto, i rischi di discriminazione – nonché di circoscriverle, anche qui, ai casi in cui risultino strettamente necessarie e proporzionate alla finalità che si intende perseguire.

Passando al quarto punto, ci si imbatte nel *notice and explanation principle*, che richiama senz'altro alla mente il fondamentale tema della trasparenza algoritmica, il quale viene qui in rilievo in una duplice accezione: da un lato, il *Blueprint* intende garantire al pubblico il diritto di essere edotto dell'utilizzo di un sistema automatizzato e, dall'altro, quello di comprendere, mediante un documento redatto in una lingua agevolmente accessibile dal destinatario, «how and why it contributes to outcomes that impact you»¹⁴⁵.

Il progetto, tra l'altro, al fine di rimarcare la centralità di simili garanzie, riporta l'esperienza dei *software* di *predictive policing* finalizzati a identificare i potenziali autori di reati e a collocarli all'interno di una *watch list*. Ebbene, si sottolinea come il relativo utilizzo non sia stato accompagnato da alcuna spiegazione «regarding how the system came to its conclusions»¹⁴⁶, sebbene «both police and the public deserve to understand why and how such a system is making these determinations». Occorre dunque assicurare che gli *impacted individual* conoscano il *modus operandi* del *software*; pertanto, si raccomanda altresì l'utilizzo di sistemi che siano tali da poter essere *explainable*.

L'ultimo principio – *human alternatives, consideration and fallback* – si riferisce in sostanza alla necessità di contemplare la possibilità, per l'individuo, di non essere sottoposto al sistema automatizzato, laddove si riscontrino problemi, e di rivolgersi a una persona fisica che sia in condizione di valutarli e risolverli rapidamente. Inoltre, si specifica che i sistemi destinati a essere impiegati in ambiti sensibili (tra cui è espressamente menzionata la giustizia penale) dovrebbero, in aggiunta, essere *'tailored to the purpose'*, prevedere uno spazio significativo per la supervisione, includere la formazione di tutte le persone che interagiscono con il sistema e contemplare di *default* l'intervento umano in relazione alle decisioni *'ad alto rischio'* o che abbiano comunque effetti negativi sul destinatario.

Si tratta, a ben vedere, di un principio fondamentale che completa e rafforza il quadro di garanzie in precedenza tratteggiate, nella misura in cui assicura che una persona in carne e ossa possa rilevare e porre rimedio a eventuali errori del sistema che si ripercuotano sull'individuo.

In definitiva, ci sembra che l'iniziativa della Casa Bianca lasci presagire l'inizio di una nuova stagione. È infatti significativa l'adozione di un documento che, seppur non vincolante, si mostra ben consapevole delle criticità che i sistemi automatizzati pongono per i diritti fondamentali dell'individuo e prevede misure concrete in grado di ovviare a siffatte problematiche, assicurando così a solida base di partenza per l'elaborazione di un quadro normativo.

6. Un bilancio sui *person-based systems* e un raffronto con le misure di prevenzione dell'avviso orale e dell'ammonimento del questore.

L'esame delle proposte avanzate dalla dottrina americana e dei provvedimenti che hanno tentato, a vario titolo, di disciplinare la *predictive policing* ci ha restituito un quadro nel quale emergono diverse soluzioni di interesse al fine di dare risposta alle numerose problematiche legate all'impiego di *person-based systems*.

¹⁴⁴ Si tratta, a ben vedere, di principi che ricalcano quelli contenuti nel GDPR e che rimarcano l'importanza di assicurare gli *standard* in tema di *privacy* nel corso dell'intero 'ciclo di vita' del sistema automatizzato nonché il governo dei rischi. Si rinvia a PIZZETTI (2018), pp. 106 ss.

¹⁴⁵ THE WHITE HOUSE (2022), p. 40. Sul tema della trasparenza, v. in particolare, nella dottrina italiana, CONSULICH (2022), p. 1027, che rileva come essa presenti (quantomeno) 'due volti': «il diritto del cittadino di sapere *ex ante* se stia interagendo con una qualche forma di intelligenza artificiale e il potere dell'Autorità pubblica di ricostruirne, almeno *ex post*, i meccanismi di funzionamento e i processi decisionali» [il corsivo è dell'Autore].

¹⁴⁶ THE WHITE HOUSE (2022), p. 42.

Ci riferiamo anzitutto alla previsione di specifiche procedure per selezionare e raccogliere i dati che assicurino anche il rispetto della *privacy* nonché all'idea di utilizzare gli stessi algoritmi per rilevare e contrastare le discriminazioni; alla specifica elaborazione, su suggerimento del modello COPPS, di *policies* di utilizzo, *impact report*, etc. e all'istituzione di organismi di controllo pubblico; ancora, all'esplicito riconoscimento, da parte del *Blueprint* della Casa Bianca, dell'esigenza di assicurare sempre la trasparenza circa il *modus operandi* dei sistemi in questione; e, soprattutto, alla valorizzazione della centralità del controllo umano.

Si tratta di correttivi in grado di contrastare le 'debolezze intrinseche' degli algoritmi di cui si tratta; è tuttavia l'impiego dei risultati prodotti da tali sistemi a rimanere fortemente problematico. L'esperienza, che abbiamo ripercorso, dei dipartimenti di Kansas City e Chicago ci pare emblematica. Il principale punto critico è rappresentato dai meccanismi di diffida e dalle relative conseguenze sul piano sanzionatorio; meccanismi che, per la verità, evocano istituti ben noti e da tempo presenti nel nostro sistema.

A venire in rilievo è anzitutto l'*avviso orale* di cui all'art. 3 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice Antimafia), come noto, una misura di prevenzione personale – per vero, la più blanda¹⁴⁷ – il cui *nomen* originario era per l'appunto quello di 'diffida'. La stessa consiste in un avviso, da parte del questore nella cui provincia la persona destinataria ha dimora, relativo alla sussistenza di indizi a suo carico, con indicazione dei motivi alla loro base, al quale si accompagna l'invito a tenere una condotta conforme alla legge.

I soggetti possibili destinatari dell'avviso¹⁴⁸ sono individuati mediante richiamo all'art. 1 del Codice, ovvero sia coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose (lett. b)) nonché coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto (tra i quali rileva, per espressa previsione normativa, anche la violazione di talune misure)¹⁴⁹, che sono dediti alla commissione di reati contro l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica (lett. c)). Si tratta in sostanza delle ipotesi di c.d. pericolosità generica, da cui come noto è stata espunta, per effetto della sentenza n. 24/2019 della Consulta, quella di cui alla lett. a) riguardante le persone abitualmente dedite ai traffici delittuosi, in ragione della sua riscontrata carenza in punto di precisione¹⁵⁰.

Sebbene l'art. 3 taccia sul punto, si ritiene che la misura in esame presupponga anche una valutazione prognostica sulla pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica¹⁵¹, intesa dalla giurisprudenza, nello specifico contesto dell'avviso orale, non necessariamente come la probabilità che questi commetta reati in futuro ma come *sospetto* «della presenza di elementi tali da ritenere la configurabilità, nel soggetto destinatario dell'avviso, di una *personalità propensa a seguire particolari comportamenti antigiuridici*»¹⁵². Occorre inoltre specificare che la misura si

¹⁴⁷ Così BASILE (2020), p. 82, il quale ricorda che l'avviso orale è divenuto una misura di prevenzione autonoma solo nell'ambito del Codice Antimafia, mentre in passato la 'diffida' costituiva un presupposto per la successiva applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nei confronti dei propositi rientranti in una fattispecie di pericolosità generica, i quali, nonostante l'avvertimento, non avessero serbato una condotta conforme alla legge.

¹⁴⁸ Segnaliamo che, per far fronte all'esigenza di contrastare la violenza giovanile, resa impellente in considerazione di drammatici fatti di cronaca, il Governo ha adottato il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 recante 'Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale', attraverso il quale, come si legge nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 49 del 7 Settembre 2023, si è inteso, *inter alia*, estendere l'applicabilità dell'avviso orale anche ai minorenni che abbiano compiuto 14 anni, mediante l'aggiunta del comma 3-bis all'art. 3 del Codice Antimafia, il quale stabilisce che «il questore convoca il minore, unitamente ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale»; gli effetti dell'avviso cesseranno comunque al compimento della maggiore età. Inoltre, i soggetti in questione potranno incorrere, a particolari condizioni, nel divieto di possedere cellulari e altri dispositivi per le comunicazioni dati e voce. In caso di violazione delle prescrizioni connesse alla misura, anche il minorenne potrà incorrere nella sanzione penale prevista per i maggiorenni *ex art.* 76, comma 2, Codice Antimafia (reclusione da uno a tre anni e multa da euro 1.549 a euro 5.164). Il [testo integrale del comunicato](#) è accessibile sul sito web www.governo.it.

¹⁴⁹ L'art. 1, lett. c) si riferisce espressamente alle reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio e dei divieti di frequentazione di determinati luoghi.

¹⁵⁰ V. Corte cost. 24 gennaio 2019, n. 24, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019, con nota di FINOCCHIARO (2019). Per la verità la Consulta non aveva preso una posizione circa la possibile, residua operatività dell'art. 1, lett. a) rispetto alle misure del foglio di via e dell'avviso orale, ritenendo che ciò esulasse dal suo esame, che era incentrato sulla rilevanza di tale disposto in quanto richiamato dall'art. 4 quale presupposto della sorveglianza speciale e delle misure patrimoniali. Tuttavia, in dottrina si esclude che la fattispecie di pericolosità in questione possa sopravvivere limitatamente alle misure personali più blande, v. in questo senso BASILE (2020), pp. 47 s.

¹⁵¹ Sulla necessità di accertare tale requisito anche in materia di avviso orale v. MENDITTO (2012), p. 47. In giurisprudenza, v. da ultimo T.a.r. Lombardia Milano, Sez. I, 2 gennaio 2023, n. 7 ove si afferma che il questore può applicare la misura in questione «in presenza di indizi tali da far ragionevolmente ritenere che, ove gli stessi non modificano i propri comportamenti, potranno incorrere nella commissione di condotte pericolose per la sicurezza e per la tranquillità pubblica». Su questo aspetto e sulla possibilità di ricondurre la pericolosità per la pubblica sicurezza al concetto di pericolosità sociale *ex art.* 203 c.p. v. BASILE (2020), rispettivamente, pp. 83 e 69 ss.

¹⁵² Così, da ultimo, T.a.r. Veneto Venezia, Sez. III, 27 marzo 2019, n. 468 [il corsivo è nostro].

giustifica in quanto detta ‘pericolosità’ sia attuale¹⁵³.

Di regola, l’avviso orale (c.d. semplice)¹⁵⁴ non determina alcun effetto limitativo dei diritti del relativo destinatario. L’unica eccezione è rappresentata dai casi di cui all’art. 3, comma 4, a mente del quale il questore può imporre a coloro che siano stati condannati in via definitiva per un delitto non colposo alcuni specifici divieti di possedere o utilizzare, anche in parte, una serie di oggetti e apparati che possano agevolare la sua condotta pericolosa¹⁵⁵ e, laddove questi siano violati, si configurerà il delitto previsto dall’art. 76, comma 2, del Codice Antimafia¹⁵⁶.

Quanto a possibili riflessi negativi sul trattamento sanzionatorio – nel caso in cui l’avvisato commetta reati (e lo stesso vale per ogni destinatario di una misura di prevenzione personale) – occorre guardare agli artt. 71, 72 e 73 del Codice Antimafia.

La prima delle disposizioni richiamate contempla, da un lato, una circostanza aggravante – di duplice natura, a seconda della fattispecie integrata¹⁵⁷ – laddove il soggetto in questione si renda responsabile di uno dei reati ivi elencati, nonché la procedibilità d’ufficio e la possibilità di procedere all’arresto fuori dei casi di flagranza (in relazione ai delitti, tra quelli richiamati, per cui è ammesso l’arresto in flagranza)¹⁵⁸. Infine, si prescrive l’applicazione di una misura di sicurezza detentiva in aggiunta alla pena prevista per il reato.

L’art. 72 impone, del pari, un aggravamento di pena in relazione alle ipotesi nelle quali il sottoposto a una misura di prevenzione personale commetta reati concernenti le armi e gli esplosivi di cui agli artt. 1 e 2, commi 1 e 2, della l. 18 aprile 1975, n. 110¹⁵⁹, mentre l’art. 73 riserva al medesimo soggetto una risposta sanzionatoria più grave nel caso di specifiche violazioni del Codice della strada¹⁶⁰.

Con riguardo alla revoca della misura, l’art. 3 stabilisce che essa può essere domandata dall’avvisato in qualsiasi momento e, in caso di silenzio del questore nei sessanta giorni successivi, la richiesta si intenderà accolta, secondo il meccanismo del silenzio-assenso; qualora, invece, a fronte di siffatta istanza, l’autorità pubblica emetta un provvedimento di rigetto, questo sarà impugnabile mediante ricorso gerarchico al prefetto entro sessanta giorni dalla notifica. Il destinatario dell’avviso potrà altresì avvalersi dei seguenti mezzi di impugnazione: il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per soli motivi di legittimità; il ricorso al giudice amministrativo; nonché il ricorso, in via giurisdizionale, al T.a.r., poiché trattasi di atto amministrativo¹⁶¹.

Circa invece i divieti annessi all’avviso orale, la medesima disposizione prescrive che questi

¹⁵³ CHELO (2019), p. 24 che sul punto richiama T.a.r. Campania Salerno, Sez. I, 4 dicembre 2012, n. 2191.

¹⁵⁴ Così CHELO (2019), p. 24.

¹⁵⁵ Si tratta in particolare del «divieto di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, radar e visori notturni, indumenti e accessori per la protezione balistica individuale, mezzi di trasporto blindati o modificati al fine di aumentarne la potenza o la capacità offensiva, ovvero comunque predisposti al fine di sottrarsi ai controlli di polizia, armi a modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo, compresi i giocattoli riproducenti armi, altre armi o strumenti, in libera vendita, in grado di nebulizzare liquidi o miscele irritanti non idonei ad arrecare offesa alle persone, prodotti pirotecnici di qualsiasi tipo, nonché sostanze infiammabili e altri mezzi comunque idonei a provocare lo sprigionarsi delle fiamme, nonché programmi informatici ed altri strumenti di cifratura o crittazione di conversazioni e messaggi» (così art. 3, comma 4, Codice Antimafia).

¹⁵⁶ Cfr. Art. 76, comma 2, Codice Antimafia: «Chiunque violi il divieto di cui all’articolo 3, commi 4, 5 e 6-bis, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164. Gli strumenti, gli apparati, i mezzi e i programmi posseduti o utilizzati sono confiscati ed assegnati alle Forze di polizia, se ne fanno richiesta, per essere impiegati nei compiti di istituto».

¹⁵⁷ Cfr. Art. 71, comma 1, Codice Antimafia: «Le pene stabilite per i delitti previsti dagli articoli 270 bis, 270 ter, 270 quater, 270 quater.1, 270 quinquies, 314, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322, 322 bis, 336, 338, 353, 377, terzo comma, 378, 379, 416, 416 bis, 416 ter, 418, 424, 435, 513 bis, 575, 600, 601, 602, 605, 610, 611, 612, 628, 629, 630, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 640 bis, 648 bis, 648 ter, del codice penale, nonché per i delitti commessi con le finalità di terrorismo di cui all’articolo 270 sexies del codice penale, sono aumentate da un terzo alla metà e quelle stabilite per le contravvenzioni di cui agli articoli 695, primo comma, 696, 697, 698, 699 del codice penale sono aumentate nella misura di cui al secondo comma dell’articolo 99 del codice penale se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l’esecuzione».

¹⁵⁸ Cfr. Art. 71, comma 2, Codice Antimafia: «In ogni caso si procede d’ufficio e quando i delitti di cui al comma 1, per i quali è consentito l’arresto in flagranza, sono commessi da persone sottoposte alla misura di prevenzione, la polizia giudiziaria può procedere all’arresto anche fuori dei casi di flagranza».

¹⁵⁹ Cfr. Art. 72 Codice Antimafia: «Le pene stabilite per i reati concernenti le armi alterate nonché le armi e le munizioni di cui all’articolo 1 della legge 18 aprile 1975, n. 110, sono triplicate e quelle stabilite per i reati concernenti le armi e le munizioni di cui all’articolo 2, commi primo e secondo, della stessa legge sono aumentate nella misura in cui al terzo comma dell’articolo 99 del codice penale, se i fatti sono commessi da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l’esecuzione».

¹⁶⁰ Cfr. Art. 73 Codice Antimafia: «Nel caso di guida di un autoveicolo o motoveicolo, senza patente, o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata, la pena è dell’arresto da sei mesi a tre anni, qualora si tratti di persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale».

¹⁶¹ V. MENDITTO (2012), p. 49.

siano opponibili davanti al tribunale in composizione monocratica¹⁶².

Ebbene, i punti di contatto tra la misura preventiva *de qua* e la diffida prevista nell'ambito dei descritti sistemi di *predictive policing* sono innegabili: siamo, in entrambi i casi, al cospetto di un avviso eseguito dalla polizia che si articola, dapprima, in una *disclosure* di – potremmo dire genericamente – ‘sospetti’ a carico di un soggetto pericoloso e, successivamente, in una intimazione a non violare la legge; inoltre, alla base di ambedue le ipotesi vi è una valutazione di stampo probabilistico da cui emerge la pericolosità dell'individuo.

Tuttavia, a ben vedere, ci sembra che tra le due ipotesi ricorrano differenze tali da far emergere la problematicità dei sistemi americani.

Ricordiamo invero come nell'esperienza di Kansas City e Chicago si sia prevista la minaccia, al momento del *warning*, dell'irrogazione di pene più severe allorché l'avvisato non si astenga dal commettere (genericamente) reati.

Di contro, abbiamo visto come, benché l'avviso orale possa determinare un inasprimento sanzionatorio laddove il relativo destinatario ometta di tenere un comportamento conforme alla legge, una simile ipotesi sia circoscritta ai casi di commissione di ben precise fattispecie di reato. In altre parole, a non convincere è il fatto che l'inflizione di una pena più grave derivi dalla commissione di *qualsiasi reato* da parte del soggetto diffidato; senza considerare poi che la sanzione può in concreto raggiungere, come dimostrato dal caso registratosi nel *Western District* del Missouri, livelli davvero sproporzionati (come quindici anni per il possesso di un *bullet*). Inoltre, il destinatario dell'avviso orale dispone di puntuali mezzi di impugnazione per contestare e, eventualmente, ottenere la revoca della misura – circostanza, questa, assente nell'esperienza oltreoceano.

Una diversa figura che merita di essere presa in esame e che, parimenti, testimonia i profili critici legati al ricorso ai sistemi di *predictive policing* americani è l'*ammonimento del questore*¹⁶³ in materia di atti persecutori, disciplinato dall'art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, provvedimento con il quale è stato per l'appunto introdotto, nel nostro ordinamento, il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p.).

In particolare, la disposizione richiamata attribuisce alla persona offesa, fino a quando non è proposta querela, la facoltà di «esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al questore di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta»¹⁶⁴. Siffatta richiesta sarà poi trasmessa senza ritardo al soggetto competente, il quale, «assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, ove ritenga fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge e redigendo processo verbale»¹⁶⁵. Una copia di quest'ultimo sarà poi rilasciata alla vittima e all'ammonito.

Si tratta di una misura di prevenzione personale *sui generis*¹⁶⁶ poiché, pur non essendo disciplinata nell'ambito del Codice Antimafia, rappresenta una ipotesi 'speciale' di avviso orale, la cui finalità è quella di intervenire, in chiave preventiva, sul fenomeno dello *stalking*¹⁶⁷, attribuendo al questore un potere di diffida anticipato (e alternativo) rispetto alla instaurazione del procedimento penale¹⁶⁸ – come del resto dimostra la previsione di un limite temporale ('fino

¹⁶² Per maggiori dettagli sul punto v. CHELO (2019), pp. 25 s.; nonché MENDITTO (2012), pp. 55 s.

¹⁶³ GASPARRE (2021), p. 309 e nota 2, evidenzia si tratti di un istituto di derivazione anglosassone, riconducibile al c.d. *restraining order*, e accostabile alla misura di prevenzione dell'avviso orale.

¹⁶⁴ V. art. 8, comma 1, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile 2009, n. 38).

¹⁶⁵ V. ancora art. 8, comma 2, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, cit.

¹⁶⁶ BRICCHETTI e PISTORELLI (2009), pp. 69 ss.; GASPARRE (2021), p. 315. Sostengono del pari la natura di misura di prevenzione dell'ammonimento MARANDOLA (2009), pp. 964 s.; MENDITTO (2012), p. 18. In giurisprudenza, v. per tutti T.a.r. Piemonte Torino, Sez. I, 2 marzo 2012, n. 290.

¹⁶⁷ V. sul punto MARANDOLA (2009), p. 962, la quale evidenzia come l'ammonimento possa essere eseguito anche prima che le condotte persecutorie assumano rilevanza penale *ex art. 612-bis c.p.*, proprio per fare in modo che le stesse si arrestino allo stadio iniziale.

¹⁶⁸ L'ammonimento è stato altresì esteso, ad opera del d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119), ai delitti di percosse e lesioni personali commesse nell'ambito di violenza domestica. In queste ipotesi, tuttavia, il procedimento preventivo di carattere amministrativo non è alternativo bensì eventualmente cumulativo a quello giudiziario, dal momento che si prevede che il questore possa procedere 'anche in assenza di querela'. Esistono poi ulteriori differenze di disciplina, tra cui il fatto che non è richiesta l'istanza della persona offesa ai fini dell'attivazione del procedimento, ma la norma si riferisce alla segnalazione di chiunque, purché in forma non anonima. Per maggiori approfondimenti, si rinvia a GASPARRE (2021), pp. 311 s. Ancora, l'art. 7 della l. 29 maggio 2017, n. 71 ha previsto l'ammonimento anche in materia di cyberbullismo. Da ultimo, il d.l. n. 123/2023 (v. *supra* nota n. 148), all'art. 5, commi 2-4, ha esteso l'ammonimento in materia di *stalking* «fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per taluno dei reati di cui agli articoli 581, 582, 610, 612 e 635 del codice penale, commessi da minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minorenne». Inoltre, il provvedimento (art. 5, commi 5-7) ha previsto la medesima estensione nei confronti dei minori di età compresa tra i 12 e i 14 anni che commettano delitti puniti con la reclusione non inferiore nel massimo

a quando non è proposta querela) ai fini della presentazione della richiesta¹⁶⁹ – che, tuttavia, come vedremo a breve, può avere importanti riflessi in campo penale, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale.

Al pari di quanto riscontrato in relazione all'avviso orale e ai due sistemi *person-based* analizzati, l'autorità pubblica (*id est*, il questore), ai fini dell'adozione della misura qui in esame, dovrà dunque effettuare una previa valutazione della pericolosità del soggetto; tuttavia – e si tratta di un aspetto che merita di essere sin da subito valorizzato – tale accertamento non rivestirà un carattere 'generale', bensì incontrerà un duplice limite, di carattere oggettivo e soggettivo. Difatti, da un lato, lo stesso non riguarderà la generica propensione del soggetto di cui si richiede l'ammonimento ad assumere comportamenti antiggiuridici, bensì avrà ad oggetto la sua specifica attitudine a compiere atti persecutori; dall'altro lato, suddetto scrutinio sarà focalizzato sulla persona offesa, e non sulla generalità dei consociati, al fine di appurare se costui possa rappresentare un pericolo per chi ha presentato richiesta di ammonimento¹⁷⁰.

L'aspetto che tuttavia rileva maggiormente ai nostri fini riguarda la previsione, all'art. 8, comma 3, di una circostanza aggravante speciale e a effetto comune, che è integrata allorché il delitto di atti persecutori sia commesso da parte del soggetto già ammonito; inoltre, in tale ipotesi, muta, ai sensi del comma 4, il regime di procedibilità (non più a querela della persona offesa, bensì d'ufficio)¹⁷¹.

Peraltro, in dottrina è stato opportunamente evidenziato che, sebbene la disciplina dell'ammonimento nulla dica al riguardo, è necessario circoscrivere l'operatività dell'aggravante in questione ai casi in cui il reato di *stalking* sia poi realizzato dal soggetto diffidato *a danno della stessa persona* che ha presentato la richiesta di ammonimento; diversamente, si configurerebbe una «forma di recidiva 'impropria', in spregio di quella che sembrerebbe essere la volontà legislativa»¹⁷². Allo stesso modo, la procedibilità d'ufficio deve essere vincolata alla «identità dei fatti per i quali si procede a quelli per cui è stato eseguito l'ammonimento»¹⁷³.

Come si vede, sussiste dunque una *stretta correlazione* tra ammonimento e successiva commissione del delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p., nella misura in cui si prevede che l'aggravamento di pena e il mutamento del regime di procedibilità conseguano alla realizzazione delle condotte persecutorie da parte del *soggetto già ammonito* (e nei confronti della *persona offesa che ha chiesto l'ammonimento*). Una simile circostanza, unitamente alle illustrate peculiarità dello scrutinio di pericolosità, ci induce a ritenere che la previsione di un trattamento sanzionatorio più gravoso – nonché della procedibilità d'ufficio – non sollevi i delicati problemi posti dai meccanismi di diffida alla base dei sistemi di *predictive policing* impiegati a Kansas City e Chicago.

Occorre inoltre precisare che proprio in considerazione delle possibili ricadute dell'ammonimento nei confronti del destinatario, che consentono di qualificarlo come un provvedimento amministrativo immediatamente lesivo, la giurisprudenza maggioritaria riconosce la possibilità a tale soggetto di impugnarlo davanti agli organi di giustizia amministrativa, in quanto titolare di un interesse concreto e attuale¹⁷⁴. Ebbene, ci pare che questa rappresenti un'altra condizione imprescindibile per legittimare l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più severo a fronte dell'inosservanza dell'intimazione dell'autorità pubblica.

a cinque anni. In entrambi i casi, si prescrive che il questore convochi il minore, unitamente ad almeno un genitore (o chi esercita la responsabilità genitoriale), e gli effetti dell'ammonimento cessano comunque al compimento della maggiore età. Infine, ai sensi del comma 8, si commina la sanzione amministrativa pecuniaria da 200 euro a 1.000 euro «nei confronti del soggetto che era tenuto alla sorveglianza del minore o all'assolvimento degli obblighi educativi nei suoi confronti», salvo che non provi di non aver potuto impedire il fatto.

¹⁶⁹ V. MARANDOLA (2009), p. 962 che osserva come ciò sia indicativo del fatto che il procedimento di ammonimento precede l'attività processuale in senso stretto disciplinata dal codice di procedura penale (artt. 330 e ss.); v. anche GASPARRE (2021), p. 310 che parla al riguardo di un 'doppio binario' di tutela, penale e amministrativa.

¹⁷⁰ Con riferimento a tale specifico aspetto, v. GASPARRE (2021), p. 314.

¹⁷¹ V. art. 8, commi 3 e 4, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, cit.: «3. La pena per il delitto di cui all'articolo 612 *bis* del codice penale è aumentata se il fatto è commesso da soggetto già ammonito ai sensi del presente articolo. 4. Si procede d'ufficio per il delitto di cui all'articolo 612 *bis* del codice penale quando il fatto è commesso da soggetto già ammonito ai sensi del presente articolo».

¹⁷² Così MARANDOLA (2009), pp. 965 s.; v. altresì BRICCHETTI e PISTORELLI (2009), p. 70.

¹⁷³ V. ancora MARANDOLA (2009), p. 966 nonché BRICCHETTI e PISTORELLI (2009), p. 70.

¹⁷⁴ In questo senso, v., *ex multis*, T.a.r. Calabria Reggio Calabria, Sez. I, 4 novembre 2010, n. 1171; T.a.r. Liguria, 12 gennaio 2010, n. 31. In dottrina, v. in particolare GASPARRE (2021), p. 314; D'ARIENZO (2012), p. 2423. *Contra*, v. T.a.r. Sicilia Palermo, Sez. I, 31 marzo 2011, n. 605; T.a.r. Sicilia Palermo, Sez. I, 13 aprile 2010, n. 4957.

In definitiva, ci sembra che questo raffronto con l'avviso orale e l'ammonimento in materia di atti persecutori faccia chiaramente emergere le criticità dei meccanismi di diffida previsti nel contesto dei *person-based systems* americani. Al contempo, però, all'esito di tale analisi, è possibile intravedere alcuni ambiti – quelli cioè delle suddette misure di prevenzione questorili – nei quali si potrebbe ipotizzare l'uso di *risk assessment tools*.

È venuto dunque il momento di interrogarci sulle condizioni che potrebbero legittimare l'ingresso di questi strumenti nel nostro ordinamento.

Per disporre tuttavia di un quadro completo, dobbiamo prima confrontarci con lo scenario eurounitario, ove già da tempo le istituzioni e diversi organismi sono impegnati sul delicato fronte dell'elaborazione di una disciplina che governi l'uso dell'intelligenza artificiale.

7.

Le prospettive di regolamentazione a livello eurounitario: tra *hard law* e *soft law*.

La *predictive policing*, seppur nata negli Stati Uniti, ha registrato nel tempo un'evoluzione anche nel continente europeo¹⁷⁵, attirando pertanto l'attenzione e le preoccupazioni delle istituzioni circa i suoi possibili effetti distorsivi. Negli ultimi anni invero si è assistito al proliferare di strumenti di *soft law*¹⁷⁶ e studi volti a sensibilizzare i diversi operatori coinvolti a un uso consapevole di siffatti sistemi e, in generale, degli algoritmi predittivi in campo penale. Si è trattato di strumenti che, seppur privi dell'efficacia propria degli atti normativi in senso stretto, hanno offerto un importante contributo all'identificazione dei limiti e dei rischi, specie per i diritti fondamentali dell'individuo, che queste nuove tecnologie presentano e che meritano di essere presi in seria considerazione.

Il riferimento è anzitutto alla *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti*, emanata dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) il 4 dicembre 2018¹⁷⁷ e definita come un «emblematico esempio di *soft law*»¹⁷⁸, la quale fissa una griglia di (cinque) principi fondamentali che assumo rilievo anche nel contesto qui in esame.

Al di là della centralità del primo di essi – che attiene al *rispetto dei diritti fondamentali* nella elaborazione e attuazione dei sistemi di intelligenza artificiale¹⁷⁹ – assume una portata particolarmente incisiva rispetto alla polizia predittiva il (secondo) principio di *non discriminazione*, volto a «prevenire specificamente lo sviluppo o l'intensificazione di qualsiasi discriminazione tra persone o gruppi di persone»¹⁸⁰. Invero, sappiamo bene come i sistemi in analisi presentino una potenzialità discriminatoria che, quindi, deve essere contrastata anzitutto attraverso il controllo sia nella fase dell'elaborazione che in quella dell'utilizzo, specialmente quando il trattamento si basa direttamente o indirettamente su dati sensibili, quali quelli relativi all'origine razziale o etnica, alle condizioni socio-economiche, etc. Inoltre, qualora si rilevino *bias*, la Carta sottolinea la necessità di prevedere apposite «misure correttive al fine di limitare o, se possibile, neutralizzare tali rischi e sensibilizzare gli attori»¹⁸¹, suggerendo altresì di utilizzare l'apprendimento automatico proprio per individuare ed eliminare le possibili discriminazioni.

Anche il terzo principio, di *qualità e sicurezza*, funge da guida nel contesto di nostro interesse, imponendo di utilizzare, in relazione «al trattamento di decisioni e dati giudiziari, fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multidisciplinariamente, in un ambiente

¹⁷⁵ V. MUGARI e OBIOHA (2021), pp. 7 s. che riporta l'esempio tedesco di PRECOBS e altri *software*, nonché le applicazioni pratiche utilizzate in Olanda e nel Regno Unito. V. inoltre il fascicolo della *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2023 (consultabile sul sito web www.penal.org), contenente una rassegna dell'esperienza di diversi Paesi circa la diffusione dell'AI nell'amministrazione della giustizia penale (e, dunque, della *predictive policing*): tra gli altri, per quanto riguarda, l'Italia, v. GIALUZ e QUATTROCOLO (2023), pp. 1 ss.

¹⁷⁶ Sulla sempre più marcata diffusione della *soft law* e sul suo ruolo nel diritto penale nonché per ulteriori riferimenti di carattere generale, v. BERNARDI (2011), pp. 536 ss.

¹⁷⁷ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018). Essa si rivolge «agli attori pubblici e privati incaricati di creare e lanciare strumenti e servizi di intelligenza artificiale relativi al trattamento di decisioni e dati giudiziari (apprendimento automatico o qualsiasi altro metodo derivante dalla scienza dei dati)», nonché ai *policy-makers* chiamati a disciplinare lo sviluppo e l'uso di siffatti strumenti.

¹⁷⁸ Così QUATTROCOLO (2018), p. 2.

¹⁷⁹ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 7.

¹⁸⁰ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 8.

¹⁸¹ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 8.

tecnologico sicuro»¹⁸². Abbiamo invero cercato di rimarcare, nel corso della nostra analisi, l'importanza della qualità dei dati nonché i rilevanti rischi per gli individui rappresentati dall'impiego dei *dirty data*; ed è proprio sulla necessità di una accorta selezione degli *input* che la CEPEJ appunta l'attenzione¹⁸³.

Il quarto principio è alquanto articolato e si riferisce a *trasparenza*, *imparzialità* ed *equità*, alludendo espressamente alla necessità di «rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili [nonché di] autorizzare verifiche esterne»¹⁸⁴. La stessa nota esplicativa si mostra ben consapevole della contrapposizione tra gli interessi economici delle aziende produttrici dei *software*, che reclamano la tutela del segreto industriale, e le esigenze di «trasparenza (accesso al processo creativo), imparzialità (assenza di pregiudizi), equità e integrità intellettuale (privilegiare gli interessi della giustizia)»¹⁸⁵, invitando alla ricerca di un equilibrio e prospettando la soluzione ritenuta preferibile, ovverosia la totale trasparenza tecnica, accompagnata dalla spiegazione, con un linguaggio chiaro e familiare, del processo seguito dall'algoritmo. Quest'ultima precisazione è molto importante poiché, come è stato sottolineato in letteratura, anche allorché il *reverse engineering* sia possibile, soltanto gli esperti saranno in grado di comprendere le informazioni a disposizione¹⁸⁶, che rimangono oscure per gli effettivi destinatari dell'*outcome* algoritmico. A tal fine, la stessa Carta prospetta la possibilità di istituire autorità o esperti indipendenti incaricati di verificare le metodologie di trattamento, di fornire una consulenza preventiva ovvero di rilasciare vere e proprie certificazioni, che tuttavia dovrebbero poi essere riesaminate secondo una cadenza prestabilita.

Veniamo così all'ultimo e fondamentale principio, ovverosia quello del *controllo da parte dell'utilizzatore*¹⁸⁷, orientato al dichiarato fine di «precludere un approccio prescrittivo e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte»¹⁸⁸. In altre parole, come si specifica nella nota esplicativa, l'impiego dell'intelligenza artificiale deve accrescere, rafforzare l'autonomia dell'uomo, e mai limitarla.

Sebbene la Carta declini questo principio in relazione alle decisioni giudiziarie, riteniamo che esso valga rispetto a ogni impiego degli algoritmi predittivi e, dunque, anche nel campo della *predictive policing*. Gli agenti di polizia insomma non devono appiattirsi sulle risultanze algoritmiche – con tutti i rischi che ne derivano in caso di predizioni errate o discriminatorie – ma devono sfruttarle, nell'esercizio delle proprie funzioni investigative, come fonti di ampliamento del proprio panorama informativo.

In definitiva, riteniamo che una legislazione in materia di polizia predittiva non possa prescindere da nessuno dei principi consacrati nella Carta che, unitamente ad ulteriori accorgimenti, ben potrebbero, come meglio diremo¹⁸⁹, autorizzare un uso di questi sistemi conforme ai diritti fondamentali dell'individuo.

Di interesse ai nostri fini è altresì, nel panorama europeo, lo studio *Artificial Intelligence and Law Enforcement. Impact on Fundamental Rights*¹⁹⁰. Come evoca lo stesso titolo, esso è volto ad analizzare l'impatto dell'intelligenza artificiale sui diritti fondamentali, così come consacrati nel diritto dell'Unione europea, nel campo delle attività di *law enforcement* e della giustizia penale¹⁹¹.

¹⁸² COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 10.

¹⁸³ Dalla nota esplicativa si ricava altresì che tale principio impone l'esigenza di ricostruire e controllare *ex post* il percorso seguito dall'algoritmo, al fine di appurare l'assenza di alterazioni. A questo si ricollega, in particolare, il canone della sicurezza, nel senso che i modelli e gli algoritmi elaborati devono poter essere memorizzati ed eseguiti in ambienti sicuri, in modo da garantire l'integrità e l'intangibilità del sistema. Inoltre, la Carta raccomanda la costituzione di 'squadre di progetto miste' (che riuniscano competenze tecnologiche, giuridiche e sociali) per la produzione dei sistemi, in modo da sfruttare al meglio il sapere multidisciplinare.

¹⁸⁴ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 11.

¹⁸⁵ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 11.

¹⁸⁶ QUATTROCOLO (2018), p. 8.

¹⁸⁷ Valorizza questo principio SEVERINO (2022), p. 101.

¹⁸⁸ COMMISSIONE EUROPEA PER L'EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018), p. 12.

¹⁸⁹ V. *infra* § 8.

¹⁹⁰ Il documento è stato elaborato, nel luglio 2020, dalla Prof.ssa Gloria González Fuster della Vrije Universiteit Brussel su commissione del *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs* del Parlamento europeo: v. GONZÁLEZ FUSTER (2020).

¹⁹¹ La prima parte delinea sinteticamente il quadro giuridico applicabile nel contesto in questione, derivante dalla normativa, primaria e secondaria, dell'Unione europea e da quella del Consiglio d'Europa (Convenzione europea sui diritti dell'uomo – CEDU – e Convenzione sul trattamento automatizzato – c.d. Convenzione 108^a). La seconda parte offre invece una panoramica dello stato dell'arte delle applicazioni dell'intelligenza artificiale con particolare riguardo alla *predictive policing*, al riconoscimento facciale, all'uso di algoritmi nell'amministrazione della giustizia penale nonché alle frontiere. A tale ampia disamina di carattere ricognitivo, segue una minuziosa indagine sull'incidenza di queste tendenze sui *fundamental rights* e, in particolare, sul diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, sulle libertà di espressione, informazione, riunione e associazione, sulla non discriminazione, sul *right to an effective remedy and to a fair*

In questa sede, ciò che preme evidenziare sono, in particolare, le conclusioni cui si perviene circa l'incidenza dei *software* di polizia predittiva sui diritti dell'individuo nonché i suggerimenti rivolti ai *policy-makers*.

Quanto al primo profilo, il documento mette anzitutto in evidenza come l'uso dell'intelligenza artificiale nelle attività di *law enforcement* possa seriamente compromettere il diritto alla *privacy* e alla *data protection*, poiché – come ha più volte ricordato la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) – la possibilità per i governi di acquisire un profilo dettagliato degli aspetti più intimi della quotidianità delle persone, raccogliendo diversi tipi di dati, può comportare interferenze particolarmente invasive nella sfera personale dell'individuo¹⁹².

Il documento sottolinea altresì come simili interferenze potrebbero avere contemporaneamente un impatto negativo diretto sulla libertà di espressione e di informazione (*ex art. 11* della Carta di Nizza), nonché sulla libertà di riunione e di associazione (art. 12 della Carta di Nizza), allorché i sistemi di intelligenza artificiale siano utilizzati per il monitoraggio degli spazi pubblici (il riferimento è al riconoscimento facciale in tempo reale) e delle comunicazioni, ad esempio nei *social media*¹⁹³. Tuttavia, simili preoccupazioni potrebbero riguardare anche la polizia predittiva, se consideriamo ad esempio l'esperienza del sistema LASER a Los Angeles ove i dati sui soggetti a rischio raccolti venivano poi inseriti in una piattaforma investigativa digitale per monitorare la criminalità¹⁹⁴.

Ad ogni modo, l'ambito in cui, secondo lo studio, vengono maggiormente in considerazione i potenziali impatti negativi della polizia predittiva è quello dei rischi di discriminazione, definiti in generale come una delle *most pressing challenges of the use of new technologies*¹⁹⁵. Nello specifico, si rivela cruciale il fatto che il *software* predittivo possa prendere in esame variabili come la storia criminale e il *background* familiare, le quali possono far sì che il comportamento passato di un certo gruppo decida il destino di un individuo¹⁹⁶.

Per altro verso, i redattori dello studio, proprio sulla base della prassi applicativa statunitense in materia di *predictive policing*, rimarcano l'importanza della qualità o, meglio, della *neutralità* dei dati di cui si alimenta l'algoritmo, ribadendo la necessità di procedere a una selezione accurata¹⁹⁷.

L'ultimo profilo di nostro interesse è quello dedicato all'incidenza delle nuove tecnologie sui diritti dei minori, soprattutto nei casi in cui i sistemi di *predictive policing* raccolgano dati relativi a tali soggetti¹⁹⁸. Al riguardo, si sottolineano i rischi per il loro processo di libera crescita in una società democratica che merita, invero, di essere preservato.

Il lavoro si conclude con alcune raccomandazioni che riprendono temi, come visto, presenti nel dibattito in materia e che trovano eco altresì nei contenuti della proposta di *AI Act*¹⁹⁹.

La prima raccomandazione invita i legislatori a esaminare le possibili lacune e inefficienze

trial, nonché, infine, sui diritti del minore. Lo studio si conclude con il resoconto dei risultati della ricerca e con alcune raccomandazioni alle istituzioni.

¹⁹² Con specifico riferimento al tema di nostro interesse, lo studio si sofferma sui sistemi di *risk scoring* impiegati dalle autorità pubbliche, richiamando una pronuncia della Corte distrettuale dell'Aia (The Hague District Court, 5 February 2020, case number C/09/550982) concernente uno strumento di questo genere, impiegato dal governo olandese per combattere le frodi attraverso la preventiva identificazione di soggetti 'a rischio'. Qui emergono preoccupazioni relative al rispetto del diritto alla *data protection*, nel caso di specie compromesso poiché la disciplina non forniva informazioni chiare sui dati che giustificavano il punteggio di alta rischiosità, né indicazioni dettagliate sul metodo di analisi e sul funzionamento del sistema, così violando il principio secondo cui l'interessato deve ragionevolmente essere in grado di tracciare i propri dati personali. È interessante notare che uno dei parametri per valutare la compatibilità dei *software* è l'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e ammette interferenze soltanto laddove esse siano necessarie e proporzionate rispetto allo scopo previsto. In tal senso, la Corte ha osservato che, all'esito di un esame alla luce dei principi fondamentali del trattamento dei dati stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) e dal GDPR – in particolare, i principi di trasparenza, limitazione delle finalità e minimizzazione dei dati – il sistema in questione non era sufficientemente trasparente e verificabile. Questi ultimi rilevi ci sembrano porre questioni di spessore anche sul terreno dei *person-based* e meritano, dunque, di essere attentamente considerati allorché si tratti di verificare la legittimità di un determinato strumento.

¹⁹³ GONZÁLEZ FUSTER (2020), p. 40.

¹⁹⁴ V. *supra* § 2.1.1.

¹⁹⁵ GONZÁLEZ FUSTER (2020), p. 40.

¹⁹⁶ Secondo lo studio, così si trascura il fatto che ogni essere umano è unico, con il pericolo di creare 'echo chambers' al cui interno i pregiudizi preesistenti potrebbero essere ulteriormente rafforzati.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ FUSTER (2020), p. 41, ove si segnala che i *software* basati sui dati relativi a reati passati rischiano di generare predizioni errate, poiché questi costituiscono un *report* soltanto parziale degli interventi della polizia. Anche i sistemi che non sembrano utilizzare alcun dato personale possono avere un impatto negativo, ad esempio, allorché le previsioni sugli *hot spot* determinino controlli eccessivi in certi quartieri e, di conseguenza, la definizione di profili etnici o sociali dei gruppi che vi abitano.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ FUSTER (2020), pp. 43 s. Ciò è avvenuto in relazione al *software Gang Violence Matrix*, utilizzato dalla *Metropolitan Police* di Londra per identificare e valutare il livello di pericolosità dei membri delle bande coinvolti in episodi di violenza (v. p. 23 s.).

¹⁹⁹ V. *infra* § 7.2.

della normativa europea sulla protezione dei dati, così come le leggi nazionali di attuazione, nella prospettiva della loro operatività nelle attività di *law enforcement* (e non solo) a tutela degli individui, atteso che, a giudizio dello studio, l'attuale quadro giuridico dell'Unione europea in materia di *data protection* non offre sufficienti garanzie per gli individui rispetto all'uso dei *software* in questione²⁰⁰.

Le altre raccomandazioni attengono alla realizzazione di interventi *ad hoc* rispetto ai versanti più sensibili della materia: è il caso della trasparenza, che per essere efficacemente assicurata, richiede, ad esempio, *impact assessments* ad ampio spettro, con il coinvolgimento attivo dei gruppi e degli individui che potrebbero subire gli effetti negativi derivanti dall'impiego dei *software*²⁰¹. Analogamente, si raccomanda fortemente l'introduzione di una normativa dedicata all'*algorithmic decision-making for law enforcement purposes*.

Raccomandazioni ancora più puntuali sono contenute nel *report*²⁰² del 2020 dell'*European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*²⁰³, che si concentra dapprima su un'analisi dei rischi in punto di rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito della polizia predittiva e di altri settori (servizi sociali, diagnosi medica e pubblicità mirata)²⁰⁴, per poi rivolgersi ai *policy-makers*.

La premessa – comune agli atti sin qui esaminati – è che i moderni strumenti rispettino tutti i diritti fondamentali, così come sanciti nella Carta di Nizza e nei Trattati dell'Unione europea, che vengono in rilievo a seconda del contesto in cui l'intelligenza artificiale è impiegata.

In secondo luogo, si suggerisce di valutare preventivamente l'impatto dei *tools* in questione sui *fundamental rights* per ridurre gli effetti negativi (ad esempio attraverso *checklists*) nonché di prevedere un sistema di controllo efficace e affidabile per monitorare e, se necessario, gestire simili 'incidenti', anche avvalendosi delle strutture già esistenti (si pensi, a titolo esemplificativo, alle *Data Protection Authorities*) e assicurando che i suddetti organismi siano dotati di risorse e poteri adeguati, oltre che, soprattutto, del necessario *expertise* per prevenire eventuali violazioni e fornire un supporto effettivo alle vittime.

Non poteva poi mancare nel documento un invito a contrastare il rischio di discriminazioni, mediante la previsione di controlli preventivi dei *software* e lo sfruttamento della stessa intelligenza artificiale per rilevare e minimizzare il suo potenziale discriminatorio.

Quanto al tema della *data protection*, l'Agenzia europea riscontra problematicamente un diffuso *deficit* di conoscenza della normativa in materia da parte di coloro che impiegano tali strumenti e invita, pertanto, le istituzioni a colmare questa lacuna, mentre ritiene soddisfacenti le misure di tutela di cui alla *Law Enforcement Directive*²⁰⁵.

Un aspetto centrale – peraltro oggetto di attenzione tanto nella Carta etica della CEPEJ, quanto nello studio commissionato dal Parlamento europeo – attiene all'esigenza di prevedere rimedi alle possibili ripercussioni negative dell'intelligenza artificiale sull'individuo, facendo sì che questi possa rivolgersi alle autorità giudiziarie nazionali per contestare le decisioni algoritmiche e che tale possibilità sia *'effective in practice as well as in law'*, senza che il segreto industriale possa rappresentare un ostacolo. Si suggerisce quindi l'elaborazione, da parte delle istituzioni eurounitarie e degli Stati membri, di linee guida volte a garantire la trasparenza in questo settore nonché l'introduzione di un obbligo, a carico delle organizzazioni pubbliche e private che impiegano *AI systems*, di fornire, alle vittime di violazioni, informazioni circa il funzionamento degli strumenti utilizzati.

Va infine menzionata la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giu-

²⁰⁰ Ciò in quanto accade alternativamente che: le garanzie generali previste dal GDPR non si applicano necessariamente quando il trattamento avviene per tali finalità in virtù di restrizioni e deroghe; la *Law Enforcement Directive*, che potrebbe essere lo strumento pertinente applicabile, prevede garanzie simili a quelle del GDPR, ma non pienamente equivalenti, oltre al fatto che possono esservi limitazioni alla sua operatività (v. GONZÁLEZ FUSTER (2020), pp. 67 s.)

²⁰¹ GONZÁLEZ FUSTER (2020), p. 68. Un simile requisito richiama alla mente il *public oversight* previsto nelle *Local Surveillance Technology Oversight Ordinances*, v. *supra* § 5.

²⁰² Per un primo commento al *report* sia consentito rinviare a PIETROCARLO (2021). Riferimenti a quest'ultimo emergono anche in SEVERINO (2022), p. 98.

²⁰³ Si tratta di un organismo indipendente deputato a diffondere la cultura *fundamental rights-oriented* nei diversi Paesi membri.

²⁰⁴ Tale analisi è stata effettuata grazie a oltre cento interviste di esponenti di organizzazioni pubbliche e private nonché di esperti – tra cui appartenenti ad autorità di vigilanza, organizzazioni non governative e avvocati – che, nelle rispettive attività lavorative, si confrontano a vario titolo con l'utilizzo di strumenti governati da AI.

²⁰⁵ Per la relativa analisi, si rinvia a *infra* § 7.1.

diziarie in ambito penale²⁰⁶, che, nel richiedere un divieto permanente rispetto all'utilizzo dei sistemi di analisi e/o riconoscimento automatici negli spazi pubblici nonché una moratoria sulla diffusione dei sistemi di riconoscimento facciale con funzione di identificazione²⁰⁷, ha rivolto la propria attenzione anche al tema di nostro interesse.

Al di là di importanti affermazioni contenute nei Considerando²⁰⁸, analizzando il cuore del disposto della Risoluzione, è possibile intravedere un certo parallelismo²⁰⁹ con la proposta di *Artificial Intelligence Act* della Commissione nella misura in cui, seguendo l'approccio *risk-based* dei sistemi di intelligenza artificiale, classifica gli strumenti destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare valutazioni individuali di pericolosità delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva in relazione a una persona fisica o il rischio per vittime potenziali di reati tra quelli 'ad alto rischio'.

La Risoluzione specifica poi che, in campo penale, qualsiasi *tool* deve essere 'come minimo' sicuro e adatto allo scopo previsto; deve inoltre rispettare i principi di equità, minimizzazione dei dati, responsabilità, trasparenza, non discriminazione e spiegabilità; ancora, il suo sviluppo, la sua diffusione e il suo utilizzo devono essere soggetti a una valutazione dei rischi e una verifica di necessità e proporzionalità, con l'ulteriore previsione di salvaguardie proporzionate ai rischi individuati²¹⁰. Questi aspetti sono poi dettagliatamente affrontati nel prosieguo della Risoluzione²¹¹.

Delineato il quadro dei principali rischi legati all'uso dell'intelligenza artificiale nel settore penale e identificate le misure che devono essere implementate per minimizzarli, il Parlamento dedica un paragrafo *ad hoc* alla polizia predittiva²¹², mostrando tutte le sue perplessità. In particolare, in virtù della non completa affidabilità delle predizioni che simili *software* possono elaborare, ritiene che questa non possa «costituire l'unica base per un intervento». Inoltre, in considerazione dell'esperienza applicativa statunitense che ha messo a nudo gli impatti lesivi dei *tools* sui diritti fondamentali, conducendo – come si è visto²¹³ – a una loro dismissione, la Risoluzione si oppone all'utilizzo, da parte delle forze dell'ordine, di quei sistemi che elaborano «previsioni sui comportamenti degli individui o di gruppi sulla base di dati storici e condotte precedenti, dell'appartenenza a un gruppo, l'ubicazione e qualsiasi altra caratteristica al fine di identificare le persone che potrebbero commettere un reato».

Rispetto a questi sistemi, sembrerebbe che l'organo europeo ravvisi criticità in punto di rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo insuperabili, che non sono controbilanciate dal conseguimento di effettivi vantaggi per l'efficacia delle attività di *law enforcement*, poiché dalla prassi è emerso chiaramente che il pericolo di previsioni inaffidabili è tutt'altro che remoto. Si tratta di rilievi che hanno progressivamente acquisito sempre maggior peso, se si considera che il dibattito in corso sulla proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale sembra militare

²⁰⁶ Per un commento, v. VALSECCHI (2022); v. altresì BARONE (2022), pp. 1180 ss.

²⁰⁷ V., rispettivamente, PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, cit., §§ 26 e 27.

²⁰⁸ Già all'*incipit* della Risoluzione (Considerando A), ci si imbatte subito in una precisazione fondamentale, che dovrebbe sempre fungere da premessa allorché si discuta di AI (e, in generale, di algoritmi): quest'ultima «non dovrebbe essere vista come fine a [sé] stessa, ma come uno strumento al servizio delle persone». Ciò significa che, laddove sia impiegata per la prevenzione della criminalità, l'AI deve essere funzionale al miglior esercizio dei compiti affidati al singolo agente di polizia e non sostituirsi ad esso. Occorre pertanto adottare un approccio critico e antropocentrico, alla ricerca di un continuo bilanciamento tra le opportunità che la tecnologia offre e il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. Un ulteriore, importante monito, lo ritroviamo al Considerando Q, ove il Parlamento paventa il rischio che, con il ricorso a questi sistemi, si stravolga l'essenza del moderno diritto penale, basato «sull'idea che le autorità reagiscono a un reato dopo che è stato commesso, senza supporre che le persone siano pericolose e debbano essere sorvegliate costantemente per prevenire possibili illeciti».

²⁰⁹ V. VALSECCHI (2022) che sottolinea come vi siano dei 'punti di contatto' tra i due atti.

²¹⁰ V. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, cit., § 4.

²¹¹ Quanto al tema della sicurezza, il Parlamento sottolinea la necessità di predisporre misure protettive adeguate e idonee a prevenire attacchi dolosi, a partire dalla fase di progettazione del *tool* (c.d. *security-by-design*), oltre alla previsione di un *controllo umano preventivo* per testare la solidità delle applicazioni. Circa le potenzialità discriminatorie dell'AI, si punta l'attenzione sull'importanza di alimentare il sistema con dati neutri, evitando così che l'uso degli strumenti di AI in campo penale determini disuguaglianze. In considerazione dei possibili effetti distorsivi dei sistemi in esame, la Risoluzione mette l'accento sull'*accountability*, ossia sull'esigenza che la relativa responsabilità ricada sempre su una persona fisica o giuridica individuabile e che esista uno 'specifico quadro giuridico chiaro e preciso', affinché possa essere assicurato l'esercizio del diritto di difesa e il diritto di accesso a un giudice. A ciò si riconnettono la trasparenza e la *explainability* degli algoritmi – logici presupposti della possibilità di contestare la decisione automatizzata –, da assicurare attraverso l'acquisto, mediante una procedura di appalto appropriata, dei soli sistemi suscettibili di revisione e, possibilmente, l'impiego di *software open source*. Ulteriori cautele, per così dire, procedurali sono individuate in una previa valutazione di impatto obbligatoria sui diritti fondamentali affidata, ad esempio, alle autorità preposte alla *data protection* e nell'introduzione di *audit* periodici, per testare la capacità di individuare e correggere anomalie. Infine, si sancisce l'imprescindibilità del controllo umano nell'assunzione di decisioni che producono 'effetti giuridici o analoghi'.

²¹² V. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, cit., § 24.

²¹³ V. *supra* § 2.1.1.

proprio verso questa direzione.

7.1. *La c.d. Law Enforcement Directive.*

Il quadro normativo sin qui ricostruito è relativo agli strumenti di *soft law*, vi sono tuttavia anche strumenti di *hard law* che, pur non occupandosi *ex professo* dei sistemi di *predictive policing*, si ritiene possano trovare applicazione nel campo in esame.

Il primo di essi è la Direttiva UE/2016/680 (c.d. *Law Enforcement Directive*)²¹⁴, che si colloca nell'ambito della normativa dell'Unione europea in tema di *data protection*. Vediamo anzitutto se la stessa è applicabile nel settore qui in esame e, in caso affermativo, quali sono le tutele da essa offerte.

Il testo di riferimento costituisce legge speciale rispetto al *General Data Protection Regulation* (Regolamento UE/2016/679)²¹⁵, trovando applicazione, ai sensi dell'art. 2, comma 1, al *trattamento dei dati personali* da parte delle *autorità competenti* per *finalità* di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica.

Ciò posto, il primo nodo da sciogliere riguarda la nozione di 'dati personali', i quali sono individuati, agli effetti della Direttiva, in «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile, (l'«interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare con riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici dell'identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale di tale persona fisica» (così l'art. 3, n. 1). Esulano invece dal perimetro della Direttiva le informazioni anonime, «vale a dire le informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi e tali da non consentire più l'identificazione dell'interessato»²¹⁶.

Ebbene, è evidente che i dati di cui si alimentano i *software* di polizia predittiva volti all'individuazione di potenziali criminali rientrano in tale definizione, riguardando la storia criminale di un soggetto identificato e altri aspetti inerenti alla sua persona. Tuttavia, come è stato osservato²¹⁷, lo stesso potrebbe valere per i dati impiegati nei sistemi *place-based* laddove si aderisse a un'interpretazione particolarmente estensiva del requisito di riferibilità del dato a una persona identificata o identificabile: si potrebbe cioè sostenere che i dati trattati riguardano uno specifico soggetto a causa dell'effetto che questi determinano, ovvero sia avere un impatto su coloro che si trovano negli *hot spots*. In senso opposto, si potrebbe argomentare che collegare i dati relativi all'ubicazione di un reato a un individuo è sì ipoteticamente possibile, ma non soddisfa il *'likely reasonable' standard*, il quale rappresenta il metro indicato dalla stessa Direttiva al Considerando n. 21 per stabilire l'identificabilità di una persona fisica.

Quanto al 'trattamento', esso è definito dall'art. 3, n. 2 come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali»; inoltre, la disposizione opera una serie di esemplificazioni²¹⁸. Anche in questo caso ci troviamo al cospetto di un *all-encompassing concept*²¹⁹ capace di ricomprendere ampiamente le attività di *predictive policing*, che si risolvono senza dubbio in un trattamento di dati personali.

Nel concetto di 'autorità competente'²²⁰, sono poi naturalmente riconducibili le forze di polizia; così come le finalità dell'analisi algoritmica compiuta dai *software* di polizia predittiva

²¹⁴ L'Italia ha attuato la Direttiva con il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51. Per un'analisi, v. Ricci (2019), pp. 579 ss.

²¹⁵ V. art. art. 2, comma 2, lett. d) del Regolamento che esclude dal relativo raggio operativo il trattamento di dati personali «effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse». V. sul punto GIALUZ (2019), p. 16.

²¹⁶ V. Considerando n. 21 della Direttiva UE/2016/680.

²¹⁷ LYNSKEY (2019), pp. 171 s.

²¹⁸ Si indicano: «la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione» (così l'art. 3, n. 2 della Direttiva UE/2016/680).

²¹⁹ LYNSKEY (2019), p. 168.

²²⁰ Questa è intesa, *ex art. 3, n. 7, lett. a)*, come «qualsiasi autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica» ovvero come qualsiasi organismo da queste incaricato (lett. b).

rispecchiano perfettamente quelle che giustificano l'entrata in gioco della Direttiva.

Chiarito che i sistemi di nostro interesse sono 'coperti' dalla disciplina euronitaria in esame, possiamo ora addentarci nell'analisi del principale meccanismo di protezione a favore di colui che possa subire una decisione frutto dei *predictive policing systems*.

L'art. 11 della Direttiva²²¹ impone agli Stati membri di introdurre il divieto di decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato di dati, compresa la profilazione, che producano effetti giuridici negativi o incidano significativamente sull'interessato²²².

In prima battuta, occorre specificare che l'*Article 29 Working Party*, ovvero il gruppo di lavoro che riuniva le autorità nazionali deputate alla protezione dei dati personali (poi sostituito dall'*European Data Protection Board*), ha affermato²²³ che l'inciso «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato di dati» impone di riferire il divieto ai soli casi in cui la decisione si fondi *esclusivamente* su un *automated-decision system*, in assenza cioè di ogni ingerenza dell'essere umano; sicché, laddove quest'ultimo intervenga, la decisione non sarà più *solely automated* e il divieto di cui all'art. 11 non sarà applicabile²²⁴.

Per evitare di incorrere in un simile divieto, il titolare del trattamento dovrà dunque garantire un *controllo umano*, il quale non potrà risolversi in un 'gesto simbolico', bensì dovrà trattarsi di un controllo significativo, cioè «effettuato da una persona che dispone dell'autorità e della competenza per modificare la decisione»²²⁵. Si specifica inoltre che, nell'ambito di tale analisi, costui dovrebbe tenere conto di tutti i dati pertinenti. Per assicurare un effettivo ed efficace coinvolgimento umano, l'*Article 29 Working Party* raccomanda che il titolare del trattamento individui e registri, nella valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (che incombe su costui ai sensi dell'art. 27 della Direttiva), il grado di un siffatto coinvolgimento nel processo decisionale e la fase nella quale quest'ultimo deve intervenire²²⁶.

Inoltre, tale disposizione reclamerà applicazione solo nei casi in cui la decisione «produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato»²²⁷; dunque il divieto non entrerà in azione in presenza di *trivial effects*, ovvero sia ripercussioni marginali, trascurabili²²⁸. Al riguardo, l'*Article 29 Working Party*, nel parere dedicato ad alcune questioni fondamentali poste dalla Direttiva, ha individuato un tipico effetto negativo nel rafforzamento delle misure di sicurezza o della sorveglianza da parte delle autorità competenti²²⁹.

Il legislatore europeo fa tuttavia salva un'eccezione, ammettendo un simile trattamento allorché sia autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, il quale preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato; in questo senso, lo *standard* minimo è individuato dalla Direttiva nel diritto di ottenere l'*intervento umano* da parte del titolare del trattamento²³⁰. In proposito è stato osservato come una simile previsione possa ridimensionare notevolmente la portata del divieto poiché sarà sufficiente prevedere un'apposita legge che autorizzi siffatto trattamento²³¹; riteniamo tuttavia che sarà

²²¹ GIALUZ (2019), p. 16, lo definisce come una norma fondamentale (che peraltro riprende una garanzia tradizionale, già contemplata dall'art. 15 della Direttiva CE/1995/46), il quale, tuttavia, al pari dell'art. 22 del GDPR presenta una formulazione ambigua. Si consideri che l'Italia ha previsto un simile divieto all'art. 8 del citato decreto attuativo della Direttiva (d.lgs. n. 51/2018), il quale, al comma 1, recita: «Sono vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che siano autorizzate dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge».

²²² Una previsione analoga, costruita però in termini di diritto a favore dell'interessato, è contenuta nell'art. 22 del GDPR. V. però LYNSEY (2019), p. 173 che sottolinea come sia preferibile leggere anche la disposizione del Regolamento in termini di divieto, in modo che sia assicurata una maggiore protezione a favore dell'individuo.

²²³ V. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017), p. 23. Sebbene tali considerazioni sul suddetto inciso si riferiscano all'art. 22 del GDPR, esse possono essere estese anche all'art. 11 della Direttiva, nella misura in cui le disposizioni sono sovrapponibili in relazione a questo specifico aspetto. Ciò peraltro è stato sottolineato in GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017a), p. 11, in cui l'organismo, nel fornire indicazioni sugli aspetti maggiormente complessi della Direttiva, ha rinviato, per le parti corrispondenti, a quanto già disposto nelle Linee Guida relative al GDPR.

²²⁴ Al riguardo, v. LYNSEY (2019), p. 174.

²²⁵ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017), p. 23. Sulla difficile attuabilità di un effettivo controllo umano, v. LASAGNI (2022), pp. 1552 ss.

²²⁶ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017), p. 23.

²²⁷ V. la previsione speculare dell'art. 22 del GDPR che si riferisce più genericamente a una decisione «che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

²²⁸ LYNSEY (2019), p. 174.

²²⁹ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017a), p. 12 s.

²³⁰ Tale soggetto è definito all'art. 3, n. 8) della Direttiva come «l'autorità competente che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o dello Stato membro, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua nomina possono essere previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro».

²³¹ LYNSEY (2019), p. 173.

decisivo il rispetto di determinati livelli di protezione dell'interessato, il quale ben potrebbe fungere da argine a potenziali abusi.

Il secondo paragrafo prosegue poi statuendo che siffatte decisioni non possono basarsi «sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 10», quelli cioè che rivelino «l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche o l'appartenenza sindacale, e il trattamento di dati genetici, di dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica o di dati relativi alla salute o di dati relativi alla vita sessuale della persona fisica o all'orientamento sessuale»²³². Anche in questo caso si fa salva l'ipotesi in cui siano previste misure adeguate a salvaguardia dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Sarà dunque responsabilità dello Stato membro individuare un compendio di garanzie che consentano di ricorrere a trattamenti automatizzati di *sensitive data* senza ledere l'interessato²³³.

Il terzo paragrafo, infine, pone un divieto generalizzato di tecniche di profilazione che determinino la discriminazione di individui sulla base delle categorie particolari di dati appena menzionate (quindi, ad esempio, in relazione alla razza o all'etnia)²³⁴. In nessun caso, dunque, gli Stati membri potranno autorizzare attività di profilazione che portino a discriminazione, se basate sul trattamento di dati sensibili; mentre, come si è visto, il processo decisionale automatizzato basato su dati sensibili è consentito, purché in presenza di una base giuridica eurounitaria o nazionale che preveda le adeguate garanzie²³⁵.

A delineare un simile quadro soccorrono diverse disposizioni della Direttiva attraverso l'imposizione di obblighi al titolare del trattamento (Capo IV) ovvero l'attribuzione di diritti all'interessato (Capo III).

Sotto il primo versante, come messo in risalto dall'*Article 29 Working Party*, un requisito essenziale è rappresentato dalla preventiva valutazione d'impatto del trattamento sulla protezione dei dati. In particolare, l'art. 27 della Direttiva impone agli Stati membri di disporre che il titolare vi provveda quando un tipo di trattamento, specie se implichi l'uso di nuove tecnologie, presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche in considerazione della sua natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità.

Così facendo, sarà possibile individuare in anticipo eventuali effetti distorsivi e porre rimedio con apposite misure di carattere più specifico a garanzia dell'individuo, «che non sono state enunciate in atti legislativi (più generali) che permettono tale processo decisionale automatizzato»²³⁶. In questo contesto, inoltre, assumerà un peso centrale l'obbligo di consultazione preventiva dell'autorità di controllo di cui all'art. 28 della Direttiva.

Ancor prima della valutazione di impatto, occorrerà adottare, a mente dell'art. 20 della Direttiva, misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione²³⁷, che assicurino efficacemente il rispetto dei principi di protezione dei dati (come la minimizzazione) e l'integrazione nel trattamento delle garanzie a favore degli interessati richieste dalla Direttiva. Inoltre, ai sensi del paragrafo 2, ulteriori misure dovranno garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento e che questi non siano resi accessibili a un numero indefinito di persone fisiche senza

²³² Così l'art. 10 della Direttiva, prevedendo che il trattamento di tali categorie di dati personali è ammesso solo se strettamente necessario. Lo stesso deve inoltre essere soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e deve poi essere, alternativamente: autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro; volto a salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica; riferito a dati resi manifestamente pubblici dall'interessato. L'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 51/2018 rispecchia la disposizione di cui all'art. 11, par. 2 della Direttiva.

²³³ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017a), p. 14, enfatizza l'importanza della previsione da parte degli Stati membri, in sede di attuazione della Direttiva, di garanzie rigorose a tutela dei diritti delle persone, in considerazione «della natura particolare dei dati e degli ovvi rischi di discriminazione derivanti dalle decisioni automatizzate fondate su di essi».

²³⁴ Sull'importanza di tale divieto, v. BONFANTI (2018), p. 7. La definizione di profilazione è ricavabile dall'art. 3, n. 4, ove essa viene individuata in «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Lo stesso prescrive l'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 51/2018, a mente del quale: «Fermo il divieto di cui all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è vietata la profilazione finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 del regolamento UE».

²³⁵ V. sul punto GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017a), p. 14.

²³⁶ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017a), p. 14.

²³⁷ *Ex* art. 3, n. 5), la Direttiva si riferisce al «trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che i dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».

un apposito intervento. Ricordiamo poi che è necessario che il titolare predisponga dei registri delle attività *ex art. 24* della Direttiva.

Una sezione di particolare rilevanza del provvedimento è dedicata alla sicurezza dei dati personali, ove si prevedono una serie di obblighi preventivi a carico del titolare al fine di prevenire possibili violazioni²³⁸ nonché le procedure e gli adempimenti da ottemperare nel caso di effettiva occorrenza delle stesse²³⁹.

Quanto invece al versante dei diritti dell'interessato, questi sono principalmente di tre tipi: diritti di carattere informativo; diritto di accesso; diritto di rettifica o cancellazione²⁴⁰. Ad ogni modo, tali diritti possono essere limitati dagli Stati membri in nome di esigenze di preservazione delle indagini penali, di protezione della sicurezza nazionale, etc.

Completato l'esame della *Law Enforcement Directive*, è giunto il momento di dedicarsi all'analisi della proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale.

7.2. *La proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale.*

Il 21 aprile 2021 la Commissione europea ha pubblicato la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione²⁴¹. Segnaliamo che il 14 giugno 2023, il Parlamento ha approvato una nuova versione del testo normativo in parola (che sarà ora oggetto di negoziazione con i governi prima di divenire definitivo), apportando modifiche significative, alcune delle quali, come vedremo, riguardano proprio l'inquadramento della polizia predittiva.

In generale, si tratta di un ricco *corpus* normativo che si propone di disciplinare in modo organico la materia con l'obiettivo di affrontare i rischi associati a determinati impieghi di questa nuova scienza, preservando così la *leadership* tecnologica dell'Unione e assicurando un ambiente sicuro per i diritti dei cittadini.

Come abbiamo avuto modo di accennare, la proposta si caratterizza per un approccio normativo orizzontale dell'intelligenza artificiale, equilibrato, proporzionato e flessibile che si basa sul rischio, limitandosi quindi a fissare requisiti minimi necessari per affrontare i problemi da essa posti, senza 'imbrigliare' lo sviluppo tecnologico o altrimenti appesantire il costo dell'immissione sul mercato di simili sistemi.

Prima di addentrarci nel cuore della proposta e di verificare se la disciplina sia riferibile ai *software* di *predictive policing*, è opportuno soffermarci brevemente sul suo perimetro applicativo e sulla definizione di 'sistemi di intelligenza artificiale' agli effetti del futuro regolamento.

Quanto al primo profilo, l'art. 2 individua come destinatari della normativa tre principali categorie di soggetti: a) i *providers* (fornitori) che introducono nel mercato o mettono in servizio sistemi di intelligenza artificiale nel territorio dell'Unione, indipendentemente dal fatto che ivi siano stabiliti ovvero in un Paese terzo; b) i *deployers* di sistemi di IA che hanno sede o che si trovano all'interno dell'Unione 242; c) i fornitori e i *deployers* di simili sistemi che hanno la loro sede o che sono situati in un Paese terzo, in cui la legge dello Stato membro si applica in virtù del diritto internazionale pubblico o il risultato prodotto dal sistema è destinato a essere utilizzato nell'Unione²⁴³. A seguito degli emendamenti apportati dal Parlamento, alla lettera

²³⁸ V. art. 29 della Direttiva che indica le misure preventive da adottare.

²³⁹ V. art. 30, che disciplina la notifica di violazioni dei dati personali all'autorità di controllo, nonché art. 31, relativo alla comunicazione di tale violazione all'interessato.

²⁴⁰ Con riferimento ai primi (artt. 12 e 13 della Direttiva), in sintesi si prevede che costui sia messo a conoscenza, da parte del titolare, delle informazioni principali inerenti al trattamento e dei suoi diritti, tra cui quello di accesso e di rettifica o cancellazione. Il primo riguarda la possibilità di sapere dal titolare che è in atto un trattamento di dati personali e di ottenere l'accesso a questi ultimi. Il secondo consente invece all'interessato di chiedere la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano ovvero la cancellazione di dati personali qualora il relativo trattamento violi i principi della Direttiva (art. 4), non rispetti le condizioni di liceità *ex art. 8* ovvero riguardi dati sensibili e non siano adottati i prescritti accorgimenti.

²⁴¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta per un Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*, COM(2021) 206 final, 21 aprile 2021 (consultabile sul sito web digital-strategy.ec.europa.eu). Per un commento, v. LAVORGNA e SUFFIA (2021), pp. 89 ss.

²⁴² Questi soggetti sono definiti, ai sensi del nuovo art. 3, par. 1, n. 4 del Regolamento come «any natural or legal person, public authority, agency or other body using an AI system under its authority except where the AI system is used in the course of a personal nonprofessional activity». Nella bozza iniziale presentata dalla Commissione, si faceva riferimento agli utenti (*users*) dei sistemi di IA collocati nell'Unione.

²⁴³ Secondo il testo della proposta originaria, si consideravano i fornitori e gli utenti di simili sistemi situati in un Paese terzo, laddove l'*output* prodotto dal sistema fosse utilizzato nell'Unione.

c) sono state aggiunte tre sottocategorie di destinatari²⁴⁴.

Al riguardo, è stato osservato che, analogamente al GDPR, l'*Artificial Intelligence Act* si presta a un'applicazione extraterritoriale²⁴⁵. Sono invece espressamente sottratti alla operatività del Regolamento i sistemi di intelligenza artificiale sviluppati o utilizzati a fini militari.

Con riferimento al secondo aspetto, il 'sistema di intelligenza artificiale' è oggi definito, ai sensi dell'art. 3, n. 1, come «a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate outputs such as predictions, recommendations, or decisions, that influence physical or virtual environment»²⁴⁶.

Chiariti questi aspetti preliminari, possiamo ora concentrarci sulle disposizioni precettive della proposta e, in particolare, sulla suddivisione dei sistemi di intelligenza artificiale in distinte classi di rischio. Essa si riflette sulla struttura dell'atto normativo che dedica a ciascuna di esse un diverso titolo: in particolare, al Titolo II si collocano le *pratiche vietate*; il Titolo III è dedicato ai *sistemi ad alto rischio*; il Titolo IV si occupa invece degli obblighi di trasparenza per i sistemi che comportano *rischi specifici di manipolazione*. Per i sistemi che presentano un rischio minimo non è contemplato un apposito titolo, ma si prescrivono esclusivamente meri obblighi di indicazione dell'utilizzo nella fornitura di un servizio.

Dalla nostra prospettiva, rileva in particolare la disciplina prevista per le prime due categorie: ciò in quanto, nella proposta iniziale, le applicazioni di polizia predittiva ricadevano all'interno dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, sicché soggette a particolari prescrizioni ma comunque ammesse; di contro, ad oggi, le stesse sono state trasposte tra le pratiche vietate. Vediamo dunque di ricostruire i termini dell'una e dell'altra classificazione, per poi dedicarci, in un secondo momento²⁴⁷, ai relativi riflessi.

Le pratiche vietate sono indicate in un elenco contenuto all'art. 5, nella misura in cui il relativo livello di rischio è considerato inaccettabile poiché contrastante con i valori fondamentali dell'Unione (ad esempio, sistemi che sfruttino tecniche subliminali o tecniche manipolative o ingannevoli, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona).

Gli artt. 6 e ss. si occupano invece della disciplina dei sistemi ad alto rischio²⁴⁸.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1, la qualificazione *high-risk* si basa essenzialmente sulla funzione del sistema nonché sulle relative finalità e modalità specifiche di utilizzo. In particolare, la disposizione richiede che siano soddisfatte due condizioni affinché un sistema possa ricadere in detta categoria²⁴⁹. In aggiunta a questi, rientrano nella categoria in parola i sistemi indicati nell'allegato III, purché rappresentino un pericolo per la salute, la sicurezza, i diritti fondamentali delle persone fisiche o l'ambiente²⁵⁰.

Come si diceva, l'utilizzo di sistemi di tal fatta è ammesso, purché subordinato al rispetto delle rigorose prescrizioni che subito vedremo.

Al riguardo, si prevede in primo luogo l'istituzione di un sistema di gestione dei rischi che si sostanzia in un processo, eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita dell'*AI system* e costantemente aggiornato, che si articola principalmente nel *risk assessment* e nel *risk management*, con conseguente adozione di misure appropriate per minimizzare i pericoli rilevati.

Si fissano poi specifici requisiti in relazione ai dati e alla *governance* dei dati, alla documentazione tecnica che deve essere elaborata prima dell'immissione del sistema sul mercato e

²⁴⁴ Si tratta di: ca) i fornitori che immettono sul mercato o in servizio dei sistemi di IA di cui all'articolo 5 [ossia rientranti nelle pratiche vietate] al di fuori dell'Unione, se il fornitore o distributore di tali sistemi si trova all'interno dell'Unione; cb) gli importatori e i distributori di sistemi di IA nonché i rappresentanti autorizzati dei fornitori di sistemi di IA, qualora tali importatori, distributori o rappresentanti autorizzati abbiano sede o si trovino nell'Unione; cc) 'affected persons', che si trovano nell'Unione e la cui salute, sicurezza o diritti fondamentali sono influenzati negativamente dall'uso di un sistema di IA immesso sul mercato o messo in servizio nell'Unione.

²⁴⁵ Così MALASCHINI (2022), p. 135.

²⁴⁶ V. la definizione della proposta iniziale: «un *software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

²⁴⁷ V. *infra* § 7.3.

²⁴⁸ Si tratta di sistemi che presentano un alto rischio per la salute e la sicurezza ovvero per i diritti fondamentali delle persone.

²⁴⁹ Deve cioè trattarsi di un sistema usato come componente di sicurezza di un prodotto, ovvero sia esso stesso un prodotto, disciplinato da precedenti direttive dell'Unione indicate nell'Allegato II; inoltre, è necessario che il prodotto, la cui componente di sicurezza è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, sia soggetto a una valutazione di conformità da parte di terzi in relazione ai rischi per la salute e la sicurezza ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi delle direttive di cui all'allegato II.

²⁵⁰ Nella proposta della Commissione quanto indicato nell'Allegato III era considerato *sempre* 'ad alto rischio'.

alla conservazione delle registrazioni degli eventi occorsi durante il funzionamento del sistema medesimo. Tale ultima previsione contribuisce naturalmente ad assicurare la tracciabilità nonché la trasparenza, la quale peraltro è oggetto di una autonoma disposizione (l'art. 13), ove si stabilisce che i sistemi in parola debbano essere sviluppati e progettati al fine di consentire agli utenti di interpretare l'*output* e di utilizzarlo in maniera adeguata. A tal proposito, è complementare la previsione di un compendio di istruzioni d'uso di accompagnamento che siano sufficientemente comprensibili per gli utilizzatori.

Per assicurare l'*accountability*, si richiede inoltre la registrazione dei sistemi in un *database* dell'Unione con l'indicazione di un rappresentante autorizzato, qualora essi provengano da Paesi terzi.

Un aspetto essenziale riguarda poi il requisito della *sovveglianza umana*, volto a prevenire o quantomeno minimizzare i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali attraverso misure preventive che consentano al soggetto deputato al controllo di comprendere appieno le capacità e i limiti del sistema, nonché di rilevare e gestire prontamente eventuali anomalie e disfunzioni; di governare la tendenza a porre eccessivo affidamento all'intelligenza artificiale (c.d. distorsione dell'automazione) e, dunque, di interpretare correttamente e autonomamente l'*outcome*; e, infine, di arrestare il sistema allorquando necessario.

Naturalmente, dovrà poi essere assicurato che i sistemi rispettino adeguati *standard* di accuratezza, robustezza e cbersicurezza; così come i soggetti coinvolti nei diversi *steps* del ciclo di vita del sistema (fabbricatori, fornitori, utenti, etc.) dovranno adempiere agli obblighi posti a loro carico dalla proposta.

7.3. *I riflessi dello scenario normativo europeo sulla predictive policing.*

Una volta delineato il quadro regolatorio generale emergente dagli atti europolitari sin qui analizzati, siamo in grado di ricostruire lo statuto di disciplina della polizia predittiva tra presente e (possibile) futuro.

Innanzitutto, abbiamo visto come i diversi documenti esaminati – la Carta etica della CEPEJ, lo studio commissionato dal Parlamento europeo, il *report* FRA e la Risoluzione del 6 ottobre 2021 – si siano, a vario titolo, confrontati con le principali problematiche originate dai sistemi di *predictive policing* (o, più in generale, degli algoritmi di intelligenza artificiale in campo penale) nella prassi americana, segnalando ai *policy-makers* la strada da seguire per governare i relativi rischi. Ricapitolando qui i punti di fondo, si tratterà di: assicurare il rispetto dei diritti umani fondamentali, secondo un approccio *human-rights-by-design*; prevedere il divieto di discriminazione, predisponendo misure per rilevare e gestire simili eventualità nonché utilizzando le capacità degli stessi *software* per evitare esiti discriminatori; garantire adeguati *standard* di qualità e sicurezza, prestando particolare attenzione nella fase di selezione dei dati di cui alimentare la macchina e operando in un ambiente tecnologico sicuro; salvaguardare la trasparenza, l'imparzialità e l'equità, consentendo la piena accessibilità (e comprensibilità) da parte sia dell'agente di polizia sia del soggetto sottoposto alla decisione algoritmica del percorso logico compiuto e individuando, di conseguenza, un punto di equilibrio con la tutela del segreto industriale; istituire il controllo umano dell'utilizzatore, che dovrà sempre mantenere la propria autonomia di giudizio e mai adagiarsi sul risultato elaborato dall'algoritmo²⁵¹.

Inoltre, abbiamo dato conto di specifici atti normativi dell'Unione vigenti (*Law Enforcement Directive*) o di prossima entrata in vigore (*AI Act*), che si apprestano ad avere incisivi riflessi sulla disciplina dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali – e, in generale, sulla polizia predittiva – di cui subito diremo.

Quanto alla Direttiva del 2016, il divieto di cui all'art. 11 comporta anzitutto che la decisione sulla qualificazione di un soggetto quale potenziale autore di reati – decisione che produce senz'altro degli effetti giuridici negativi nei confronti dell'interessato, se pensiamo agli esempi dei *software* utilizzati negli Stati Uniti²⁵² – non può essere basata unicamente sul calcolo algoritmico, ma è necessario che un agente di polizia intervenga in siffatto processo decisionale, in termini non simbolici, eventualmente modificando il risultato. Ciò è senz'altro

²⁵¹ Ne sottolinea, in generale, l'importanza GALLI (2022), p. 127: «the ultimate decision should always be human».

²⁵² Sembra più difficile sostenere che l'individuazione di *crime hot spot* rappresenti una decisione con effetti negativi per l'interessato. V. LYNKEY (2019), p. 174.

importante poiché si può in questo modo limitare il margine di errore in cui può incorrere l'algoritmo, specie se il 'controllore' ha la competenza di rilevare e correggere il vizio dell'*outcome*.

Il fatto poi che, ai sensi del par. 2 di tale disposizione, non è ammesso il trattamento automatizzato di dati sensibili o che comunque esso impone la previsione di specifiche garanzie per l'interessato può in generale minimizzare il rischio di discriminazioni ed effetti distorsivi. Inoltre, rispetto ai *software person-based*, dando luogo quest'ultimo a una profilazione dell'interessato (*sub specie*, a un'analisi di dati personali per prevedere il suo comportamento), entra in gioco il generale divieto di discriminazioni sulla base dell'utilizzo di dati sensibili prescritto al par. 3.

Al di là della protezione offerta dall'art. 11, riteniamo che le altre previsioni di cui si è detto – valutazioni di impatto, obblighi di adozione di specifiche misure da parte del titolare del trattamento e diritti dell'interessato – contribuiscano a ridimensionare la portata degli effetti distorsivi della *predictive policing* registratisi nell'esperienza statunitense, laddove consentono, da un lato, di rilevare i rischi per la *data protection* dell'interessato e di intervenire preventivamente, nonché di consentire a costui di essere informato dei propri diritti in materia e di esercitarli concretamente.

Rimane il fatto che la Direttiva esaminata si occupi soltanto di un tassello del più ampio mosaico di criticità riguardante la polizia predittiva e, in generale, l'intelligenza artificiale. Ciò del resto non sorprende, trattandosi di atti emanati in epoca nella quale questi temi si affacciavano appena nel dibattito scientifico e pubblico; da qui l'esigenza che si proceda a costruire, come sta accadendo in altri ambiti influenzati dall'impetuoso processo di digitalizzazione (si pensi alla *cybersecurity*), un compiuto quadro normativo.

È in questa prospettiva che si muove la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale, potendo rappresentare un decisivo passo nella direzione appena auspicata. Occupiamoci allora delle ricadute che la futura entrata in vigore dell'*AI Act* potrà avere sulla *predictive policing*.

L'ultima versione del provvedimento, che è stata licenziata dal Parlamento europeo nel giugno 2023, colloca gli strumenti di polizia predittiva che identificano i potenziali criminali tra le pratiche vietate. Invero, tra queste, figurano i sistemi di AI utilizzati «for making risk assessments of natural persons or groups thereof in order to assess the risk of a natural person for offending or reoffending or for predicting the occurrence or reoccurrence of an actual or potential criminal or administrative offence based on profiling of a natural person or on assessing personality traits and characteristics, including the person's location, or past criminal behaviour of natural persons or groups of natural persons».

Laddove, pertanto, una simile previsione dovesse entrare definitivamente in vigore, i *person-based systems* su cui abbiamo focalizzato la nostra attenzione non sarebbero ammessi.

Il medesimo destino, peraltro, sembrerebbe prospettarsi anche per i *place-based systems*, laddove, tra le pratiche vietate, sono oggi altresì inclusi i sistemi utilizzati per predire «the occurrence or reoccurrence of an actual or potential criminal or administrative offence based on profiling of a natural person or on assessing personality traits and characteristics, including the person's location, or past criminal behaviour of natural persons or groups of natural persons».

Sono invece considerati 'ad alto rischio' – e sono dunque consentiti – i sistemi di IA «intended to be used by or on behalf of law enforcement authorities or by Union agencies, offices or bodies in support of law enforcement authorities for profiling of natural persons as referred to in Article 3(4) of Directive (EU) 2016/680 in the course of detection, investigation or prosecution of criminal offences or, in the case of Union agencies, offices or bodies, as referred to in Article 3(5) of Regulation (EU) 2018/1725», così come quelli utilizzati dagli stessi soggetti per le attività di '*crime analytics regarding natural persons*', che consentono alle autorità di cercare insieme di dati complessi, correlati e non, disponibili in fonti o formati diversi, al fine di identificare modelli sconosciuti o scoprire relazioni nascoste nei dati²⁵³. In questo senso, dunque, sembrerebbe che i sistemi di *crime linking* in precedenza menzionati²⁵⁴ – come *KeyCrime* o *Giove* – non rientrino nel divieto di cui all'art. 5 del Regolamento, non comportando in alcuno modo attività di *risk assessment*.

La proposta, come dicevamo, è ancora in fase di discussione e vedremo dunque quale sarà l'approdo. In attesa di sapere se prevarrà l'impostazione avanzata dal Parlamento, pare utile esaminare lo scenario che sin qui si era prospettato all'esito della diversa scelta classificatoria

²⁵³ V. Allegato III, punto 6, lett. f) e g).

²⁵⁴ V. *supra* § 2.1.

operata dalla Commissione nel 2021.

Questa, infatti, collocava i *person-based systems* tra i sistemi 'ad alto rischio' di cui all'Allegato III, che, al paragrafo 6, dedicato ai sistemi relativi alle attività di *law enforcement*, si riferiva, alla lett. a), ai «sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare *valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva* in relazione a una persona fisica o il rischio per vittime potenziali di reati» [corsivo aggiunto].

Ne consegue che, secondo il disposto al tempo elaborato dalla Commissione, l'utilizzo di tali *tools* era ammesso purché subordinato al rispetto delle rigorose prescrizioni sopra illustrate²⁵⁵.

In definitiva, è evidente come l'eventuale entrata in vigore della proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale sia destinata a riflettersi sul futuro della *predictive policing*, in quanto, dalla sua attuale classificazione tra le pratiche vietate (ad eccezione dei *suspect-based systems*), potrebbe discendere un insuperabile ostacolo al relativo utilizzo.

Pur non volendo per nulla sottovalutare le criticità che specie i sistemi basati sul *risk assessment* presentano, ci sembra che l'opposizione di un divieto generalizzato non rappresenti la soluzione ottimale. Come avremo modo di argomentare, crediamo che la diffusione dei *software* di polizia predittiva rappresenti un'occasione – una volta dettata una robusta regolamentazione – per rinnovare l'operato delle forze dell'ordine e la disciplina abbozzata nella proposta della Commissione, unitamente alla normativa in tema di *data protection*, potrebbero rappresentare un primo passo verso questa direzione.

8. Condizioni e ambiti di applicazione dei *person-based systems* nell'ordinamento italiano.

La polizia predittiva costituisce la frontiera più innovativa tra i diversi campi di intersezione tra sistema penale e algoritmi predittivi. Invero l'idea di prevedere, attraverso l'impiego di siffatti strumenti, e, di conseguenza, prevenire la commissione di reati mediante l'individuazione di luoghi o persone 'a rischio' esercita un notevole fascino sul giurista.

L'indagine condotta sulle diverse applicazioni di *predictive policing* ha però messo in evidenza come non manchino lati oscuri legati all'impiego di detti strumenti.

L'analisi comparatistica ha innanzi tutto permesso di rilevare come i profili di maggiore criticità siano originati dai sistemi basati sull'identificazione dei potenziali autori di reati attraverso la *social network analysis* e la predisposizione di 'liste calde'²⁵⁶. Sebbene, infatti, i diversi *tools* presentino comuni tratti problematici – relativi ai dati di cui si alimentano (sia in termini di qualità, sia di errori che possono occorrere nelle diverse fasi di raccolta, selezione e inserimento), alla potenzialità discriminatoria degli algoritmi in questione, all'opacità circa il funzionamento e all'*accountability* –, i *person-based systems* sollevano ulteriori questioni rispetto ai c.d. *place-based systems*²⁵⁷.

Lesame dell'esperienza maturata nei *police departments* di Kansas City e Chicago²⁵⁸ ha messo in evidenza diversi aspetti che mal si conciliano con il patrimonio di principi della nostra tradizione penalistica.

Anzitutto i rilievi si appuntano sui criteri di classificazione di rischio degli individui: costoro sono sovente identificati quali *target* poiché sono state vittime ovvero sulla base di legami indiretti con autori di reati e, anche quando presentano precedenti penali, questi di frequente non giustificano la qualificazione di pericolosità associata ai soggetti di cui si tratta. Inoltre, la regolamentazione prevista non contempla meccanismi di contestazione, da parte dell'interessato, dell'attribuzione del *risk score*.

Vi è poi, come abbiamo visto, la previsione in capo alle persone inserite nelle liste sopra richiamate, sulla base dei dati processati dagli algoritmi, di un significativo aumento di pena allorché commettano un qualunque reato, indipendentemente dalla sua gravità e soprattutto dalla sua 'connessione' con il giudizio di pericolosità formulato. Eppure, abbiamo avuto modo

²⁵⁵ V. *supra* § 7.2.

²⁵⁶ Per una ricostruzione preliminare dei *person-based systems* v. *supra* § 2.1.

²⁵⁷ Si rinvia *supra* § 2 per l'inquadramento dei *place-based systems*.

²⁵⁸ Per l'analisi di tali sistemi si rinvia *supra* § 2.1.1; le relative criticità sono state invece affrontate nel § 3.

di vedere²⁵⁹ che esistono nel nostro sistema istituti, certo diversi da quelli appena evocati, fondati su analoghe valutazioni di pericolosità individuale.

Da un lato, viene in rilievo la misura di prevenzione personale dell'avviso orale che, come noto, consiste nella diffida da parte del questore, a un soggetto riconducibile a una delle fattispecie di c.d. pericolosità generica di cui all'art. 1 del Codice Antimafia e che manifesti una pericolosità per la pubblica sicurezza, a tenere un comportamento conforme alla legge. Un'intimazione, dunque, di carattere generico – come accade per quella prevista nel modello americano prima analizzato – che, pur essendo suscettibile di determinare dei riflessi sanzionatori negativi nei confronti dell'avvisato, li circoscrive a una cerchia predeterminata di fattispecie, sebbene non si possa certo nascondere che la lista è variegata (se solo si considera che tra le ipotesi di reato richiamate dall'art. 71 del Codice Antimafia si spazia da reati contro la pubblica amministrazione, ordine pubblico, persona, patrimonio fino a includere talune contravvenzioni). Si aggiunga altresì che è comunque garantita una ampia possibilità di contestazione della misura da parte dell'interessato.

Dall'altro lato, viene in considerazione l'ammonizione previsto in materia di atti persecutori dall'art. 8 del d.l. n. 11/2009. Qui si registra un aggravamento della risposta sanzionatoria del soggetto – come noto, è contemplata una circostanza aggravante a effetto comune nel caso in cui l'ammonito commetta poi il delitto di *stalking*, il quale diviene altresì procedibile d'ufficio (e non più a querela della persona offesa); anche qui, però, a differenza dell'ordinamento statunitense, ricorrono presupposti e condizioni che ci sembrano pienamente legittimare l'inasprimento del trattamento riservato all'ammonito.

Sono tre i profili di disciplina, come abbiamo cercato di evidenziare, che ci paiono mettere al riparo la normativa in questione.

In primo luogo, l'aggravamento di pena è legato alla realizzazione non di un qualunque reato ovvero di un comportamento non conforme alla legge, bensì di quelle specifiche condotte per le quali lo stesso soggetto era stato precedentemente diffidato.

In secondo luogo, l'operatività dell'inasprimento sanzionatorio (nonché la procedibilità d'ufficio) è subordinata al fatto che le condotte di minaccia o molestia siano perpetrate a danno della medesima persona offesa su richiesta della quale il questore aveva proceduto all'ammonizione.

Infine, è riconosciuta all'ammonito la possibilità di contestare la misura in sede giurisdizionale; un aspetto questo imprescindibile allorché si vogliono far discendere dalla violazione della misura simili riflessi negativi.

Un possibile impiego dei *person-based systems* dovrebbe replicare i modelli sopra schematizzati. In particolare, alla luce di quanto emerso dalla comparazione con l'avviso orale e l'ammonizione ci sembra possibile ipotizzare, a certe condizioni, un legittimo ambito di operatività per strumenti algoritmici di questa tipologia con riferimento alla valutazione prognostica di pericolosità richiesta ai fini dell'adozione di siffatte misure di prevenzione, la quale, peraltro, è per sua natura «basata su dati indiziari e[d] è] strutturalmente incline ad essere “integrata” da indici di carattere predittivo»²⁶⁰.

Occorre invero prendere atto di come, nella prassi applicativa, l'accertamento di tale pericolosità viva uno stato di crisi, per un duplice ordine di ragioni. Innanzi tutto, si pongono non pochi problemi riguardo all'individuazione dei parametri di riferimento di un simile scrutinio²⁶¹, cui spesso consegue la sua sostanziale obliterazione. E ciò sebbene questa valutazione, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe svolgere una funzione di garanzia per il proposto, nella misura in cui essa impone all'autorità procedente, in un certo senso, di fornire un ulteriore e concreto riscontro alla previa classificazione di un soggetto in una determinata categoria 'di rischio', evitando che da questa possa automaticamente discendere l'applicazione della misura. Tuttavia, come è stato osservato, si tratta di «una garanzia più apparente che reale», poiché, mancando «un'adeguata indicazione normativa circa il modo di esercizio e gli esiti apprezzabili di tale giudizio»²⁶², una siffatta valutazione finisce per appiattirsi su quella che la

²⁵⁹ V. *supra* § 6.

²⁶⁰ Così MANES (2020), p. 10.

²⁶¹ Sul punto, v. BASILE (2020), pp. 77 s.; PELISSERO (2017), p. 457; MARTINI (2017), pp. 547 ss. V. anche MAUGERI (2021), p. 8, che evidenzia le problematiche dell'accertamento di tale forma di pericolosità. Sulla generale criticità degli accertamenti prognostici relativi alla propensione dell'individuo alla commissione di reati, previsti in vari segmenti del sistema penale, e sulla possibilità di impiegare algoritmi predittivi, v. CAIANIELLO (2021), pp. 14 ss.

²⁶² V. testualmente MARTINI (2017), p. 547.

precede. In dottrina, sono stati però valorizzati alcuni tentativi – perlopiù isolati – della giurisprudenza volti a circoscrivere il perimetro dell'accertamento in questione «alla probabilità di commettere nuovi reati, partendo dalla valutazione globale della personalità del proposto, quale risulta dalle manifestazioni sociali della sua vita nella quale acquista rilevanza anche la commissione di fatti di reato»²⁶³.

Ad ogni modo – e veniamo così alla seconda problematica – la valutazione della pericolosità è rimessa alla discrezionalità del questore²⁶⁴. Ne deriva che, nonostante i menzionati sforzi della giurisprudenza di ancorare a parametri più definiti il contenuto di un simile accertamento, quest'ultimo nella prassi rimane comunque lasciato all'apprezzamento dell'autorità di pubblica sicurezza, in assenza di una cornice normativa che possa fungere da reale guida e secondo schemi che rimangono in ogni caso caratterizzati da una insopprimibile elasticità²⁶⁵, con il rischio – anche in considerazione, come diremo subito, del limitato sindacato giurisdizionale – di determinare disparità di trattamento nella applicazione delle misure preventive in questione, in spregio del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.²⁶⁶. A conferma di ciò basta scorrere i repertori giurisprudenziali ove ci si imbatte in pronunce che ribadiscono che «l'autorità amministrativa competente [...] gode di ampia discrezionalità nell'accertamento e nella valutazione dei presupposti richiesti dalla legge, ossia dei sospetti, dovendo il sindacato del giudice amministrativo limitarsi solo ad aspetti di manifesta irragionevolezza od arbitrarietà dell'iter logico seguito dall'amministrazione o della motivazione adottata»²⁶⁷.

Si consideri poi che, nell'ambito qui in esame, risultano per definizione carenti le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale. Prendiamo ad esempio il piano probatorio, in relazione al quale la giurisprudenza non manca di sottolineare che, diversamente da quanto richiesto in relazione ad altre misure più invasive, la valutazione degli elementi di fatto in grado di fondare il giudizio di pericolosità alla base dell'avviso orale sono meno stringenti, poiché si tratta di provvedimenti aventi «natura ed efficacia meramente monitoria ed infra-procedimentale» e, pertanto, non direttamente incidenti sulle libertà individuale. Sicché, un simile scrutinio può fondarsi anche su meri sospetti circa determinate circostanze fattuali, che siano «tali da indurre l'Autorità di polizia a ritenere sussistenti le condizioni di pericolosità sociale che possono dar luogo, da parte del giudice, all'applicazione delle misure di prevenzione»²⁶⁸.

In questo scenario, la previsione, a supporto della valutazione di competenza del questore, di una verifica mediante un algoritmo predittivo dei dati relativi ai precedenti penali e alle vicende personali dell'individuo potrebbe rivelarsi di particolare utilità anzitutto ai fini dell'applicazione dell'avviso orale. Sarebbe cioè in grado di dare sostanza alla valutazione del mero sospetto mediante una base di giudizio più consistente.

Inoltre, l'innesto di simili strumenti potrebbe viepiù svolgere una funzione di garanzia nei confronti del destinatario della misura ogniqualvolta, in virtù della sussistenza di esigenze di celerità ai sensi dell'art. 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241, si ometta la comunicazione dell'avvio del procedimento, impedendo così a costui di esercitare il proprio diritto di difesa già nella fase istruttoria che precede la misura. In sostanza, anche per evitare che le istanze di speditezza finiscano per compromettere una seria e ponderata prognosi di pericolosità, si potrebbe – in queste ipotesi – imporre al questore di ricorrere all'algoritmo per un *double check* sulle risultanze a disposizione e, laddove egli ritenga comunque di disporre l'avviso orale, sebbene il sistema non abbia emesso una predizione di alto rischio, richiedere a costui una esplicita motivazione sul punto.

Un simile impiego dei *tools* in questione è suscettibile di essere altresì ammesso in relazione alla misura dell'ammonimento in materia di *stalking*, ove il ricorso all'algoritmo potrebbe essere letto, del pari, in chiave di garanzia, ossia costituire un 'contraltare' alle dichiarazioni della

²⁶³ Così PELISSERO (2017), p. 457 che si riferisce a Cass. pen., Sez. I, 5 giugno 2014, n. 23641. V. però MARIANI (2021), pp. 298 s., la quale rileva come, al netto di 'enunciazioni di principio', tenda a mancare nella prassi una 'seria valutazione della personalità del preposto'.

²⁶⁴ Su questi aspetti, v. CONSULICH (2019), p. 18.

²⁶⁵ Sul punto, v. i risultati della ricerca condotta da MARIANI (2018), pp. 314 s., basata sull'analisi dei provvedimenti emessi in materia di misure di prevenzione dalla Questura di Milano tra il 2012 e il 2016 nell'ambito delle Province di Milano e di Monza e Brianza (nonché dal Tribunale di Milano, Sezione Autonoma Misure di Prevenzione), i quali dimostrano che l'accertamento della pericolosità, da un lato, si è fondato esclusivamente sulla considerazione dei precedenti penali del proposto (e non anche sull'esame della sua personalità) e, dall'altro, che un tale apprezzamento – privo di criteri guida validi e positivizzati – è governato dall'intuizione dell'autorità pubblica.

²⁶⁶ Si esprime in questi termini MARIANI (2021) p. 118.

²⁶⁷ Così T.a.r. Calabria Catanzaro, Sez. I, 7 marzo 2023, n. 339; v. altresì T.a.r. Piemonte Torino, Sez. I, 2 dicembre 2020, n. 791. In dottrina, v. CONSULICH (2019), p. 18; MARIANI (2021) p. 119.

²⁶⁸ V. ancora T.a.r. Calabria Catanzaro, Sez. I, 7 marzo 2023, n. 339, cit.; nonché, *ex multis*, T.a.r. Lazio Roma, Sez. stralcio, 15 novembre 2022, n. 14973; T.a.r. Calabria Catanzaro, Sez. I, 12 agosto 2022, n. 1486; T.a.r. Molise Campobasso, Sez. I, 26 aprile 2022, n. 124.

persona offesa che presenta la relativa richiesta, per evitare, in particolare, che la valutazione del questore si appiattisca su di esse. E ciò, a maggior ragione, quando l'interessato non sia avvisato dell'avvio del procedimento e a questi non sia stato concesso il diritto di essere ascoltato prima dell'adozione della misura – aspetto, quest'ultimo, sul quale la Corte di Strasburgo²⁶⁹ ha recentemente posto l'attenzione, riscontrando la violazione dell'art. 8 CEDU, in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare, in un caso in cui si era proceduto all'ammontamento senza assicurare all'interessato un simile diritto e in assenza di specifiche e motivate ragioni di urgenza che giustificassero siffatta limitazione di garanzie.

Naturalmente, l'utilizzo di tali strumenti dovrà essere subordinato all'osservanza di tutte le condizioni atte a contenere le problematiche tipiche degli algoritmi in punto di opacità, difetti di accuratezza, potenzialità discriminatoria e di protezione dei dati personali. Al riguardo, però, da un lato, le critiche avanzate nello scenario statunitense ci mettono in guardia dai possibili rischi e, dall'altro, le proposte elaborate dalla dottrina ci indicano le strade percorribili per assicurare il legittimo utilizzo dei *risk assessment tools*²⁷⁰. Inoltre, le indicazioni ricavabili dai diversi documenti elaborati a livello eurounitario nonché le fondamentali prescrizioni in materia di *data protection* della *Law Enforcement Directive*²⁷¹, così come attuate nel nostro ordinamento per effetto del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, offrono un quadro di salvaguardie che può consentire di massimizzare i vantaggi che possiamo trarre da questi moderni sistemi e, al contempo, di governare i rischi che gli stessi pongono.

In particolare, opererà, *ex art. 8* del d.lgs. n. 51/2018 il più volte menzionato divieto di decisioni, compresa la profilazione, che producano effetti negativi nei confronti dell'interessato, basate unicamente sul trattamento automatizzato di dati. Anche qualora, a mente del diritto interno o dell'Unione europea, le stesse siano autorizzate, il comma 2 della norma in esame richiede la previsione di «garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato», statuendo altresì che «in ogni caso è garantito il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento». Di regola, poi, le decisioni in parola non potranno basarsi su dati sensibili, a meno che non siano contemplate misure di salvaguardia. Infine, anche il nostro legislatore, conformemente alle prescrizioni eurounitarie, ribadisce il divieto di profilazione finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base di dati sensibili (quali, razza, etnia, orientamento sessuale, etc.).

Non meno importanti sono poi le previsioni che, ricalcando quanto disposto dalla Direttiva e già oggetto della nostra analisi²⁷², attribuiscono importanti diritti all'interessato (accesso, cancellazione, rettifica e altri di carattere informativo) e altrettanti obblighi agli altri soggetti coinvolti (tra cui, il titolare e il responsabile del trattamento).

A completare ulteriormente il quadro a tutela della protezione dei dati personali nelle attività delle forze dell'ordine interviene il d.p.r. 15 gennaio 2018 n. 15 – recante l'individuazione delle modalità di attuazione dei principi del Codice in materia di protezione dei dati personali relativamente al trattamento dei dati effettuato, per le finalità di polizia, da organi, uffici e comandi di polizia – il quale contiene, tra l'altro, una serie di prescrizioni fondamentali in tema di qualità dei dati e termini di relativa conservazione, di configurazione dei sistemi informativi e informatici nonché dei tipi di trattamento.

In definitiva, ci sembra che la proposta di ricorrere ad algoritmi predittivi – basati sui precedenti penali e giudiziari nonché su altre informazioni a disposizione delle forze dell'ordine da cui sia possibile trarre elementi utili per delineare la personalità del proposto – potrebbe rappresentare una soluzione per superare le problematiche che si riscontrano nella prassi in relazione all'accertamento prognostico della pericolosità nel contesto delle misure di prevenzione disposte dal questore (e non solo), promettendo un innalzamento degli *standard* di valutazione. Come abbiamo più volte sottolineato, si tratterebbe di una mera funzione di supporto, essendo indispensabile, anche nelle attività di prevenzione della criminalità, assicurare che l'uomo mantenga sempre 'l'ultima parola'.

Con particolare riguardo alla polizia predittiva, non possiamo certo tacere la prospettiva – di cui peraltro abbiamo dato conto²⁷³ – che pare profilarsi in sede eurounitaria sul suo destino

²⁶⁹ Il riferimento è a Corte Edu, Sez. I, *Giuliano Germano c. Italia*, n. 10794/12, 22 giugno 2023, in *Sist. pen.*, 3 luglio 2023, con nota di ALBANESE (2023).

²⁷⁰ *V. supra* § 4.

²⁷¹ *V. supra* § 7.3 ove abbiamo dato atto dei riflessi di questi documenti e della Direttiva sulla *predictive policing*.

²⁷² *V. supra* § 7.2.

²⁷³ *V. supra* § 7.3.

e che finirebbe per condurre a un generale divieto (ad eccezione dei *suspect-based systems*, come *KeyCrime* e *Giove*).

In conclusione, riteniamo però che l'analisi sin qui condotta e le proposte avanzate potrebbero indurre a un ripensamento sul futuro dei *person-based systems*, determinandone la riclassificazione, conformemente alla proposta iniziale di regolamento elaborata dalla Commissione europea, tra i sistemi 'ad alto rischio'. Ne conseguirebbe la loro sottoposizione a requisiti e condizioni stringenti che, tuttavia, consentirebbero al contempo di sfruttare, nei termini che abbiamo chiarito, le potenzialità della *predictive policing*.

Bibliografia

ALBANESE, Dario (2023): "Ammonimento del questore in materia di *stalking*: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU. "Molti passi indietro nel contrasto alla violenza di genere"?", *Sistema penale*, 3 luglio.

ALGERI, Lorenzo (2021): "Intelligenza artificiale e polizia predittiva", *Diritto penale e processo*, pp. 724-734.

AZAVEA (2015): *HunchLab: Under the Hood* (consultabile sul sito web blog.pilpul.me).

BACHNER, Jennifer (2013): *Predictive Policing: Preventing Crime with Data and Analytics* (Washington D.C., IBM Center for the Business of Government).

BAGARIC, Mirko, SVILAR, Jennifer, BULL, Melissa, HUNTER, Dan, STOBBS, Nigel (2022): "The Solution to the Pervasive Bias and Discrimination in the Criminal Justice System: Transparent and Fair Artificial Intelligence", *American Criminal Law Review*, vol. 59, pp. 95-148.

BARONE, Giulia (2022): "Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del Parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre", *Cassazione penale*, pp. 1180-1191.

BASILE, Fabio (2019): "Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine", *Diritto penale e uomo*, pp. 1-33.

BASILE, Fabio (2020): *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali* (Torino, Giapichelli).

BERNARDI, Alessandro (2011): "Sui rapporti tra *soft law* e diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 536-583.

BONFANTI, Angelica (2018): "Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla *privacy* e dei dati personali", *MediaLaws*, 3, pp. 1-13.

BRAGA, Anthony A., WEBSTER, Daniel W., WHITE, Michael D., SAIZOW, Hildy (2014): *SMART Approaches to Reducing Gun Violence. Smart Policing Initiative Spotlight on Evidence-Based Strategies and Impacts* (Smart Policing Initiative).

BRANTINGHAM, P. Jeffrey (2018): "The Logic of Data Bias and Its Impact on Place-Based Predictive Policing", *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 15, no. 2, pp. 473-486.

BRAYNE, Sarah (2017): "Big Data Surveillance: The Case of Policing", *American Sociological Review*, vol. 82, no. 5, pp. 977-1008.

BRAYNE, Sarah (2020): *Predict and Surveil: Data, Discretion, and the Future of Policing* (Oxford, Oxford University Press).

BRICCHETTI, Renato, PISTORELLI, Luca (2009): "Istanza di ammonimento: una prima forma di tutela", *Guida al diritto*, 10, pp. 69-71.

CAIANIELLO, Michele (2021): “Dangerous Liaisons. Potentialities and Risks Deriving from the Interaction between Artificial Intelligence and Preventive Justice”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 29, pp. 1-23.

CAPLAN, Joel M., KENNEDY, Leslie W. (2014): *Risk Management and RTM in ACTION* (Oakland, University of California Press Books).

CAPLAN, Joel M., KENNEDY, Leslie W. (2016): *Risk Terrain Modeling: Crime Prediction and Risk Reduction* (Oakland, University of California Press Books).

CAPLAN, Joel M., KENNEDY, Leslie W., PIZA, Eric (2015): *A Multi-jurisdictional Test of Risk Terrain Modeling and a Place-based Evaluation of Environmental Risk-Based Patrol Deployment Strategies*, www.rutgerscps.org.

CASTETS-RENARD, Céline (2022): “Human Rights and Algorithmic Impact Assessment for Predictive Policing”, in MICKLITZ, Hans W., POLLICINO, Oreste, REICHMAN, Amnon, SIMONCINI, Andrea, SARTOR, Giovanni, DE GREGORIO, Giovanni (eds): *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 93-110.

CHARLES, Sam (2020): “CPD decommissions ‘Strategic Subject List’”, *Chicago Sun Times*, 27 gennaio.

CHELO, Andrea (2019): “Art. 3, d.lgs. n. 159/2011”, in SPANGHER, Giorgio, MARANDOLA, Antonella (eds): *Commentario breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 24-27.

CHICAGO POLICE DEPARTMENT (2015): *Special Order S10-05*, 6 ottobre (consultabile sul sito web directives.crimeisdown.com).

CHIVUKULA, Ari, TAKEMOTO, Tyler (2021): *Local Surveillance Oversight Ordinances* (Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic – Berkeley School of Law, University of California (consultabile sul sito web www.law.berkeley.edu)).

COMMISSIONE EUROPEA PER L’EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA (CEPEJ) (2018): *Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, 3 dicembre.

CONSULICH, Federico (2019): “Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione”, *Legislazione penale*, 18 marzo, pp. 1-42.

CONSULICH, Federico (2022): ““Flash offenders”. Le prospettive di “accountability” penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1015-1055.

CONTISSA, Giuseppe, LASAGNI, Giulia, SARTOR, Giovanni (2019): “Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo”, *Diritto di Internet*, 4, pp. 619-634.

D’ARIENZO, Marianconcetta (2012): “La prevenzione del reato di stalking. Limiti all’esercizio del potere di ammonimento orale: il sindacato giurisdizionale ed i poteri istruttori del giudice amministrativo”, *Giurisprudenza italiana*, 11, pp. 2421-2426.

DI PORTO, Fabiana (2016): “La rivoluzione big data. Un’introduzione”, *Concorrenza e mercato*, pp. 5-14.

EGBERT, Simon, LEESE, Matthias (2021): *Criminal Futures. Predictive Policing and Everyday Police Work* (Oxon-New York, Routledge).

FERGUSON, Andrew G. (2016): “Predictive Prosecution”, *Wake Forest Law Review*, vol. 51, no. 3, pp. 705-744.

FERGUSON, Andrew G. (2017): *The Rise of Big Data Policing. Surveillance, Race, and The Future of Law Enforcement* (New York, New York University Press).

FERGUSON, Andrew G. (2017a): “Policing Predictive Policing”, *Washington Law Review*, vol. 94, no. 5, pp. 1109-1189.

FERGUSON, Andrew G. (2018): “Illuminating Black Data Policing”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, pp. 503-525.

FERGUSON, Andrew G. (2020): “Predictive Policing Theory”, *Washington College of Law Research Paper*, pp. 491-510.

FERGUSON, Andrew G. (2021): “Surveillance and the Tyrant Test”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 110, no. 2, pp. 205-290.

FIDLER, Mailyln (2020): “Local Police Surveillance and the Administrative Fourth Amendment”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, pp. 481-561.

FIDLER, Mailyln, LIU, Lily (2020): “Four Obstacles to Local Surveillance Ordinances”, *Lawfare*, 4 settembre.

FINGAS, Jon (2017): “Chicago police see less violent crime after using predictive code. The data suggests technology really does help”, *Engadget*.

FINOCCHIARO, Stefano (2019): “Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della Sentenza De Tommaso della Corte Edu”, *Diritto penale contemporaneo*, 4 marzo.

GALLI, Francesca (2022): “Law Enforcement and Data-Driven Predictions at the National and EU Level. A Challenge to the Presumption of Innocence and Reasonable Suspicion?”, in MICKLITZ, Hans W., POLLICINO, Oreste, REICHMAN, Amnon, SIMONCINI, Andrea, SARTOR, Giovanni, DE GREGORIO, Giovanni (eds): *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 111-127.

GASPARRE, Anna Maria (2021): “L’istituto giuridico dell’ammonimento del questore per l’appartenente alla Polizia di Stato: peculiarità e conseguenze”, *Rivista penale*, 4, pp. 309-330.

GIALUZ, Mitja (2019): “Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale: luci e ombre dei *risk assessment tools* tra Stati Uniti ed Europa”, *Diritto penale contemporaneo*, 29 maggio, pp. 1-23.

GIALUZ, Mitja, QUATTROCOLO, Serena (2023): “AI and the Administration of Criminal Justice in Italy”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, pp. 1-27.

GLESS, Sabine (2018): “Predictive policing. In defense of ‘true positives’”, in BAYAMLIOĞLU, Emre, BARALUIC, Irina, JANSSENS, Liisa, HILDEBRANDT, Mireille (eds): *Being Profiled: Cogitas Ergo Sum. 10 Years of Profiling the European Citizen* (Amsterdam, Amsterdam University Press), pp. 76-83.

GONZÁLEZ FUSTER, Gloria (2020): *Artificial Intelligence and Law Enforcement. Impact on Fundamental Rights*, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs – European Parliament (consultabile sul sito web www.europarl.europa.eu).

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017): *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 3 ottobre (agg. 6 febbraio 2018) (consultabile sul sito web dpo.infn.it).

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 PER LA PROTEZIONE DEI DATI (2017a): *Parere su alcune questioni fondamentali della Direttiva (UE) 2016/680 sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giustizia*, 29 dicembre (consultabile sul sito web ec.europa.eu).

HOLLYWOOD, John S., MCKAY, Kenneth N., WOODS, Dulani, AGNIEL, Denis (2019): *Real-Time Crime Centers in Chicago. Evaluation of the Chicago Police Department’s Strategic Decision Support Centers* (Santa Monica, Rand Corporation).

- HUNG, Tzu-Wei, YEN, Chun-Ping (2021): “On the Person-Based Predictive Policing of AI”, *Ethics and Information Technology*, 23, pp. 165-176.
- HUNT, Priscilla, HOLLYWOOD, Jessica, SAUNDERS, John S. (2014): *Evaluation of the Shreveport Predictive Policing Experiment* (Washington D.C., RAND Corporation).
- ISAAC, William S. (2018): “Hope, Hype, and Fear: The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 15, pp. 543-558.
- JOH, Elizabeth (2014): “Policing by Numbers: Big Data and the Fourth Amendment”, *Washington Law Review*, vol. 89, pp. 35-68.
- JOH, Elizabeth (2017): “Feeding the Machine: Policing, Crime Data, & Algorithms”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26, pp. 287-302.
- JOH, Elizabeth (2018): “Artificial Intelligence and Policing: First Questions”, *Seattle University Law Review*, 41, pp. 1139-1144.
- JOH, Elizabeth (2022): “Ethical AI in American Policing”, *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, vol. 3, no. 2, pp. 2-27.
- LASAGNI, Giulia (2022): “Difendersi dall’intelligenza artificiale o difendersi con l’intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1545-1564.
- LAVORGNA, Anita, SUFFIA, Gabriele (2021): “La nuova proposta europea per regolamentare i Sistemi di Intelligenza Artificiale e la sua rilevanza nell’ambito della giustizia penale”, *Diritto penale contemporaneo – Rivivista Trimestrale*, 2, pp. 88-103.
- LONATI, Simone (2022): “Predictive policing: dal disincanto all’urgenza di un ripensamento”, *MediaLaws*, 2, pp. 302-316.
- LYNSKEY, Orla (2019): “Criminal Justice Profiling and EU Data Protection Law: Precarious Protection from Predictive Policing”, *International Journal of Law in Context*, vol. 15, pp. 162-176.
- MAASS, Dave (2016): “Join the Movement for Community Control Over Police Surveillance”, *Electronic Frontier Foundation*, 21 settembre.
- MALASCHINI, Antonio (2022): “Regolare l’intelligenza artificiale. Le risposte di Cina, Stati Uniti, Unione europea, Regno Unito, Russia e Italia”, in SEVERINO, Paola (editor): *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia* (Roma, Luiss University Press), pp. 104-162.
- MANES, Vittorio (2020): “L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia”, *Discrimen*, pp. 1-22.
- MARANDOLA, Antonella (2009): “I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e *stalking*”, *Diritto penale e processo*, 8, pp. 947-972.
- MARIANI, Elena (2018): “Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese”, *Diritto penale contemporaneo – Fascicolo*, 2018, pp. 267-317.
- MARIANI, Elena (2021): *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi* (Milano, Giuffrè).
- MARTINI, Adriano (2017): “Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 536-558.
- MAUGERI, Anna Maria (2021): “L’uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra *evidence based practices* e tutela dei diritti fondamentali”, *Archivio penale web*, 17 maggio, pp. 1-37.

- MAYSON, Sandra G. (2019): “Bias In, Bias Out”, *The Yale Law Journal*, vol. 128, pp. 2218-2300.
- MENDITTO, Francesco (2012): *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali* (Milano, Giuffrè).
- MUGARI, Ishmael, OBIOHA, Emeka E. (2021): “Predictive Policing and Crime Control in The United States of America and Europe: Trends in a Decade of Research and the Future of Predictive Policing”, *Social Sciences*, pp. 1-14.
- OTTOLIA, Andrea (2018): *Big Data e innovazione computazionale* (Torino, Giappichelli).
- PADUA, Giorgia (2021): “Intelligenza artificiale e giudizio penale: scenari, limiti e prospettive”, *Processo penale e giustizia*, pp. 1479-1508.
- PARLAMENTO EUROPEO (2017): *Report on Fundamental Rights Implications of Big Data: Privacy, Data Protection, Non-Discrimination, Security and Law-Enforcement*, 20 febbraio (consultabil esul sito web www.europarl.europa.eu).
- PARODI, Cesare, SELLAROLI, Valentina (2019): “Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco”, *Diritto penale contemporaneo – Fascicolo*, 6, pp. 47-71.
- PELISSERO, Marco (2017): “I destinatari della prevenzione *praeter delictum*: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 439-469.
- PELUSO, Maria Grazia (2022): “Intelligenza Artificiale e dati di qualità: la tecnologia come valido alleato”, *MediaLaws*, 2, pp. 322-337.
- PEREGO, Beatrice (2020): “Predictive policing”: trasparenza degli algoritmi, impatto sulla privacy e risvolti discriminatori”, *BioLaw Journal*, pp. 447-465.
- PERRY, Walter L., MCINNIS, Brian, PRICE, Carter C., SMITH, Susan C., HOLLYWOOD, John S. (2013): *Predictive Policing. The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations* (Washington D.C., RAND Corporation).
- PIETROCARLO, Elisabetta (2021): “Intelligenza artificiale e diritti fondamentali”, www.criminaljusticenetwork.eu, 15 febbraio.
- PIZZETTI, Francesco (2018): “La protezione dei dati personali e la sfida dell’Intelligenza Artificiale”, in PIZZETTI, Francesco (editor): *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione* (Torino, Giappichelli), pp. 5-188.
- POSADAS, Brianna (2017): “How strategic is Chicago’s “Strategic Subjects List”? Upturn investigates”, *Medium*.
- QUATTROCOLO, Serena (2018): “Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un’urgente discussione tra scienze penali e informatiche”, *Legislazione penale*, 18 dicembre, pp. 1-12.
- QUATTROCOLO, Serena (2020): *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion* (Cham, Springer).
- REYES, Juliana (2013): “Philly Police will be first big city cops to use Azavea’s crime predicting software”, *Technically Media Inc*.
- RICCI, Annarita (2019): “Il trattamento di dati personali per finalità di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati. Riflessioni sul d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, di attuazione della Dir. 2016/680/UE”, *Le Nuove leggi civili commentate*, 3, pp. 565-598.
- ROBINSON, David, KOEPKE, Logan (2016): *Stuck in A Pattern Early Evidence on “Predictive Policing” and Civil Rights* (consultabile sul sito web www.upturn.org).

SALVADORI, Ivan (2017): “Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale l’incriminazione dei “*dual-use software*””, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 747-788.

SELBST, Andrew D. (2017): “Disparate Impact in Big Data Policing”, *Georgia Law Review*, vol. 52, pp. 109-195.

SEVERINO, Paola (2020): “Intelligenza artificiale e diritto penale”, in RUFFOLO, Ugo (editor): *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l’etica* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre), pp. 531-545.

SEVERINO, Paola (2022): “Le implicazioni dell’intelligenza artificiale nel campo del diritto con particolare riferimento al diritto penale”, in SEVERINO, Paola (editor): *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia* (Roma, Luiss University Press), pp. 83-104.

SILVERMAN, Emily (2023): “AI and the Administration of Justice in the United States of America: Predictive Policing and Predictive Justice”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2023, pp. 5-77.

STURGILL, Kristi (2020): “Santa Cruz Became the First U.S. City to Ban Predictive Policing”, *L.A. Times*, 26 giugno.

THE WHITE HOUSE (2020): *Blueprint for an AI Bill of Rights. Making Automated Systems Work for the American People* (consultabil esul sito web www.whitehouse.gov).

TUCEK, Aaron (2018): “Constraining Big Brother: The Legal Deficiencies Surrounding Chicago’s Use of the Strategic Subject List”, *The University of Chicago Legal Forum*, pp. 427-460.

UBERTIS, Giulio (2020): “Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 4, pp. 75-88.

UCHIDA, Craig D., SWATT, Marc, GAMERO, David, LOPEZ, Jeanine, SALAZAR, Erika, KING, Elliott, MAXEY, Rhonda, ONG, Nathan, WAGNER, Douglas, WHITE, Michael D. (2012): *Los Angeles, California Smart Policing Initiative. Reducing Gun-Related Violence through Operation LASER* (consultabile sul sito web vrnclearinghousefiles.blob.core.windows.net).

VALSECCHI, Andrea (2022): “L’intelligenza artificiale nel diritto penale: la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021”, *MediaLaws*, 1° febbraio.

ZARZKY, Tal (2013): “Transparent Predictions”, *University of Illinois Law Review*, pp. 1503-1569.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (2018): “Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista”, *MediaLaws*, 2, pp. 32-38.

IL FOCUS SU...

FOCUS SOBRE...

FOCUS ON...

- 160 **Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01**
El derecho a guardar silencio de la persona jurídica imputada de conformidad con el Decreto Legislativo 231/01
The Right to Silence of the Accused Legal Entity under Legislative Decree 231/01
Alessandro Keller
- 178 **Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del *chilling effect***
Corrupción parlamentaria y mediación onerosa en el espejo del chilling effect
Parliamentary Corruption and Onerous Mediation in the Mirror of the Chilling Effect
Nicola Maria Maiello

Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01

El derecho a guardar silencio de la persona jurídica imputada de conformidad con el Decreto Legislativo 231/01

The Right to Silence of the Accused Legal Entity under Legislative Decree 231/01

ALESSANDRO KELLER

*Avvocato, Cultore di diritto processuale penale presso l'Università Milano-Bicocca
 info@avvocatokeller.com*

PROCESSO PENALE NEI CONFRONTI
 DELLA PERSONA GIURIDICA,
 DIRITTO A NON AUTOINCRIMINARSI
 E DIRITTO AL SILENZIO

PROCESO PENAL CONTRA PERSONA
 JURIDICAS, DERECHO A NO
 AUTOINCRIMINARSE Y DERECHO
 A GUARDAR SILENCIO

CRIMINAL TRIAL AGAINST LEGAL
 ENTITIES, PRIVILEGE AGAINST
 SELF-INCRIMINATION
 AND RIGHT TO SILENCE

ABSTRACTS

Nel procedimento a carico dell'ente, l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone è prevista all'art. 44 D.lgs. 231/01 (oltre che per l'autore del fatto tipico) per il solo legale rappresentante che si sia costituito nel processo e fosse titolare della carica anche al momento della consumazione del reato presupposto. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ormai riconosciuto sia l'applicabilità del principio *nemo tenetur se detegere* nei procedimenti relativi ad illeciti amministrativi punitivi (CGUE, 2 febbraio 2021, C-481/19), sia e più in generale la riferibilità all'ente delle garanzie fondamentali riconosciute all'imputato-persona fisica (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21), così sollecitando un'urgente rimeditazione del regime di assunzione delle prove dichiarative nel procedimento *de societate*. La mancata valorizzazione della regola del *simultaneus processus* (che imporrebbe l'applicabilità all'ente delle garanzie di cui all'art. 208 c.p.p.), le incertezze interpretative relative alla disciplina applicabile (l'art. 210, co. 1, c.p.p. in alternativa all'art. 210, co. 6, c.p.p.) e, in ogni caso, l'assenza di tutele per gli ulteriori soggetti legati all'ente da un *severo* rapporto funzionale (apicali e titolari dell'ente) costituiscono, ormai all'evidenza, banchi del sistema da colmare in prospettiva *de lege ferenda*, risultando impervia la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

En los procedimientos en contra de las personas jurídicas, la incompatibilidad para actuar como testigo está prevista en el Artículo 44 del Decreto Legislativo 231/01 (además del autor de la conducta típica) sólo para el representante legal que haya comparecido en el procedimiento y ocupado el cargo en el momento de la consumación del delito subyacente. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido a estas alturas tanto la aplicabilidad del principio *nemo tenetur se detegere* en los procedimientos relacionados con infracciones administrativas sancionadoras (TJUE, 2 de febrero de 2021, C-481/19), como más en general, la atribución de garantías fundamentales a las personas jurídicas, como se reconoce para el imputado individual (TJUE, 10 de noviembre de 2022, C-203/21), lo que lleva a una reconsideración urgente del régimen para la obtención de pruebas testimoniales en procedimientos corporativos. El hecho de no considerar la regla del *simultaneus processus* (que requeriría que la entidad esté sujeta a las garantías del Artículo 208 del Código de Procedimiento Penal), las incertidumbres interpretativas sobre las regulaciones aplicables (Artículo 210, párrafo 1, del Código de Procedimiento Penal, de manera alternativa al Artículo 210, párrafo 6, del Código de Procedimiento Penal), y, en cualquier caso, la falta de protección para otras personas vinculadas a la entidad por una estricta relación

funcional (altos ejecutivos y funcionarios de la entidad) son ahora deficiencias evidentes en el sistema que deben abordarse en una prospectiva *de lege ferenda*, ya que se ha demostrado que el camino de la interpretación conforme a la Constitución es intransitable..

In proceedings against the legal entity, the incompatibility to act as a witness is provided for in Article 44 of Legislative Decree 231/01 (in addition to the author of the typical act) only for the legal representative who has appeared in the proceedings and held the office at the time of the consummation of the underlying offense. However, the Court of Justice of the European Union has by now recognized both the applicability of the principle *nemo tenetur se detegere* in proceedings related to punitive administrative offenses (CJEU, February 2, 2021, C-481/19) and more generally, the attribution of fundamental safeguards to the entity, as recognized for the individual defendant (CJEU, November 10, 2022, C-203/21), thus prompting an urgent reconsideration of the regime for the taking of declaratory evidence in corporate proceedings. The failure to consider the rule of simultaneous processus (which would require the entity to be subject to the guarantees under Article 208 of the Criminal Procedure Code), the interpretative uncertainties regarding the applicable regulations (Article 210, para. 1, of the Criminal Procedure Code, alternatively to Article 210, para. 6, of the Criminal Procedure Code), and, in any case, the lack of protection for other individuals linked to the entity by a strict functional relationship (top executives and entity officials) are now evident shortcomings in the system to be addressed in a *de lege ferenda* perspective, with the path of constitutionally-oriented interpretation proving to be impassable.

SOMMARIO

1. Il rapporto tra l'imputato-persona fisica e l'accusato-persona giuridica. – 2. Il diritto al silenzio dell'ente: le ipotesi previste dalla normativa e le relative criticità. – 3. Le ulteriori ipotesi meritevoli di garanzia: la necessità di estendere l'incompatibilità a testimoniare ai dichiaranti legati all'ente da un severo rapporto funzionale. – 4. Le questioni interpretative relative all'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01: alla ricerca della normativa applicabile. – 5. Verso l'estensione del diritto al silenzio. – 5.1. In particolare: l'estensione ai procedimenti amministrativi punitivi (CGUE, 2 febbraio 2021, C-481/19). – 5.2. (*segue*): l'estensione nella dimensione eurounitaria (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21) – 6. Il processo osmotico del diritto al silenzio: dagli imputati-persone fisiche ai dichiaranti-persone fisiche legati all'ente da un severo rapporto funzionale. – 7. La via dell'interpretazione costituzionalmente orientata e le prospettive *de lege ferenda*.

1.

Il rapporto tra l'imputato-persona fisica e l'accusato-persona giuridica.

La disciplina processuale prevista per l'accertamento della responsabilità delle persone giuridiche tende ad equiparare l'imputato-persona fisica all'ente: l'art. 35 D.lgs. 231/2001 prevede espressamente che all'ente - soggetto *meta-individuale* - si applichino le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto *compatibili*.

Le norme del Codice di rito modellate sull'imputato-persona fisica, caratterizzato da una propria materialità, richiedono di essere *adattate*, quindi, all'ente, che altro non è se non una *factio iuris*¹ creata nell'ordinamento per conferire soggettività giuridica ad un'entità immateriale e valorizzare l'elemento dell'organizzazione plurisoggettiva. Tramite la *factio* l'ente risulta formalmente destinatario del processo di accertamento dell'illecito amministrativo nella propria *meta-individualità*, ma le conseguenze sanzionatorie, affinché abbiano un effetto tangibile nella realtà fenomenica, non possono che ricadere in ogni caso su quei soggetti-persone fisiche che abbiano con l'ente un legame funzionale (a prescindere dalla sussistenza del rapporto di immedesimazione organica²). L'intento ultimo del legislatore, in questa prospettiva, è colpire coloro che in via gradata assumono un più intenso rapporto funzionale con l'ente: gli apicali, che hanno il potere di dirigere e organizzare l'attività d'impresa, dando l'*imprinting* organizzativa, e la proprietà, che ne raccoglie i profitti³.

Appare del tutto ragionevole, quindi, che, nonostante la *factio iuris*, all'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01 siano garantiti i medesimi diritti previsti per l'imputato-persona fisica, in coerenza con l'adozione del modello *panpenalistico* prescelto dal legislatore⁴. Tra questi diritti fondamentali la dottrina ha avvertito, già all'indomani dall'entrata in vigore del D.lgs. 231/01, l'esigenza di applicare all'ente la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost.⁵,

¹ Si riconduce alla scuola pandettistica di Savigny (c.d. teoria *finzionistica*) l'elaborazione del concetto di "persona giuridica" quale *finzione* creata dall'ordinamento per soddisfare esigenze non perseguibili attraverso la mera personalità di agire attribuita alla persona fisica. Cfr. DE MARINI AVONZO (1995), p. 195, per cui «[l]a capacità giuridica fu da noi dimostrata come coincidente col concetto dell'uomo singolo. Noi la consideriamo ora come estesa a subietti artificiali, creati per semplice finzione. Tale subietto vien chiamato da noi persona giuridica, cioè persona che è ammessa solamente per uno scopo giuridico. In essa noi troviamo un nuovo soggetto di diritto oltre l'uomo singolo». Con riferimento al concetto di *persona ficta* in epoca medievale cfr. GROSSI (2004), p. 221, secondo cui «...quell'aggettivo [*ficta*, ndr.] ha una valenza complessa e, com'è proprio della parola latina, significa, in negativo, l'artificio, ma anche, in positivo, la creazione intellettuale, il frutto della dimensione creativa d'un disegno intellettuale; un aggettivo che reca scritto in sé l'elogio della capacità dei canonisti di edificare un loro mondo con figurazioni astratte ma non per questo meno efficaci ed incidenti sulla realtà».

² Secondo la tesi della c.d. immedesimazione organica è possibile imputare direttamente alla persona giuridica l'atto, e in generale l'attività, posto in essere dalla persona fisica che assume funzioni di "organo" della persona giuridica stessa. Nella *Relazione illustrativa* al D.lgs. 231/01, per individuare il criterio di imputazione oggettiva, si rappresenta che «...se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o - come nel caso del decreto legislativo - amministrative». In generale, sul rapporto di immedesimazione organica, seppur con riferimento al diritto pubblico, cfr. KELSEN (1959), p. 195, il quale idealizza la diversa costruzione della teoria dell'organo in termini di imputazione, intesa come il rapporto che lega un fatto all'ordinamento giuridico che qualifica quel fatto: «l'imputazione allo Stato di un'azione umana è possibile solo a condizione che questa azione sia determinata in modo specifico da un ordinamento normativo». Con riferimento alla responsabilità degli enti cfr. BERNASCONI (2008), p. 97; EPIDENDIO (2007), p. 38.

³ I titolari dell'ente (i soci, gli azionisti, gli associati, ...) sono annoverabili, seconda una certa e recente impostazione giurisprudenziale, tra i destinatari ultimi delle sanzioni *ex* D.lgs. 231/01 qualora l'ente risulti estinto prima della sentenza di condanna definitiva. In questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. IV, ud. 22/02/2022, dep. 17/03/2022, n. 9006, in *De Jure*.

⁴ Con riferimento ai diritti dell'ente cfr., da ultimo, DINACCI (2022), p. 8. Per una panoramica delle questioni processuali che emergono nel giudizio a carico dell'ente, anche alla luce del modello di imputazione cumulativa tra imputato-persona fisica ed ente, cfr. NICOLICCHIA (2022), p. 98.

⁵ Cfr. ROMANO (2002), p. 398, secondo cui l'art. 27 Cost. impedisce l'accertamento della responsabilità penale degli enti perché «una

estensione per nulla scontata se si considera che con il recente D.lgs. 188/2021, di recepimento della Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, il legislatore ha introdotto disposizioni integrative per il rafforzamento della presunzione di innocenza avendo cura di circoscriverne l'ambito di applicazione alle sole persone fisiche⁶. Almeno *prima facie*, infatti, nonostante i più consolidati e pure recenti approdi di legittimità ne neghino la previsione⁷, l'inversione dell'onere della prova per le ipotesi di violazione del modello da parte del soggetto in posizione apicale di cui all'art. 6 D.lgs. 231/01 continua a generare dubbi di legittimità rispetto alla citata disposizione costituzionale⁸.

Mutatis mutandis, all'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01 deve essere garantito un pieno riconoscimento del diritto di difesa al pari della presunzione di innocenza, anche considerando la natura *essenzialmente penale* della responsabilità dell'ente⁹. Ancor prima di verificare la compatibilità delle norme del Codice di rito con il regime di responsabilità dell'ente, secondo l'indicazione di cui all'art. 34 D.lgs. 231/01, quindi, occorre accertare se l'attuale assetto delle garanzie processuali previste dal D.lgs. 231/01 sia compatibile con la Costituzione e se le frizioni possano essere sanate attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata.

2. Il diritto al silenzio dell'ente: le ipotesi previste dalla normativa e le relative criticità.

Il diritto di difesa è nel suo nucleo essenziale radicato nel principio di civiltà giuridica espresso dal brocardo *nemo tenetur se detegere*¹⁰, quindi nel *diritto al silenzio* e nel ricompreso e distinto *privilegio di non autoincriminazione* che trova fondamento non solo nell'art. 24, co. 2, Cost., ma anche nelle fonti sovranazionali: la Corte di Strasburgo ha affermato che il «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» è sia corollario della nozione di *equo processo* di cui all'art. 6, paragrafo 1, della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* (CEDU), sia connesso alla presunzione di innocenza di cui al medesimo art. 6, paragrafo 2, CEDU¹¹.

Occorre almeno sommariamente osservare che mentre il diritto al silenzio è l'estrinsecazione di un'autodifesa passiva che consente al soggetto - sottoposto ad un procedimento penale ovvero a procedimenti da cui possano derivare sanzioni punitive in senso ampio - di non collaborare in alcun modo all'accertamento nei suoi confronti, il *privilege against self-incrimination* è garanzia specifica che si estrinseca nella facoltà di non contribuire alla possibile contestazione di ulteriori fatti da cui potrebbe sorgere un'incriminazione di matrice penale o amministrativo-punitiva, tra cui ricomprendere le sanzioni *ex* D.lgs. 231/01¹².

Se tali diritti e facoltà appaiono ormai ampiamente riconosciuti alle persone fisiche anche

responsabilità personale è anzitutto una responsabilità individuale, non di un insieme di persone; è una responsabilità per il fatto proprio di un singolo, non di un gruppo». Con riferimento alla presunzione di innocenza dell'ente cfr. FERRUA (2002), p. 231; FIDELBO (2005), p. 441; DE SIMONE (2010), p. 605; DINACCI (2022), p. 10; MAZZA (2010), p. 729; TAVASSI (2020), p. 252.

⁶ Il legislatore interno ha preferito non ampliare l'ambito di applicazione previsto dalla direttiva euro-unitaria che esclude espressamente le persone giuridiche, nonostante nel nostro ordinamento la regola di trattamento che deriva dalla presunzione di innocenza debba trovare piena applicazione anche nei confronti dell'ente vista l'equiparazione di cui all'art. 34 D.lgs. 231/01. Cfr. CANESCHI (2021), p. 12.

⁷ Cfr. da ultimo Cass. Pen., Sez. VI, ud. 11/11/2021, dep. 15/06/2022, n. 23401, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[i]n tema di responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi da soggetti in posizione apicale, la disciplina normativa delineata nell'articolo 6 del decreto legislativo n. 231 del 2001 non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio a carico dell'ente, giacché grava, comunque, sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa e grava altresì sull'accusa dimostrare che tale accertata responsabilità individuale si estende, poi, dall'individuo all'ente, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse/vantaggio dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della "colpa di organizzazione" dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di quest'ultimo». In dottrina cfr. SACCO (2018), p. 5.

⁸ Cfr. DINACCI (2022), p. 10; FIORIO (2016), p. 145; DE VERO (2001), p. 1126; PALIERO (2014), p. 474.

⁹ Cfr. ZAGREBELSKY (2003), p. 32; DE SIMONE (2002), p. 12. Cfr., altresì, FERRUA (2016), p. 705, secondo cui all'ente «debbono essere concesse tutte le fondamentali garanzie di cui gode nel sistema penale l'imputato: il principio della responsabilità personale per fatto proprio, la non presunzione di colpevolezza, il diritto alla contestazione dell'accusa, il diritto al silenzio, il contraddittorio, la regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio».

¹⁰ In tema di diritto al silenzio dell'imputato-persona fisica cfr. GREVI (1998), p. 1131; MAZZA (2004), p. 48; PATANÈ (2006), p. 86. Con riferimento al diritto al silenzio dell'ente cfr. CASONE (2018), p. 3972; GARUTI (2011), p. 1113.

¹¹ Cfr. le sentenze in termini della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, 05/04/2012, n. 11663, *Chambaz c. Svizzera*; Corte EDU, 05/02/1996, *John Murray c. Regno Unito*; Corte EDU, 2/12/2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*; Corte EDU, 17/12/1996, *Saunders c. Regno Unito*, tutte massimate in *OneLegale. WoltersKluwer*). La Corte costituzionale ha affermato che il diritto al silenzio trova ancoraggio, altresì, negli artt. 47 e 48 della CDFUE (cfr. C. cost., ud. 05/03/2019, dep. 10/05/2019, ord. n. 117, par. 9, su www.cortecostituzionale.it).

¹² Sulla distinzione tra diritto al silenzio e privilegio di non autoincriminazione cfr., in particolare, MAZZA (2022), p. 271.

nella prassi applicativa, con riferimento alla responsabilità dell'ente derivante da reato si registra, invece, una certa cedevolezza già sul piano normativo, poiché il legislatore si è limitato ad indicare - in tema di prove - la sola disposizione di cui all'art. 44 D.lgs. 231/01 che disciplina le ipotesi di *incompatibilità* con l'ufficio di testimone.

In particolare, rispetto alle tipiche facoltà - di non rispondere e di mentire - riconosciute all'indagato/imputato-persona fisica, l'art. 44, co. 1, lett. b) D.lgs. 231/01 prevede che *non* possa assumere l'ufficio di testimone *solo* (i) la persona imputata del reato presupposto e (ii) la persona che rappresenta l'ente nel processo ai sensi dell'art. 39 D.lgs. 231/01 e che rivestiva la funzione di legale rappresentante *anche* al momento della commissione del reato.

La disposizione si palesa del tutto distonica rispetto alla dichiarata volontà (art. 35 D.lgs. 231/01) di tendere ad una sovrapposizione delle garanzie tra imputato-persona fisica e accusato-persona giuridica perché omette di considerare le ulteriori ipotesi (su cui più ampiamente *infra*) che pure appaiono meritevoli di essere presidiate da quelle garanzie processuali finalizzate al pieno riconoscimento del diritto di difesa dell'ente.

Né del tutto convincente è il richiamo di cui all'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01 alla disciplina dell'esame di persona imputato in un procedimento connesso: l'interrogato che sia incompatibile con l'ufficio di testimone e che sia legato all'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01 è giudicato nello stesso procedimento penale pendente a carico dell'autore del reato presupposto secondo la regola del *simultaneus processus*, espressa all'art. 38, co. 1, D.lgs. 231/01. Una reale ed effettiva equiparazione tra imputato-persona fisica ed accusato-persona giuridica richiede che il rappresentante dell'ente incompatibile con l'ufficio di testimone sia esaminato, quindi, ai sensi dell'art. 208 c.p.p., con il riconoscimento di un pieno diritto al silenzio e della facoltà di non presentarsi per sottrarsi a qualsiasi domanda (diversamente l'art. 210, co. 1, c.p.p. prevede l'obbligo di presentarsi per essere esaminati e di sottoporsi alla verifica dell'identità personale di cui all'art. 66 c.p.p.).¹³ L'esplicito richiamo alla disciplina dell'esame dell'imputato in procedimento connesso di cui all'art. 210 c.p.p., dunque, si traduce in un'estensione *in malam partem* all'ente di un apparato normativo meno tutelante rispetto a quello previsto per l'imputato-persona fisica, criticità che meriterebbe di essere risolta in sede di riforma.

Infine, ed in ogni caso, l'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01 alimenta più di un dubbio su quale regime di garanzie debba effettivamente trovare applicazione nelle ipotesi (quelle sole espressamente previste) di incompatibilità a testimoniare: all'imputato del reato presupposto e alla persona che rappresenta l'ente nel processo e che rivestiva la funzione di legale rappresentante *anche* al momento della commissione del reato, infatti, pur essendo preclusa la testimonianza, potrebbe essere imposto, qualora si ritenesse applicabile la disciplina di cui all'art. 210, co. 6, c.p.p. in luogo di quella prevista all'art. 210, co. 1, c.p.p., un parziale obbligo di rispondere secondo verità, con relativo intrinseco rischio di incriminazione dell'ente (e, quindi, in senso lato, di autoincriminazione).

3. Le ulteriori ipotesi meritevoli di garanzia: la necessità di estendere l'incompatibilità a testimoniare ai dichiaranti legati all'ente da un *severo* rapporto funzionale.

L'ambiguità del perimetro di applicabilità dell'art. 44 D.lgs. 231/01 è pacificamente riconosciuta¹⁴.

Non tanto rispetto all'ipotesi di cui al primo comma, lett. a), che prevede l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato presupposto da cui dipende l'illecito amministrativo, quanto più in relazione all'ipotesi di cui al primo comma, lett. b), che prevede una deroga alla regola generale di equiparazione tra ente e imputato-persona fisica espressa all'art. 35 D.lgs. 231/01, perché esclude che possa assumere l'ufficio di testimone *la sola* persona indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39 D.lgs. 231/01 (rappresentante *ad processum* dell'ente), se rivestiva la funzione di rappresentante legale *anche* al momento della consumazione del reato presupposto.

Se queste sono le uniche ipotesi in cui il legislatore ha previsto l'incompatibilità a testi-

¹³ Sui vincoli derivanti dalla regola del *simultaneus processus* si rinvia all'ampia analisi di NICOLICCHIA (2022), p. 49.

¹⁴ Cfr. FERRUA (2002), p. 223; CAMALDO (2022), p. 1414; BASSI (2006a), p. 43; SANTORIELLO (2006), p. 91.

moniare, per differenza, tutti gli altri soggetti – ivi compresi coloro che si trovino in *severo* rapporto funzionale con l'ente (quindi gli apicali di cui all'art. 6 D.lgs. 231/01 ed i titolari dell'ente medesimo, in quanto legittimati a raccogliergli i profitti e sopportarne le perdite, anche derivanti dalle sanzioni irrogate dall'autorità giudiziaria) – potranno assumere l'ufficio di testimone.

Attraverso un esercizio di ricostruzione sistematica si può ritenere, in particolare, che assumano l'ufficio di testimone nel procedimento a carico dell'ente: (i) il rappresentante legale indicato nella dichiarazione di cui all'art. 39 D.lgs. 231/01 e che, quindi, rappresenta e “incarna” l'ente nel processo, ma che *non* rivestiva tale qualità al momento della commissione del reato presupposto; (ii) il rappresentante legale che era tale al momento della commissione del fatto, che non sia imputato del reato presupposto, ma che abbia cessato il rapporto di immediatezza organica con l'ente al momento della sua escussione¹⁵; (iii) il legale rappresentante della società che *non* si sia costituito nel processo penale; (iv) gli altri soggetti apicali privi del potere di rappresentanza legale.

All'evidenza sono soggetti che potrebbero essere indicati dalla Pubblica Accusa quali testi a carico dell'ente, con conseguente pregiudizio derivante direttamente da coloro che siano legati da un rapporto funzionale con l'ente medesimo e che il legislatore, tuttavia, trascura per salvaguardare la funzione cognitiva del procedimento penale¹⁶.

L'assenza di una disciplina idonea a garantire l'equilibrio dei relativi interessi di rilievo – il diritto di difesa dell'ente e la necessità di acquisizione probatoria dell'accusa – comporta distorsioni del sistema processuale e pregiudica l'ente, destinatario formale delle sanzioni eventualmente irrogabili all'esito del procedimento di accertamento dell'illecito.

Qualche considerazione, espressa per apici, consente di comprendere la natura del problema.

Il richiamo normativo al *solo* legale rappresentante indicato nella dichiarazione di cui all'art. 39 D.lgs. 231/01 – quindi al rappresentante *ad processum* – soggetto che potrebbe essere un rappresentante *ad hoc* nominato dall'ente ai soli fini del processo penale¹⁷, determina che i legali rappresentanti dell'ente che abbia scelto, com'è sua facoltà, di non costituirsi nel procedimento, rimanendo contumace ai sensi dell'art. 41 D.lgs. 231/01, siano sentiti come testimoni, con i relativi obblighi che ne conseguono.

Un tale primo profilo disvela come le ipotesi di incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) D.lgs. 231/01 non siano modellate sulla base delle caratteristiche dell'illecito amministrativo contestato all'ente – come avviene, invece, nella logica del 197 c.p.p.¹⁸ e della disciplina sui casi di connessione di cui all'art. 12 c.p.p.¹⁹, che si fonda sulle caratteristiche dei rapporti insistenti tra i vari soggetti in relazione al fatto di reato contestato agli imputati – persone fisiche – ma, invece, costruite in relazione a circostanze esterne ed estranee all'illecito che ben potrebbero essere modellate attraverso attente e ben riflettute scelte difensive e discrezionali dell'ente.

Criticità emergono, inoltre, sulla genuinità delle dichiarazioni che il legale rappresentante dell'ente potrebbe aver fornito in fase di indagini preliminari prima di aver avuto notizia del procedimento a suo carico ovvero prima dell'avvenuta annotazione dell'illecito ai sensi dell'art. 55 D.lgs. 231/01, disposizione che, vale la pena ricordare, prevede l'obbligo, senza alcuna discrezionalità, di iscrizione degli illeciti amministrativi dipendenti da reato²⁰, nonostante la

¹⁵ Le due ipotesi sono considerate anche da Fusco (2017), p. 175.

¹⁶ Cfr. CERESA GASTALDO (2015), p. 76.

¹⁷ Cfr. Trib. Milano, Sez. IV Penale, ord. 23/5/2013, *inedita*, in cui è stata ritenuta valida ed efficace la procura rilasciata dal legale rappresentante e socio unico di una società a responsabilità limitata, imputato del reato presupposto, ad un procuratore *ad hoc* nominato con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (procuratore *ad litem*), il quale aveva provveduto alla nomina del difensore per la costituzione in giudizio dell'ente imputato ai sensi del D.lgs. 231/01. Per un commento cfr. WEISS (2013). Cfr. anche Cass. Pen., Sez. VI, ud. 19/06/2009, dep. 28/10/2009, n. 41398, in *De Jure*.

¹⁸ Cfr. CARINI (2022), secondo cui «...l'ipotesi di incompatibilità in questione non copre le dichiarazioni relative a fatti diversi da quelli oggetto del procedimento collegato, per cui, in questo caso, il dichiarante deve essere considerato testimone a tutti gli effetti, e le sue dichiarazioni soggette al solo limite ordinario dell'attendibilità (C., Sez. III, 7.6.2006, Nastasi, in RP, 2007, 577). La natura eccezionale dell'istituto dell'incompatibilità con l'ufficio testimoniale impone, di conseguenza, di attribuire rilevanza alle sole ipotesi di vera e propria interferenza probatoria tra i diversi procedimenti nei quali la fonte di prova sia la stessa (C., Sez. V, 20.5.2009, Sganzerla, in Mass. Uff., 244491; C., Sez. VI, 12.2.2009, P.M. in proc. Maritato, in Mass. Uff., 243255; C., Sez. V, 8.7.2008, Sailis, in Mass. Uff., 241936; C., Sez. I, 17.2.1994, Mirabella, in MCP, 1995, 7, 92; in senso opposto, v. C., Sez. VI, 20.11.2003, Ignoti Parenti, in Mass. Uff., 229177, che ha ritenuto sussistente l'incompatibilità con l'ufficio di testimone anche nel caso in cui si versi in un semplice rapporto di “influenza” di una prova, intesa come elemento di giudizio o di valutazione, su di un'altra prova)».

¹⁹ Cfr. MONACO (2022).

²⁰ Cfr. MAZZA (2020), p. 138.

tendenza a “macchia di leopardo” sul territorio nazionale che si registra nella prassi applicativa del D.lgs. 231/01²¹. Considerando che le disposizioni di cui agli art. 197, 351 e 362 c.p.p., giusta la previsione di cui all’art. 34 D.lgs. 231/01, consentono l’assunzione di informazioni da parte della Polizia Giudiziaria e del Pubblico Ministero in fase di indagini preliminari, non vi sarebbe alcuna incompatibilità del legale rappresentante dell’ente – in quella fase procedimentale ancora non costituito – ad essere sentito a sommarie informazioni testimoniali, con relativo obbligo di dire la verità ed in assenza di difensore. Le criticità della disciplina, dunque, dovrebbero indurre gli enti a costituirsi quanto prima nel procedimento penale per poter beneficiare delle – seppur limitate – garanzie previste dalla normativa, posto che il divieto generale di lettura *ex art.* 514 c.p.p. delle dichiarazioni del legale rappresentante acquisite prima dell’avvenuta costituzione nel procedimento (o, addirittura, prima ancora dell’iscrizione dell’illecito *ex art.* 55 D.lgs. 231/01) ovvero il principio generale di cui all’art. 63 c.p.p., che esprime l’inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti, non appaiono rimedi sufficienti per scongiurare, in ogni caso, una lesione al diritto di difesa dell’ente, essendo i contenuti delle dichiarazioni entrati ormai nel bagaglio conoscitivo del Pubblico Ministero²².

Ebbene, il problema della garanzia del diritto di difesa dell’ente risulta manifesto: solo l’autore del reato presupposto ed il legale rappresentante che fosse tale *anche* al momento della commissione del fatto di reato e si sia costituito nel procedimento sono esaminati nelle forme di cui all’art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01 che richiama genericamente – ponendo ulteriori problemi interpretativi (*infra*) – le garanzie riconosciute ai coimputati in procedimenti connessi.

Ne restano esclusi, in balia di ogni possibile strumentalizzazione del procedimento, tutti gli ulteriori soggetti che, a vario titolo, potrebbero fortemente influenzare le sorti dell’ente, accusato per il *deficit* di organizzazione che avrebbe consentito la commissione del reato: affinché il soggetto rappresentato (l’ente) sia tutelato, occorre estendere almeno ad alcuni dei suoi (in senso atecnico) rappresentanti-portavoce le garanzie costituzionali, in ogni caso temperando l’estensione delle tutele con il legittimo interesse dello Stato alla conoscenza dei fatti oggetto di accertamento.

Il timore sussiste, in particolare, per gli apicali, che nella loro qualità avevano il potere di dotare l’ente di un modello di organizzazione e gestione e del relativo Organismo di Vigilanza al fine di prevenire i reati di cui al D.lgs. 231/01, vincolando tutti i soggetti in rapporto funzionale al rispetto di tale forma di autoregolamentazione. Proprio tale potere – che, non a caso, nella logica del sistema *ex D.lgs.* 231/01 si pone alla base del differente regime probatorio previsto agli artt. 6 e 7 a seconda che il reato sia commesso da soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza²³ ovvero, appunto, da soggetti apicali – dovrebbe costituire il criterio per individuare a chi debba essere garantito l’esercizio delle facoltà tipiche di estrinsecazione del diritto di difesa nell’interesse dell’ente.

Non solo, dunque, il legale rappresentante che si sia costituito nel procedimento ai sensi dell’art. 39 D.lgs. 231/01 e fosse tale al momento della commissione del fatto di reato, ma anche gli ulteriori soggetti apicali che abbiano avuto il potere-dovere di organizzare l’ente nella prospettiva di evitare il reato presupposto (operando *ex ante*) ovvero di mitigare le eventuali sanzioni irrogabili a carico dell’ente (al momento del procedimento, con l’adozione di un modello *ex post*). Trattasi, invero, di soggetti che avrebbero potuto incidere – volontariamente e diligentemente – nella prospettiva prevenzionistica indicata dal D.lgs. 231/01 e che, come tali, ben potrebbero essere in possesso di informazioni e dettagli determinanti per l’affermazione della responsabilità dell’ente.

In aggiunta, le medesime cautele dovranno essere riconosciute ai titolari dell’ente (soci, azionisti, associati) che saranno chiamati a sopportare l’eventuale sanzione irrogata all’esito del procedimento *de societate*, perché il costo da reato determina in ogni caso una *diminuito* del patrimonio dell’ente e, peraltro, secondo una recente – e criticabile – impostazione giurispru-

²¹ Cfr. CENTONZE – MANACORDA (2023), p. 25.

²² Distinto ed ulteriore è, invece, il problema relativo alle modalità con cui acquisire in dibattimento le dichiarazioni rese dall’indagato del reato presupposto contro l’ente in fase di indagini preliminari. L’utilizzo del meccanismo di cui all’art. 503 c.p.p. consentirebbe l’acquisizione di elementi probatori *contra alios* (quindi contro l’ente) formati in assenza di contraddittorio con l’ente. In dottrina, quindi, si è suggerito di attribuire all’imputato del reato presupposto il ruolo di coimputato nel medesimo reato, il quale abbia rilasciato in precedenza dichiarazioni etero-accusatorie, applicando il modello di cui all’art. 210, co. 1, c.p.p. e consentendo l’applicazione dell’esame dibattimentale ai sensi dell’art. 500 c.p.p., con le differenze relative ai meccanismi contestativi. In questo senso cfr. SCALFATI (2022), p. 351.

²³ La commissione di un reato, invece, da parte dei soggetti sottoposti, che subiscono la scelta dell’eventuale mancata adozione del modello da parte degli apicali, proprio perché non può costituire di per sé indice di una disorganizzazione rimproverabile all’impresa, richiede che sia fornita prova in tal senso da parte dell’accusa, ai sensi dell’art. 7 D.lgs. 231/01. Sul punto sia consentito rinviare a KELLER (2022), p. 388.

denziale, in caso di estinzione della società le conseguenze *ex* D.lgs. 231/01 possono ricadere direttamente sui soci²⁴ che, quindi, non dovrebbero essere chiamati a contribuire all'esercizio di quella funzione gnosologica e di accertamento che si prefigge il procedimento *ex* D.lgs. 231/01.

Un'ultima necessaria considerazione, prima di analizzare la disciplina: il problema del diritto al silenzio si pone ai fini della tutela diretta dell'ente, dovendo considerare il dichiarante-portavoce dell'organizzazione collettiva quale soggetto in grado di rendere dichiarazioni auto-accusatorie, da intendersi quali dichiarazioni idonee a confermare l'illecito amministrativo a carico dell'ente²⁵. Non solo: il diritto al silenzio si pone, altresì, quale baluardo imprescindibile per lo stesso dichiarante che potrebbe rendere dichiarazioni etero-accusatorie nei confronti dell'autore del reato presupposto, elemento essenziale ai fini dell'accertamento dell'illecito amministrativo²⁶. La relazione simbiotica che insiste tra reato ed illecito sotto il profilo strutturale è del resto pienamente riconosciuta anche a livello processuale, considerando che l'art. 38 D.lgs. 231/01 indica la regola generale dell'unicità della trattazione delle regudicande relative al reato e quella attinente alla responsabilità dell'ente²⁷. Ed ancora, ulteriori criticità emergono nell'ipotesi in cui si proceda non al *simultaneus processus*, bensì con trattazione separata, in cui il legale rappresentante dell'ente non potrebbe reclamare l'incompatibilità nel procedimento a carico della persona fisica: l'art. 44 D.lgs. 231/01, infatti, si ritiene applicabile al solo procedimento *de societate* e non anche al procedimento a carico della persona fisica imputata del reato presupposto²⁸.

4. Le questioni interpretative relative all'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01: alla ricerca della normativa applicabile.

L'attuale regime di garanzie previsto per coloro che non possono assumere l'ufficio di testimone è affetto da un *deficit* di precisione. L'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01, infatti, non indica se nei casi di cui al primo comma debba trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 210, co. 1, c.p.p. prevista per l'esame dell'imputato in procedimento connesso ai sensi degli artt. 12, co. 1, lett. a) e 197, co. 1, lett. a), c.p.p. (c.d. connessione *forte*)²⁹ ovvero debba applicarsi la disciplina di cui all'art. 210, co. 6, c.p.p., prevista per i coimputati in procedimenti connessi teleologicamente ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. c) c.p.p. (c.d. connessione debole) ovvero ai sensi dell'art. 371, co. 2, lett. b) e 197, co. 1, lett. b) c.p.p. (procedimenti probatoriamente collegati)³⁰.

La differenza non è trascurabile: mentre nell'ipotesi di connessione *forte* l'incompatibilità con l'ufficio di testimone è *assoluta* ed il dichiarante ha l'obbligo di presentarsi al giudice³¹,

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, ud. 22/02/2022, dep. 17/03/2022, n. 9006, in *De Jure*, in cui si è affermata la responsabilità per l'illecito commesso dall'ente anche se estinto, diversamente da quanto prevede l'art. 150 c.p. per l'imputato-persona fisica: «[i]n tema di responsabilità da reato degli enti, la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese non determina l'estinzione dell'illecito previsto dal d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, commesso nell'interesse ed a vantaggio dello stesso. (Fattispecie relativa alla responsabilità di una società di capitali per l'illecito previsto dall'art. 25-septies, co. 3, del citato D.lg., in relazione al reato di cui all'art. 590 c.p., in cui la Corte ha precisato che all'estinzione della persona giuridica consegue il passaggio diretto della titolarità dell'impresa ai singoli soci, non venendo meno i rapporti sorti anteriormente allo scioglimento)».

²⁵ È stato sottolineato il rischio che il dichiarante possa «scaricare la responsabilità su altri addetti all'ente ovvero coinvolgere più pesantemente la persona giuridica, evidenziando profili di irresponsabilità organizzativa», così BASSI (2006b), p. 611.

²⁶ Cfr. DINACCI (2022), p. 21.

²⁷ Cfr. NICOLICCHIA (2022), p. 100.

²⁸ Sul punto si rinvia all'analisi di NICOLICCHIA (2022), p. 105, il quale rileva come «...una simile conclusione risulta a dir poco opinabile nel momento in cui finisce per modulare l'estensione del diritto al silenzio della persona giuridica attraverso il proprio rappresentante solo in funzione del diverso contesto, laddove all'imputato-persona fisica la prerogativa risulta invece generalmente assicurata dal codice a prescindere dalla sede in cui questi è chiamato a deporre». In effetti, vale la pena considerare che, in queste ipotesi, potrebbe non essere possibile individuare il rappresentante *ad processum* indicato dalla società nell'atto di costituzione e, come tale, e solo come tale, incompatibile a rivestire l'ufficio di testimone considerando che la dichiarazione *ex* art. 39 D.lgs. 231/01 potrebbe non essere ancora stata formalizzata e, in ogni caso, a parere di chi scrive, essa sarebbe relativa ed avrebbe effetto nel solo e separato procedimento relativo all'accertamento dell'illecito amministrativo.

²⁹ La disciplina si applica sia agli imputati nei cui confronti si è proceduto separatamente, sia nei confronti del coimputato nel medesimo procedimento, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 210 c.p.p. Cfr. C. cost., ud. 19/05/1998, dep. 02/11/1998, n. 361, su www.cortecostituzionale.it.

³⁰ La distinzione in due categorie di soggetti è tipica in dottrina. Cfr. BITONTI (2016), p. 10. Per una disamina generale della disciplina cfr. CENCI (2022).

³¹ L'obbligo di presentazione sussiste nella sola ipotesi in cui nei confronti del dichiarante, che non può assumere l'ufficio di testimone *ex* art. 197, co. 1, lett. a) c.p.p., si sia proceduto separatamente, come previsto all'art. 210, co. 1, c.p.p. Non sussiste, invece, nei confronti dei coimputati nello stesso procedimento legati da c.d. connessione *forte* ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. a), c.p.p., in tal caso prevenendo l'art. 208 c.p.p. che l'imputato possa sottrarsi all'esame diretto senza alcuna necessità di presentarsi al giudice.

avendo però la facoltà di non rispondere e di mentire³², non sussistendo alcun obbligo di verità, nelle ipotesi di connessione *debole* l'incompatibilità con l'ufficio di testimone è *relativa* ed il dichiarante può rinunciare alle garanzie e rendere dichiarazioni *contra alios*, assumendo l'ufficio di testimone, con conseguente obbligo di verità³³.

È così che nell'ipotesi di connessione *forte* il dichiarante ha la facoltà di non rispondere anche sul fatto altrui³⁴; nell'ipotesi di connessione *debole*, invece, il legislatore ritiene che il dichiarante possa rinunciare alla facoltà di non rispondere sulla responsabilità di altri, in tal caso assumendo il dovere di dire la verità. La distinzione, sottile, trova ragione d'essere perché nelle ipotesi di connessione *forte* il diritto del dichiarante di mentire per difendersi dipende dal fatto che le sue dichiarazioni rientrerebbero nel perimetro della *chiamata in correità* sussistendo un *idem factum* tale per cui il fatto proprio ed il fatto altrui sono ritenuti inscindibili³⁵; nelle ipotesi di connessione *debole*, invece, si tratterebbe di mere *chiamate in reità*³⁶ relative a fatti criminosi in ogni caso diversi.

Occorre, quindi, interrogarsi sulla relazione che insiste tra l'imputato-persona fisica, chiamato a rispondere di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole previsto da una fattispecie incriminatrice richiamata dal c.d. catalogo dei reati presupposto, e l'accusato-persona giuridica, responsabile di un *deficit* organizzativo che ha consentito la verifica del reato presupposto.

L'analisi del sistema di cui al D.lgs. 231/01 restituisce la certezza che tra reato presupposto ed illecito amministrativo dell'ente sussista una relazione univoca, poiché il reato – consumato o tentato – costituisce presupposto indefettibile per la punibilità di quelle carenze organizzative rimproverabili all'ente³⁷: se il fatto di reato non sussiste, non vi può essere alcuna responsabilità ascrivibile all'ente. L'univocità della relazione è coerente con la radice della responsabilità, perché pur trattandosi di rimproveri differenti – l'uno attinente alla commissione di un fatto che integra una fattispecie incriminatrice, l'altro alla disorganizzazione che ha consentito la commissione del reato – è il medesimo *fatto storico* che consente la gemmazione del procedimento a carico dell'ente: l'illecito amministrativo è costituito dal reato presupposto e dalla colpa d'organizzazione, che insistono tra loro in un rapporto causale diretto³⁸. La radice,

³² Eloquente un passaggio motivazionale di una recente pronuncia di legittimità: «...diversi dei dichiaranti, escussi nelle indagini preliminari, sono stati esaminati anche successivamente, al dibattimento, come, peraltro, documentato con il ricorso e [...] comunque, alcuni di questi hanno reso, in parte, dichiarazioni che involgono profili di responsabilità di concorrenti nel medesimo reato loro ascritto (C., D.L., P.). Rispetto a tale parte delle dichiarazioni si osserva che non è prescritto alcun avvertimento *ex art. 64 c.p.p.*, comma 3. Ed invero, è principio pacifico, espresso da questa Corte, quello secondo il quale gli imputati concorrenti nel medesimo reato, non devono ricevere l'avvertimento previsto dall'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c) prima di assumere le loro dichiarazioni, in quanto tali soggetti, deponendo su fatti inscindibili, non potrebbero mai assumere la veste di testimoni (Sez. 4, n. 1517 del 03/12/2013 - dep. 2014; Tarko, Rv. 258513; Sez. 1, n. 1563 del 05/12/2006 - dep. 2007, Montalto, Rv. 236227). Ciò in quanto si è notato che per fatti concernenti la responsabilità altrui, come previsto dall'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c), deve intendersi il fatto che è soltanto "altrui", in quanto afferente a reato connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p., comma 1, lett. c), o collegato ai sensi dell'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b)), così Cass. Pen., Sez. V, ud. 21/05/2018, dep. 27/09/2018, n. 42559, in *De Jure*.

³³ Ed infatti: «[q]uesti soggetti diventano inoltre compatibili per scelta volontaria. Ecco la novità della nuova disciplina. Lo conferma l'art. 210, co. 6, c.p.p. «Le disposizioni dei commi precedenti si applicano» a tali soggetti quando «non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato». Avendo taciuto, restano incompatibili, e a dibattimento sono esaminati come tali, soltanto «assumono l'ufficio di testimone» se, dopo il relativo avvertimento, narrano fatti contro o a favore di altri. L'art. 197-bis, co. 2, c.p.p. ribadisce regola identica, formulandola in positivo: l'imputato in procedimento teleologicamente connesso o per reato probatoriamente collegato «può essere sentito come testimone, inoltre [cioè fuori dai casi di irrevocabilità], nel caso previsto dall'art. 64, co. 3, lett. c), che è il caso di chi consapevolmente (perché preavvertito) rinuncia all'incompatibilità e si impegna come testimone», così BITONTI (2016), p. 10. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26/03/2015, dep. 29/07/2015, n. 33853, con nota di DELLA TORRE (2015).

³⁴ Cfr. GUALAZZI (2022). Qualora l'interrogato renda dichiarazioni accusatorie nei confronti del proprio concorrente non assumerà, in relazione alle stesse, l'ufficio di testimone, in quanto dovendo rispondere dello stesso reato - in concorso o in cooperazione, se si tratta di delitto colposo - l'assoluta incompatibilità a testimoniare appare l'unica strada idonea ad assicurare un effettivo espletamento della propria difesa. Tale incompatibilità cade, *ex art. 197 bis*, co. 1, c.p.p., solo in caso di pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna o di proscioglimento o di applicazione di pena su richiesta delle parti divenuta irrevocabile.

³⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, ud. 12/07/2016, dep. 26/07/2016, n. 32486, in *De Jure*.

³⁶ In questo senso ancora attuale il principio espresso in Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26/03/2015, dep. 29/07/2015, n. 33853, in *Diritto Penale Contemporaneo*, per cui l'avvertimento di cui all'art. 64, co. 3, lett. c) c.p.p. a dibattimento deve essere dato ai soggetti imputati in caso di c.d. connessione debole o procedimenti collegati sia in caso di condotta sempre silente, sia nel caso in cui il soggetto abbia narrato fatti *erga alios*, ma senza previo avvertimento, poiché la conseguenza della violazione dell'avvertimento è l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese.

³⁷ La necessaria sussistenza del reato presupposto per la punibilità dell'ente porta - secondo una determinata impostazione dogmatica - a qualificare il reato quale condizione obbiettiva di punibilità rispetto all'illecito. In tal senso cfr. MUCCIARELLI (2022), p. 19, in cui si afferma: «[p]iù agevole - e in questo senso più lineare sul piano sistematico - riconoscere una radicale alterità fra reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte della persona fisica qualificata qualora si accettasse l'impostazione per la quale il reato-presupposto altro non è se non una condizione obbiettiva di punibilità del fatto proprio dell'ente, costituito quest'ultimo dalla colpa di organizzazione (sia nella dimensione obbiettiva di deficit organizzativo sia rispetto al profilo della rimproverabilità)». Tesi già sostenuta dall'Autore in MUCCIARELLI (2011), p. 435. Cfr., altresì, SANTORIELLO (2018), p. 11.

³⁸ L'orientamento che si va consolidando in giurisprudenza ritiene che l'illecito amministrativo debba essere ricostruito ed accertato secondo il prototipo dei reati colposi d'evento. In questo senso, da ultimo, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, ud. 11/11/2021, dep. 15/06/2022, n. 23401, in *Sistema Penale*, con nota di PIERGALLINI (2022).

quindi, è costituita da un *idem factum*, caratteristico della connessione *forte* di cui all'art. 12, co. 1, lett. a) c.p.p., come affermato già nella celebre sentenza relativa alla vicenda *Fisia Impianti* ed al profitto confiscabile, che costituisce un *case study* ancora attuale, in cui le Sezioni Unite hanno attribuito rilevanza all'identità fattuale e alla necessità di inquadrare il rapporto tra responsabilità dell'ente e responsabilità della persona fisica nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale (o, meglio, della cooperazione colposa)³⁹.

In questo schema, quindi, la relazione tra imputato-persona fisica e ente diverge da quella che intercorre tra l'imputato che abbia commesso un reato e colui che ne abbia posti in essere altri per eseguire od occultare quello del primo: in quest'ultimo caso, infatti, l'eventuale insussistenza di un fatto di reato non determina automaticamente l'assenza di responsabilità anche dell'autore del fatto teleologicamente connesso.

Né ad un differente approdo si giunge considerando la previsione di cui all'art. 8 D.lgs. 231/01, la cui rubrica definisce *autonoma* la responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'imputato-persona fisica, poiché la norma si limita ad indicare le ipotesi in cui deve ritenersi sussistente la responsabilità dell'ente nonostante l'assenza di una pronuncia di affermazione della responsabilità dell'autore del reato presupposto: anche quando l'autore del reato non è stato identificato – ipotesi c.d. di imputazione soggettivamente alternativa – o non è imputabile ovvero il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia, infatti, sussiste *ab origine* un fatto di reato connotato da elementi oggettivi che consente di muovere il rimprovero all'ente.

Non può esservi alcun *deficit* organizzativo da rimproverare all'ente, invece, in assenza del reato presupposto. Il rapporto di stretta dipendenza tra reato e responsabilità dell'ente rappresenta quell'*unicum* che è caratteristico del D.lgs. 231/01 al punto che l'ente non è assimilabile ad un soggetto terzo disinteressato alla vicenda processuale dell'imputato-persona fisica.

Questi argomenti confermano l'esigenza di assumere la prova dichiarativa nel processo a carico dell'ente assicurando la disciplina (dovendo escludere l'art. 208 c.p.p. come *expressis verbis* indicato dal legislatore) di cui all'art. 210, co. 1, c.p.p. ed il relativo diritto al silenzio anche sulla responsabilità per fatto altrui, espressamente da prevedere non solo per le ipotesi contemplate dall'art. 44, co. 1, D.lgs. 231/01, ma anche per le ulteriori ipotesi non contemplate dal legislatore relative alle dichiarazioni di soggetti legati all'ente da un severo rapporto funzionale con l'ente medesimo (apicali e titolari dell'ente)⁴⁰. Solo in tal modo interpretando la disciplina si arginerebbe il rischio di far gravare sui soggetti in *severa* posizione funzionale con l'ente l'obbligo di verità (art. 210, co. 6, c.p.p.) alla responsabilità dell'autore del fatto di reato presupposto, da cui potrebbe derivare un pregiudizio per l'ente medesimo trattandosi di prova della sussistenza di un elemento necessario per l'accertamento dell'illecito amministrativo.

5. Verso l'estensione del diritto al silenzio.

È da ritenersi approdo acquisito che il diritto al silenzio (in cui è da ritenersi ricompresa la distinta facoltà di non autoincriminazione, da intendersi rispetto ai fatti ulteriori) sia una delle forme di estrinsecazione del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato⁴¹. Lo scopo è evitare che il presunto innocente, possibile destinatario delle sanzioni che verranno irrogate all'esito

³⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27/03/2008, dep. 02/07/2008, n. 26654, in *De Jure*, nella cui parte motiva si afferma: «[l]a responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio d'imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato "a vantaggio" o "nell'interesse" del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V'è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe anti-giuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (D.lgs. n. 231, art. 8), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore, da parte di un soggetto fisico qualificato».

⁴⁰ L'estensione del diritto al silenzio e del privilegio di non autoincriminazione (da intendersi rispetto all'ente) richiederebbe contestualmente uno sforzo del legislatore teso a *tassativizzare* la categoria degli apicali, la cui assenza di definizione genera più di un dubbio interpretativo (è l'ipotesi del delegato sicurezza, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, ud. 24/05/2022, dep. 21/09/2022, n. 34943, e del direttore generale, cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 04/07/2017, dep. 25/07/2017, n. 36822, in *De Jure*). Tuttavia, è da osservare che, nella diversa prospettiva di individuare il contenuto del requisito dell'elusione fraudolenta, si è di recente proposto di superare in prospettiva *de lege ferenda* la distinzione tra apicali e sottoposti nella sistematica del D.lgs. 231/01. In questo senso cfr. CENTONZE – MANACORDA (2023), p. 25. In tale ipotesi, ai fini processuali sarebbe necessario *tassativizzare* specificamente i soggetti a cui l'incompatibilità a testimoniare debba essere accordata.

⁴¹ Cfr., *ex multis*, CGUE, Grande Sezione, 02/02/2021, n. 481, in *De Jure*; C. cost., ud. 25/05/2022, dep. 14/06/2022, n.148, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. III, ud. 17/05/2022, dep. 31/08/2022, n. 32027, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. III, ud. 17/05/2022, dep. 31/08/2022, n. 32027, in *De Jure*.

del procedimento pendente a suo carico, possa essere posto in una situazione di conflitto tra l'obbligo testimoniale di rispondere secondo verità di cui all'art. 198 c.p.p. e la tutela dei propri interessi.

Trattasi di diritto riconosciuto in tutte le democrazie liberali: negli Stati Uniti fin dal caso *Miranda* (da qui, appunto, i c.d. *Miranda Warnings*; nel vecchio continente individuato quale corollario dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU; nell'ordinamento interno ricondotto all'art. 24, co. 2, Cost.

5.1.

In particolare: l'estensione ai procedimenti amministrativi punitivi.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha esteso l'ambito di applicazione del principio del *nemo tenetur se detegere* ai procedimenti amministrativi punitivi, tali da intendersi quelli che comportano l'applicazione di sanzioni di carattere penale, ancorché etichettate come amministrative, ed in cui le dichiarazioni (anche se auto-accusatorie) sono riversate nei procedimenti penali instaurati a carico degli stessi individui che le hanno rese in sede amministrativa⁴².

L'approdo a livello sovranazionale è stato raggiunto all'esito di un procedimento civile nostrano nell'ambito del quale la Corte di cassazione era stata chiamata a risolvere la questione dell'estensione della garanzia accordata dal principio *nemo tenetur se detegere* nei procedimenti amministrativi davanti all'autorità pubblica di vigilanza Consob⁴³, la quale – in un procedimento per abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 bis D.lgs. 58/1998 (T.U.F.), all'esito del quale aveva inflitto le sanzioni a carico della persona fisica – aveva incidentalmente ravvisato l'integrazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F. che sanziona, quando il fatto non integra il delitto di *ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza* ex art. 2638 c.c., «chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni». Nel caso di specie, il ricorrente aveva ingiustificatamente ritardato, per oltre cinque mesi, di presentarsi davanti all'Autorità ai fini della richiesta audizione, durante la quale non aveva peraltro rilasciato dichiarazioni e, per tale ragione, gli era stata inflitta la sanzione di euro 50.000,00⁴⁴.

La Corte di cassazione aveva sollevato questione di illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F., nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. b), L. 18 aprile 2005, n. 62 – nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non adempiere tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti l'abuso di informazioni privilegiate – in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 6 CEDU e con riferimento all'art. 14, co. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici siglato a New York il 16 dicembre 1966, nonché in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo la Corte di legittimità, infatti, la sanzione era da ritenersi incompatibile con il principio *nemo tenetur se detegere* anche in considerazione del fatto che le dichiarazioni rese nell'ambito dell'audizione davanti all'Autorità di vigilanza devono essere trasmesse, ai sensi dell'art. 187 *decies*, co. 2, T.U.F., al Pubblico Ministero se si ravvisano gli estremi di una condotta penalmente rilevante.

La Corte costituzionale, quindi, aveva rimesso la questione alla CGUE in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE al fine di verificare se la normativa unionale⁴⁵ – se interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a sanzionare con sanzioni amministrative di natura punitiva chi si rifiuta di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità – fosse da ritenersi compatibile con gli artt. 47 e 48 CDFUE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁴⁶. La questione pregiudiziale era stata sollevata sul

⁴² Il riferimento è alla sentenza della Grande Sezione della CGUE, 02/02/2021, C-481/19, DB c. *Consob*, in *Giurisprudenza Penale Web*.

⁴³ Cfr. Cass. Civ., Sez. II, ud. 14/042017, dep. 16/02/2018, ord. n. 3831, con nota di GATTA (2018), p. 156.

⁴⁴ Cfr. MACCHIA (2020), p. 4423.

⁴⁵ In particolare, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014.

⁴⁶ C. cost., ord. n. 117/2019, *cit.* Per un commento cfr. RUGGERI (2019), p. 242.

presupposto che il diritto al silenzio dovesse considerarsi corollario del diritto di difesa⁴⁷ ed al fine di far valutare se un tale diritto potesse essere riconosciuto in un procedimento amministrativo funzionale all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva secondo i noti criteri *Engel*⁴⁸.

Investiti della questione pregiudiziale, i Giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto la sussistenza di un diritto al silenzio, ai sensi degli artt. 47, co. 2, e 48 CDFUE, nell'ambito dei procedimenti pendenti a carico di persone fisiche innanzi alla Consob per illeciti amministrativi di abuso di mercato⁴⁹. Alla luce della giurisprudenza della Corte EDU relativa al diritto ad un equo processo, infatti, la Corte di Giustizia è giunta ad affermare che il diritto al silenzio impedisce di sanzionare l'imputato per il rifiuto di fornire all'autorità competente dichiarazioni da cui potrebbero scaturire responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative punitive oppure espressamente penali.

Così risolve la questione pregiudiziale, la Corte costituzionale ha dichiarato, prendendo atto del riconosciuto diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni per tutelare il diritto al silenzio delle persone fisiche, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F. nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob o alla Banca d'Italia dichiarazioni nella prospettiva di evitare sanzioni amministrative di carattere punitivo⁵⁰.

Non solo, quindi, è stata ampliata l'operatività del diritto al silenzio alle ipotesi in cui, seppur non generate nel procedimento penale, le dichiarazioni potrebbero comportare l'applicazione di sanzioni punitive per il dichiarante, ma è stato anche posto un freno al *trend* che per lungo, troppo tempo, aveva consentito che le dichiarazioni auto-accusatorie rese nei procedimenti amministrativi punitivi potessero essere qualificate come *prove preconstituite* da riversare ed acquisire *de plano* nel processo penale.

5.2.

(segue): *l'estensione nella dimensione eurounitaria (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21).*

Il percorso verso un più ampio riconoscimento all'ente delle garanzie della persona fisica intrapreso a livello sovranazionale non pare destinato ad arrestarsi: ancor più di recente, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che «[i]ntegrano un pregiudizio manifestamente sproporzionato al principio della presunzione di innocenza, nonché ai diritti della difesa garantiti dall'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le disposizioni di una disciplina nazionale che consentano al giudice di irrogare ad una persona giuridica una sanzione penale per un reato commesso dal suo rappresentante legale prima che sia definito il processo penale nei confronti di quest'ultimo e senza che l'ente possa contestare la commissione di tale reato»⁵¹.

I Giudici di Lussemburgo erano stati chiamati a decidere in via pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 4 e 5 della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (GU 2005, L 68), nonché dell'articolo 49 CDFUE: in estrema sintesi, si trattava di verificare la legittimità dell'irrogazione all'ente di una sanzione pecuniaria per il reato commesso dal suo rappresentante pur in assenza del previo accertamento del reato che era oggetto di un procedimento penale parallelo pendente in Bulgaria e non ancora concluso in via definitiva.

Nel confermare l'equiparazione tra imputato-persona fisica e accusato-persona giuridica,

⁴⁷ In questo senso cfr. C. cost., ord. n. 117/2019, *cit.*, par. 7.1.

⁴⁸ Il riferimento è alla sentenza Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 08/06/1976, su www.hudoc.echr.coe.int. Cfr., altresì, Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21/02/1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di PALIERO (1985), p. 894. Nell'ordinanza di rimessione alla CGUE, la Corte costituzionale ricorda che «... in molteplici occasioni essa ha ritenuto che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* [...], della sufficiente precisione del precetto sanzionato [...], nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* [...]. Inoltre, questa Corte ha già più volte affermato che le sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura "punitiva" [...], così come – peraltro – ritenuto dalla stessa Corte di giustizia UE» (così C. cost., ord. n. 117/2019, *cit.*).

⁴⁹ Cfr. CGUE, 02/02/2021, C-481/19, *DB c. Consob*, par. 37-45, in *Giurisprudenza Penale Web*.

⁵⁰ C. cost., ud. 13/04/2021, dep. 30/04/2021, n. 84, su www.cortecostituzionale.it. Per un commento cfr. SPANGHER (2021), p. 1046; AMATI – INSOLERA (2022), p. 89; PERRONE, (2022), p. 10; DI DIO (2021), p. 4.

⁵¹ Cfr. CGUE, 10/11/2022, n. 203, C-203/21, in *De Jure*.

la Corte ha ribadito⁵² che l'art. 48, co. 1, CDFUE – secondo cui ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non è stata legalmente provata – impedisce di punire l'ente senza accertamento del reato, circostanza che arrecherebbe «un pregiudizio manifestamente sproporzionato al principio di presunzione di innocenza» e ai diritti della difesa, garantiti alla persona giuridica così come alla persona fisica.

6. Il processo osmotico del diritto al silenzio: dagli imputati-persone fisiche ai dichiaranti-persone fisiche legati all'ente da un severo rapporto funzionale.

La giurisprudenza di Lussemburgo assume una portata non trascurabile nell'ambito dell'ordinamento interno ed induce al riconoscimento del *diritto al silenzio* e del distinto *privilege against self-incrimination* a colui che, legato da un certo *tipo* di rapporto funzionale, sia chiamato a rendere dichiarazioni per l'ente sottoposto a procedimento amministrativo e potenzialmente destinatario di sanzioni di natura punitiva. Un ordinamento che si prefigga l'obiettivo di punire l'organizzazione con cui è esercitata una determinata attività d'impresa – e quindi in ultima istanza, andando oltre la *factio iuris*, di punire direttamente quegli individui che, in *severo* rapporto funzionale con l'ente, abbiano agito, diretto e indirizzato le scelte dell'ente (i soggetti apicali) ovvero quantomeno goduto dei relativi profitti (i titolari dell'ente), soggetti su cui (almeno indirettamente) potrebbero ricadere (cfr. *supra*) le sanzioni irrogabili all'esito del procedimento penale finalizzato al riconoscimento della responsabilità *ex D.lgs. 231/01* – deve garantire, affinché il potere punitivo sia esercitato legittimamente, un effettivo equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU ed un concreto esercizio del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost., prevedendo un apparato normativo in grado di impedire che i dichiaranti siano costretti a riferire elementi auto-accusatori, nel senso di accusatori *verso* l'ente a cui sono legati, ed etero-accusatori, quantomeno con riferimento all'autore del reato presupposto, il cui accertamento costituisce presupposto indefettibile per l'irrogazione della sanzione all'ente⁵³.

Se realmente si ritiene che il *nemo tenetur se detegere* sia uno dei principi che esprimono la garanzia del diritto di difesa e dell'equo processo, principi irrinunciabili, allora l'applicabilità alla persona giuridica, quindi all'ente *meta-individuale*, non dovrebbe essere messa in discussione, né resa nella pratica processuale di impossibile esercizio. E non sarebbe la prima volta che si dia seguito al processo di adattamento delle disposizioni della carta fondamentale alle situazioni procedurali in cui non è – almeno formalmente – l'individuo nella sua materialità ad essere protagonista⁵⁴.

7. La via dell'interpretazione costituzionalmente orientata e le prospettive *de lege ferenda*.

Il contrasto con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. della laconica disciplina di cui all'art. 44 D.lgs. 231/01 – che peraltro richiama, al secondo comma, la disciplina di cui all'art. 210 c.p.p. in luogo di quella dell'art. 208 c.p.p., ignorando la regola del *simultaneus processus* – appare sanabile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata idonea a salvare la norma censurata, quantomeno attenendosi all'impostazione ermeneutica consolidata del

⁵² In questo senso cfr. CGUE, 15/04/2021, C-611/18; CGUE, 22/12/2010, C-279/09, in *De Jure*, quest'ultima relativa alla presunzione di innocenza.

⁵³ Con riferimento ai criteri *Engel* e all'estensione del diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi punitivi si rappresenta che la Corte costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 64, co. 3, c.p.p. in particolare nella parte in cui la norma non prevede il diritto al silenzio del soggetto sottoposto al procedimento amministrativo volto all'applicazione della sanzione di cui all'art. 75, co. 1, D.P.R. 9.10.1990, n. 309. In quest'ipotesi la Consulta, facendo riferimento alla valutazione circa la natura penale della sanzione secondo gli *Engel criteria*, ha ritenuto che le sanzioni irrogabili all'esito del procedimento amministrativo in esame non fossero caratterizzate da quell'affinità tale da richiedere l'applicazione delle garanzie previste per il procedimento penale (cfr. C. cost, ud. 27/4/2022, dep. 14/6/2022, n. 148, in *De Jure*).

⁵⁴ Il riferimento è alla presunzione di innocenza dell'ente. Cfr. TAVASSI (2020), p. 252; AMATO (2010), p. 163; MAZZA (2010), p. 726, il quale, all'esito dell'analisi della regola di giudizio dell'illecito dell'ente, conclude che «la responsabilità dell'ente va esclusa non solo in presenza della piena prova di “non colpevolezza”, ma anche quando non vi siano elementi a sostegno dell'ipotesi accusatoria ovvero quelli raccolti rimangono insufficienti o contraddittori».

Giudice delle Leggi⁵⁵.

Tradizionalmente si afferma, infatti, che l'interpretazione costituzionalmente orientata non è ammissibile quando tra i vari significati che la disposizione può assumere non ve ne sia alcuno che risulti compatibile con il dettato costituzionale⁵⁶. L'unico *significato* attribuibile alla *significante*, quindi alla disposizione, nel caso dell'art. 44 D.lgs. 231/01 è tracciare un distinguo tra coloro che sono compatibili con l'ufficio di testimone e coloro che, invece, pur dotati della capacità di testimoniare ai sensi dell'art. 196 c.p.p., applicabile ai sensi dell'art. 34 D.lgs. 231/01 anche nel processo agli enti, non possano ricoprire l'ufficio di testimone: queste ultime sono quelle ipotesi, tassativamente previste, di cui all'art. 197 c.p.p.⁵⁷ per le persone fisiche e di cui, appunto, all'art. 44 D.lgs. 231/01 per l'ente.

L'accesso ad una differente impostazione ermeneutica, per cui un divieto ad assumere l'ufficio di testimone anche nelle ipotesi *supra* considerate discenderebbe comunque direttamente dall'art. 35 D.lgs. 231/01, svuoterebbe di significato il disposto di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) D.lgs. 231/01. Occorre peraltro considerare che l'art. 35 D.lgs. 231/01, più che stabilire una reale sovrapposizione dell'ente all'imputato-persona fisica, appare nella sistematica del Decreto principalmente teso alla parificazione delle tutele: la stessa *Relazione illustrativa* al D.lgs. 231/01 è foriera di equivocità nella parte in cui afferma che «la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone (v. art. 44). Ed è proprio la peculiarità della relazione che, con riferimento all'ambito processuale, lega il rappresentante all'ente che ha portato a delineare una speciale forma di partecipazione nel processo da parte dell'ente»⁵⁸. Non che, quindi, l'art. 35 D.lgs. 231/01 sia da ritenersi un mero orpello, ma appare evidente come una perfetta sovrapposibilità non sia ontologicamente possibile.

Considerando che «[i]n linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁵⁹, occorre notare che la disposizione di cui si discute potrebbe essere interpretata in modo conforme alla Costituzione solo svuotandola di significato, quindi solo volutamente ignorando che l'art. 44 D.lgs. 231/01 preveda ipotesi tassative. La formula dell'interpretazione costituzionalmente orientata di una norma di legge, elaborata dalla Corte costituzionale, si basa, infatti, sul consolidato principio per cui «eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione»⁶⁰.

In conclusione, anche nel rispetto del principio di conservazione delle norme⁶¹, in virtù del quale, tra più interpretazioni possibili, deve prediligersi quella che attribuisca un *qualche*

⁵⁵ Cfr. Trib. Verbania, 06/06/2012, ordinanza, *inedita*, con la quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 D.lgs. 231/01 sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., poiché «... in forza della parificazione dell'ente all'imputato prevista dall'art. 35 D.lgs. 231/01 e del principio costituzionale del diritto di difesa, comprensivo del diritto di non autoincriminazione (artt. 24 Cost. e 6 CEDU), un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della norma, di cui si denuncia l'illegittimità, porta a ritenere che il rappresentante dell'ente, che non fosse tale al momento della commissione del reato, non debba essere esaminato come testimone, bensì nelle forme previste dall'art. 44, comma 2, D.lgs. citato, ovvero ai sensi dell'art. 210 c.p.p.».

⁵⁶ «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali», così C. cost., ud. 14/10/1996, dep. 22/10/1996, n. 356, in *De Jure*, § 4 del *Considerato in diritto*. Con riferimento alla possibile declaratoria di incostituzionalità di una norma di legge sia consentito rinviare a KELLER (2020), p. 609, e alla bibliografia ivi richiamata.

⁵⁷ Sulla tassatività delle ipotesi di cui all'art. 197 c.p.p. cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, ud. 25/06/2014, dep. 08/01/2015, n. 461, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[l]'escussione del minore in qualità di teste non è legata all'assenso del genitore, applicandosi, anche nel caso del minore, il disposto dell'art. 196 c.p.p., pure nella parte in cui demanda al giudice la verifica dell'idoneità fisica o mentale del teste a rendere testimonianza, con la possibilità di ordinare accertamenti opportuni. Del resto, nessuna delle incompatibilità elencate tassativamente nell'art. 197 c.p.p. ha riguardo al minore». Cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. II, 16/11/1998, n. 11698, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[i]l minore degli anni quattordici - che non può assumere, per la sua incapacità di diritto penale sostanziale e processuale, la qualità di imputato - può essere sentito in qualità di testimone in ordine ai fatti che lo hanno visto coinvolto come autore concorrente, dovendosi considerare tassativa, trattandosi di norma eccezionale, l'elencazione delle incompatibilità con l'ufficio di testimone indicate nell'art. 197 c.p.p., nessuna delle quali ha riguardo al minore non imputabile. L'attendibilità delle dichiarazioni di un soggetto così particolare resta comunque affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito, il quale deve tener conto di tutte le implicazioni connesse alla possibile instabilità emotiva del teste». Con specifico riferimento al testimone comune a seguito di archiviazione cfr. BITONTI (2016), p. 3.

⁵⁸ Così la *Relazione illustrativa* al D.lgs. 231/01, p. 30.

⁵⁹ Così C. cost., ud. 14/10/1996, dep. 22/10/1996, n. 356, in *De Jure*, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ C. cost., ud. 12/07/2001, dep. 27/07/2001, n. 316, in *De Jure*.

⁶¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 01/10/2015, dep. 07/10/2015, n. 40272, in *De Jure*.

significato⁶², non sembra possibile una lettura costituzionalmente orientata, se non privando il *significante* del *significato*, ignorando cioè che si tratti di un'elencazione tassativa di casi di incompatibilità a testimoniare.

Sono ormai maturi i tempi per un intervento legislativo finalizzato a rivedere – oltre ai tanti temi di natura sostanziale⁶³ – il mancato richiamo alla disciplina di cui all'art. 208 c.p.p., in aderenza alla regola del *simultaneus processus*, nonché a sanare il contrasto dell'art. 44 D.lgs. 231/01 sia con l'art. 24 Cost., non consentendo all'ente un effettivo esercizio di difesa e non garantendo un pieno riconoscimento del diritto al silenzio ai soggetti in severo rapporto funzionale (apicali e titolari) con l'ente medesimo, sia con l'art. 3 Cost., nella misura in cui impone un differente ed ingiustificato trattamento tra il legale rappresentante dell'ente che si sia costituito nel procedimento e colui che, invece, abbia legittimamente preferito rimanere contumace ai sensi dell'art. 41 D.lgs. 231/01.

Bibliografia

AMATI, ENRICO – INSOLERA, PIETRO (2022): “*Il nemo tenetur se detegere è applicabile nel procedimento dinanzi alla Consob funzionale all’inflizione di sanzioni amministrative “sostanzialmente” punitive: costituzionalmente illegittimo l’art. 187 quinquiesdecies T.U.F.*”, in “*Giurisprudenza Commerciale*”, 1, p. 89

AMATO, GIUSEPPE (2010): “*Le regole di giudizio nel procedimento a carico dell’ente escludono visi di costituzionalità*”, in “*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*”, 4, p. 163

BASSI, ALESSANDRA (2006a): “*Il rappresentante legale nel processo a carico dell’ente: una figura problematica*”, in “*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*”, 3, p. 43

BASSI, ALESSANDRA (2006b): “*Il giudizio ordinario*”, in A. BASSI – T. EPIDENDIO, “*Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*” (Milano, Giuffrè)

BERNASCONI, ALESSANDRO (2008): “*Art. 5 D.lgs. 231/01*” (voce), in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FLORIO (a cura di), “*La responsabilità degli enti. Commentario*” (Padova, Cedam), p. 97

BITONTI, ANTONIO (2016): “*L’archiviazione e la testimonianza dell’ex indagato nel quadro della disciplina delle incompatibilità a testimoniare dell’imputato*”, in “*Archivio Penale*”, 1

CENCI, DANIELE (2022): “*Art. 210 c.p.p. – Esame di persona imputata in un procedimento connesso*” (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), “*Codice di Procedura Penale commentato on line*” (Wolters Kluwer)

CAMALDO, LUCIO (2022): “*Il giudizio e le prove nel processo de societate*”, in G. CANZIO – L. LUPARIA DONATI (a cura di), “*Diritto e procedura penale delle società*” (Milano, Giuffrè), p. 1414

CANESCHI, GAIA (2021): “*Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un’estensione della garanzia?*”, in “*Archivio penale*”, 3, p. 12

CARINI, CAMILLO (2022): “*Art. 197 c.p.p. – Incompatibilità con l’ufficio di testimone*” (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), “*Codice di Procedura Penale commentato on line*” (Wolters Kluwer)

CASCONE, GIULIA (2018): “*Il diritto al silenzio dell’ente: prospettiva italiana e francese a confronto*”, in “*Cassazione Penale*”, 11, p. 3972

⁶² Cfr. C. cost., ud. 07/04/2005, dep. 21/04/2005, n. 163, in *De Jure*. In dottrina cfr. GRASSETTI (1961), p. 173.

⁶³ In merito cfr. l’ampia analisi e panoramica offerta da CENTONZE – MANACORDA (2023).

- CENTONZE, Francesco – MANACORDA, Stefano (2023): “*Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*” (Milano, Il Mulino)
- CERESA GASTALDO, Massimo (2015): “*Procedura penale delle società*” (Torino, Giappichelli)
- DE MARINI AVONZO, Franca (1995): “*Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. Von Savigny per il corso di storia del diritto romano (Genova, a. a. 1994-95)*” (Torino, Giappichelli)
- DE SIMONE, Giulio (2002): “*La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*”, in “*Diritto Penale Contemporaneo*”
- DE SIMONE, Giulio (2010): “*Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*”, in “*Criminalia*”, p. 605
- DE VERO, Giancarlo (2001): “*Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*”, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, p. 1126
- DELLA TORRE, Jacopo (2015): “*Le sezioni unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*”, in “*Diritto Penale Contemporaneo*”
- DI DIO, Alessio (2021): “*Insider trading: la Corte Costituzionale si pronuncia sul diritto al silenzio*”, in “*Il societario*”, 11
- DINACCI, Filippo Raffaele (2022): “*La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture “osservanti” dei principi*”, in “*Archivio Penale*”, 1
- EPIDENDIO, Tomaso Emilio (2007): *Art. 5 (voce)*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO, “*La responsabilità “penale” delle persone giuridiche*” (Milano, Ipsoa), p. 38
- FERRUA, Paolo (2016): “*Diritti umani e tutela degli enti nel processo*”, in “*Diritto penale e processo*”
- FERRUA, Paolo (2002): “*Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*”, in G. GARUTI (a cura di), “*Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*” (Padova, Cedam), p. 231
- FIDELBO, Giorgio (2005): “*La testimonianza: casi di incompatibilità*”, in G. LATTANZI (a cura di), “*Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*” (Milano, Giuffrè), p. 441
- FIORIO, Carlo (2016): “*Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*”, in C. FIORIO (a cura di), “*La prova nel processo agli enti*” (Torino, Giappichelli)
- FUSCO, Eugenio (2017): “*Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*”, in “*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*”, 1, p. 175
- GARUTI, Giulio (2011): “*Il processo penale agli enti. Modelli differenziati di accertamento*”, in G. SPANGHER (diretto da), “*Trattato di procedura penale*” (Torino, Giappichelli), p. 1113
- GATTA, Gian Luigi (2018): “*“Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies TUF*”, in “*Diritto Penale Contemporaneo*”, 4, p. 156.
- GRASSETTI, Cesare (1961): “*Conservazione (Principio di)*” (voce), in “*Enciclopedia del diritto*” (Milano, Giuffrè), vol. IX, p. 173
- GREVI, Vittorio (1998): “*Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*”, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, p. 1131

- GROSSI, Paolo (2004): “*L’ordine giuridico medievale*” (Roma-Bari, Laterza)
- GUALAZZI, Alessandra (2022): “*Art. 64 c.p.p. – Regole generali per l’interrogatorio*” (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), “*Codice di Procedura Penale commentato on line*”, Wolters Kluwer
- KELLER, Alessandro (2022): “*La responsabilità degli enti*”, in A. LANZI (a cura di), “*Diritto penale come sistema*” (Pisa, Pacini Giuridica), p. 388
- KELLER, Alessandro (2020): “*Assistendo alla metamorfosi del principio di riserva di legge: la dichiarazione di illegittimità costituzionale del diritto penale vivente*”, in “*L’indice penale*”, 3, p. 609
- KELSEN, Hans (1959): “*Teoria generale del diritto e dello Stato*” (Milano, Edizioni di Comunità)
- MACCHIA, Alberto (2020): “*La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte EDU e delle Sezioni unite della Corte di cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale*”, in “*Cassazione penale*”, 12, p. 4423
- MAZZA, Oliviero (2004): “*L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*” (Milano, Giuffrè), p. 48
- MAZZA, Oliviero (2010): “*Art. 66 D.lgs. 231/01*” (voce), in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENZIANI (a cura di), “*Enti e responsabilità da reato*” (Torino, Utet), p. 729
- MAZZA, Oliviero (2022): “*Una nuova dimensione per il diritto al silenzio in ambito penale tributario*”, in “*Rassegna Tributaria*”, 1, p. 271
- MAZZA, Oliviero (2020): “*Tradimenti di un Codice. La procedura penale a trent’anni dalla grande riforma*” (Torino, Giappichelli)
- MONACO, Marco Mario (2022): “*Art. 12 c.p.p. – Casi di connessione*” (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), “*Codice di Procedura Penale commentato on line*” (Wolters Kluwer)
- MUCCIARELLI, Francesco (2022): “*I reati tributari nel ‘catalogo 231’. un nuovo (ma imperfetto) strumento di contrasto alla criminalità d’impresa*”, in “*Sistema penale*”
- MUCCIARELLI, Francesco (2011): “*Il fatto illecito dell’ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*”, in “*Diritto penale e processo*”, pp. 435-442
- NICOLICCHIA, Fabio (2022): “*Ente e imputato nella procedura penale d’impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema*” (Milano, Wolters Kluwer-Cedam)
- PALIERO, Carlo Enrico (2014): “*Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*”, in “*Le Società*”, p. 474
- PALIERO, Carlo Enrico (1985): “*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica e una svolta radicale*”, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, p. 894
- PATANÈ, Vania (2006): “*Il diritto al silenzio dell’imputato*” (Torino, Giappichelli)
- PERRONE, Andrea (2022): “*Il diritto al silenzio, riconosciuto dalla Consulta negli illeciti finanziari, rileva in ambito fiscale?*”, in “*Giurisprudenza Commerciale*”, 1, p. 10
- PIERGALLINI, CARLO (2022): “*Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”*”, in “*Sistema penale*”.

ROMANO, Mario (2002): “*La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*”, in “*Rivista delle Società*”, p. 398

RUGGERI, Antonio (2019): “*Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*”, in “*Consulta Online*”, 2, p. 242

SACCO, Guglielmo (2018): “*L’incidente ferroviario di Viareggio: una (ulteriore) conferma dell’orientamento della Cassazione sul tema dell’onere della prova nel processo agli enti*”, in “*Archivio Penale*”, 1

SANTORIELLO, Ciro (2006): “*La prova testimoniale nel processo alle società*”, in “*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*”, 2, p. 91

SANTORIELLO, Ciro (2018): “*Il ruolo del reato nella responsabilità da illecito degli enti collettivi: condizione obiettiva di punibilità per sanzionare la colpa di organizzazione*”, in “*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*”, 2

SCALFATI, Adolfo (2022): “*Le norme in materia di prova e di giudizio*”, in G. GARUTI (a cura di), “*Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*”, (Milano, Wolters Kluwer-Cedam)

SPANGHER, Giorgio (2021): “*Nel dialogo tra le Corti si consolida il diritto al silenzio*”, in “*Giurisprudenza Costituzionale*”, 2, p. 1046

TAVASSI, Ludovica (2020): “*L’onere della prova nel processo penale*” (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), p. 252

WEISS, Piergiorgio (2013): “*Sovvertito l’orientamento interpretativo sul diritto alla difesa dell’ente*”, in “*AOdV 231*”

ZAGREBELSKY, Vladimiro: (2003): “*La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*”, in “*Cassazione penale*”, suppl. al n. 6, p. 32

Corruzione del parlamentare e mediazione onerosa nello specchio del *chilling effect**

Corrupción parlamentaria y mediación onerosa en el espejo del chilling effect

Parliamentary Corruption and Onerous Mediation in the Mirror of the Chilling Effect

NICOLA MARIA MAIELLO

*Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università di Bologna
 nicolamaria.maiello2@unibo.it*

CORRUZIONE, REATI CONTRO
 LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE,
 PROPORZIONALITÀ

CORRUPCIÓN, DELITOS CONTRA
 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA,
 PROPORCIONALIDAD

CORRUPTION, CRIMES AGAINST
 THE PUBLIC ADMINISTRATION,
 PROPORTIONALITY

ABSTRACTS

Il lavoro intende mettere in evidenza come, in relazione a talune peculiari fattispecie incriminatrici, un utilizzo 'forte' del principio di proporzionalità, nella sua dimensione di canone di politica-criminale che impone statuti normativi ed interpretativi ad alto coefficiente di tassatività, aiuti ad arginare il rischio di sovraestensioni applicative e a prevenire il conseguente effetto di 'congelamento' dell'esercizio di funzioni costituzionali cui è legata la promozione di diritti fondamentali (*chilling effect*).

In questa prospettiva, viene affrontato il rapporto tra le ipotesi della corruzione del parlamentare e della mediazione onerosa nel traffico di influenze illecite e i diritti fondamentali sottesi alle funzioni istituzionali che esse intrecciano. La tutela del libero esercizio delle prerogative parlamentari, da un lato, e delle modalità dell'agire istituzionale dell'amministrazione, dall'altro, possono infatti subire compressioni eccessive in caso di consolidamento di paradigmi interpretativi che estendono oltremodo l'area operativa delle fattispecie esaminate, in un caso già ipotecate da deficit di determinatezza.

El trabajo pretende poner de relieve cómo, en relación con determinadas infracciones penales, una utilización "fuerte" del principio de proporcionalidad, en su dimensión de canon de política criminal que impone estatutos normativos e interpretativos con un elevado coeficiente de taxatividad, contribuye a frenar el riesgo de sobreextensión aplicativa y a evitar el consiguiente "chilling effect" del ejercicio de funciones constitucionales a las que se vincula la promoción de los derechos fundamentales.

En esta perspectiva, se aborda la relación entre las hipótesis del soborno de parlamentarios y de mediación onerosa en el tráfico de influencias ilícitas y los derechos fundamentales subyacentes a las funciones institucionales que conllevan. De hecho, la protección del libre ejercicio de las prerogativas parlamentarias, por un lado, y de las modalidades de la actuación institucional de la administración, por el otro, puede resultar excesivamente comprimida en caso de consolidación de paradigmas interpretativos que sobredimensionen el ámbito operativo de los casos examinados, en un caso ya hipotecado por la falta de determinismo.

* Il presente contributo riprende e approfondisce la relazione tenuta al convegno "Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione", svoltosi presso l'Università degli Studi della Tuscia il 26 maggio 2023.

The work aims to highlight how, in relation to some peculiar criminal offences, a 'strong' use of the principle of proportionality, in its dimension of a canon of criminal policy that imposes regulatory and interpretative statutes with a high coefficient of taxability, helps to control the risk of applicative overbreadth and to prevent the consequent 'chilling effect' of the exercise of constitutional functions to which the promotion of fundamental rights is linked.

In this perspective, the relationship between the hypotheses of the parliamentary corruption and of the onerous mediation in the trafficking of illicit influences and the fundamental rights underlying the institutional functions they involve is addressed. In fact, the protection of the free exercise of parliamentary prerogatives, on the one hand, and of the methods of institutional action of the administration, on the other, may be excessively compressed in the event of the consolidation of interpretative paradigms that overstretch the operational area of the cases examined, in one case already affected by a lack of determinacy.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Corruzione del parlamentare, esercizio libero della funzione legislativa e finanziamento della politica. – 2.1. La corruzione ‘propria’ del parlamentare. – 2.2. La corruzione per l’esercizio della funzione parlamentare. – 2.3. L’inadeguatezza dell’attuale assetto normativo e prospettive de iure condendo. – 3. Mediazione onerosa e agire informale della p.a. – 4. Conclusioni.

1.

Premessa.

Il tema dei *negative side effects* delle scelte di criminalizzazione, nell’ambito del quale assume particolare rilevanza il *chilling effect*¹, incontra nei reati contro la pubblica amministrazione un peculiare settore della tutela penale con cui confrontarsi. L’argomento della legittimità – *sub specie* ragionevolezza/proporzionalità – di incriminare porzioni di condotta che, vuoi a causa della sensibilità degli interessi che lambiscono, vuoi per la difficoltà di descrizioni puntuali idonee a prevenire applicazioni esorbitanti che possano riverberarsi sui sottostanti diritti costituzionali a cavallo tra esercizio della funzione e rischio di derive lesive dei beni tutelati², non può fare a meno di essere sperimentato su un terreno normativo ‘composito’. Per esso devono intendersi quelle materie incapaci di affidare le proprie ambizioni di effettività della tutela alla pericolante individuazione del solo oggetto penalistico poiché la sua perimetrazione dipende da aspetti, ontologici e prasseologici, provenienti da fattori esogeni al diritto penale, consistenti, nel caso di specie, dal formante amministrativo. Il discorso sull’effetto di ‘congelamento’ dell’esercizio di diritti costituzionali connessi a condotte che risentono del rischio penale, in altri termini, risulta attuale soprattutto in relazione a materie forgiate nell’alveo di altre discipline poste a loro volta a garanzia di diritti fondamentali, poiché è della loro specificità che legislatore e interpreti dovranno tenere conto.

Su queste premesse, la pubblica amministrazione rappresenta una cartina di tornasole per valutare gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione e delle conseguenti opzioni interpretative. Con l’avvento dello Stato sociale e costituzionale di diritto essa ha ribaltato la propria prospettiva istituzionale: da mero esecutore materiale delle scelte di governo, secondo un inquadramento verticale del rapporto tra autorità ed individuo tipico delle esperienze autoritarie³, a potere costituzionale autonomo, “paritario”⁴, se non vero e proprio strumento *civili servans*⁵, preoccupato di garantire lo sviluppo sociale e la promozione dei diritti fondamentali, all’interno di uno scenario normativo-costituzionale che instaura una connessione diretta tra l’art. 97, comma 2, Cost. e gli articoli 2 e 3, comma 2, Cost.⁶. Dal modo di agire istituzionale dell’amministrazione sono derivati anche mutamenti della tutela penalistica⁷: inizialmente legata alla protezione di beni di matrice moralistico-formale⁸, con la palingenesi costituzionale dell’amministrazione si è sostituita ‘l’ossessione per il prestigio’ con chiavi di lettura dinamiche dei relativi oggetti di tutela, che intendono il buon andamento e l’imparzialità come parte di un discorso orientato al ‘risultato’, emblema dell’attuale paradigma costituzionale di amministrazione⁹, che è bene collocare a fondamento di ogni riflessione in argomento. Significative le conseguenze in termini di *chilling effect* in caso di bilanciamenti inadeguati e di conseguenti prognosi politico-criminali gravate da pesanti rischi di inefficacia: ad essere incisi – come si avrà modo di precisare nel prosieguo della trattazione – risulterebbero i vari diritti fondamentali sottesi all’agire dell’amministrazione nelle rispettive situazioni in cui è chiamata ad operare. Essi assumono connotati diversi in relazione ai differenti ambiti di intervento amministrativo e, pertanto, sembrano difficilmente definibili in maniera completa *ex ante*: a

¹ Il *chilling effect*, cioè l’effetto anestetico-paralizzante di condotte da cui deriva il godimento/la promozione di un diritto costituzionalmente garantito, provocato dalla minaccia penale a causa della vaghezza della descrizione del tipo legale o della sua sovraestensione applicativa, è solo uno dei *negative side effects* delle scelte di criminalizzazione. Ampiamente sul tema, GALLI (2023), 1411 ss. Specificamente al *chilling effect* è dedicato il contributo nella medesima opera di GALLUCCIO (2023), 1261 ss.

² Sembra questo l’aspetto di maggiore criticità in relazione al *chilling effect*, su cui RECCHIA (2020), 252 ss.

³ COSTA (1999), 75.

⁴ BENVENUTI F. (1975), 1301.

⁵ Nella letteratura penalistica, lo evidenzia MANES (2012), 10-11.

⁶ Per tutti, CASSESE (1980), 90.

⁷ Tra tutti, BRICOLA (1997), 2410; STILE (1987), 129 ss.

⁸ PADOVANI e STORTONI (1991), 54-55.

⁹ Su questo paradigma di amministrazione la letteratura giuspubblicistica è particolarmente vasta. Per tutti, cfr. CAMELLI (2002), 107 ss.

crollare – è opportuno rilevarlo – sarebbe l'edificio dello Stato sociale di diritto delineato dalla nostra Costituzione, di cui pietra d'angolo è la libertà dell'amministrazione nel perseguimento dei suoi fini.

Per focalizzare meglio l'obiettivo del presente lavoro appare necessaria un'ulteriore precisazione.

La disciplina codicistica dei delitti contro la pubblica amministrazione sconta il 'peccato originale' di una concezione unitaria di pubblica amministrazione, coerente con l'impostazione politico-ideologica del codificatore¹⁰. Tale visione monolitica di p.a., tuttavia, non sembra solo superata 'nei fatti', ma si pone anche come intralcio alla piena attuazione del modello costituzionale basato sulla separazione orizzontale "dei" poteri, ciascuno dei quali titolare di proprie sfere di autonomia e indipendenza operativa¹¹. Di qui, la problematicità di una disciplina penale unitaria relativa a funzioni costituzionali diverse tra loro¹².

A tale impostazione si associa, pertanto, una soverchia ampiezza applicativa dei reati del titolo II libro II del nostro codice, nella quale finiscono per ricadere casi tipologici che, in ragione della natura peculiare delle funzioni che toccano, richiedono statuti interpretativi autonomi¹³. La conseguenza è che essi vivono nel sistema come se fossero figure autonome rispetto a quelle generali dalle quali gemmano, da esse differenziandosi anche per gli iridescenti spettri di tutela che assumono. Un discorso sugli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione, dunque, deve fare riferimento agli interessi costituzionali sottesi alla specifica sottofattispecie che viene in evidenza.

In secondo luogo, l'argomento del rapporto tra le disposizioni incriminatrici in materia e il rischio di congelamento dei diritti sottostanti alle condotte di esercizio della funzione che risentono dell'incombenza del rischio penale induce a restringere ulteriormente l'ambito dell'indagine, dal momento che essa dovrà riferirsi alle sole condotte fisiologiche di esercizio del potere, vale a dire a quelle forme di agire istituzionale che si pongono a tutela di beni della vita.

Da queste premesse muovono le considerazioni del presente lavoro, riguardanti una sottofattispecie reale delle fattispecie di corruzione, data dalla corruzione del parlamentare, e una delle fattispecie previste dal 346-*bis* c.p., segnatamente quella della mediazione onerosa.

Entrambe le vicende ben si innestano nel più ampio tema degli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione, in quanto – come si cercherà di dimostrare – rispetto ad esse possono prevalere esigenze di rinuncia alla punibilità di una parte di condotta, che pure astrattamente può essere meritevole di attenzione per il diritto penale, nella prospettiva di mettere al riparo interessi altrettanto, se non più, rilevanti¹⁴.

¹⁰ TAGLIARINI (1973), 91 ss.

¹¹ SILVESTRI (2023), 1122 ss.

¹² BRICOLA (1997), 2395. Questa estensione onnicomprensiva risultava, per giunta, poco incline a valorizzazione le distinzioni funzionali delle attività statali anche alla luce della sperimentazione di modelli di interazione tra pubblico e privato, in questo senso PELISSERO (2015), 5.

¹³ Sulla 'creazione giurisprudenziale' dei cd. casi tipologici, cfr. FIANDACA (2008), 46-47, che auspica l'affermarsi di questa elaborazione giurisprudenziale "come metodo di lavoro tipico della giurisprudenza di legittimità: se si impegnasse sul serio in questa direzione, la Cassazione potrebbe fornire un contributo non secondario al rafforzamento della certezza giuridica in campo penale".

¹⁴ La dottrina del *chilling effect*, proprio nella prospettiva di eliminare le "zone grigie", propone una costruzione a tre livelli della fattispecie, ove accanto alle porzioni di condotta dotate di maggiore disvalore e dunque penalmente rilevanti e a quelle certamente innocue, collocate all'esterno dell'area di tipicità della fattispecie e disciplinate da altri rami dell'ordinamento, come il diritto civile o amministrativo, è presente una terza zona, che annovera condotte o attività che, pur astrattamente meritevoli di pena, vengono sottratte all'intervento penale in quanto la loro punibilità comporta il rischio di astensione da condotte, limitrofe a quelle che si intendono punire, che invece l'ordinamento vorrebbe promuovere poiché fortemente *right sensitive*. In questo modo l'ordinamento assicura ai diritti fondamentali un "*breathing space*, uno spazio di respiro, per far sì che essi possano essere esercitati appieno", RECCHIA (2020), 258. Chiarisce RECCHIA (2020), 254-255 che il piano si sviluppa guardando al funzionamento in concreto delle singole disposizioni incriminatrici: "mentre, infatti, in un mondo ideale, nel quale tali previsioni siano concepite e sperimentate nell'ambiente controllato di un laboratorio, non si comprende perché in presenza di una sanzione della condotta X un consociato dovrebbe astenersi dalla diversa condotta Y, nel concreto dei rapporti giuridici è facile accorgersi di come debbano essere tenuti in conto due elementi decisivi: l'incertezza e l'errore". A ciò va aggiunto che "la condotta Y dalla quale il consociato si astiene, pur in assenza di un divieto, possa risultare spesso essenziale per l'ordinamento e per l'interesse pubblico". Alla base di simili effetti collaterali dell'incriminazione potrebbe esservi – osserva Recchia – la presenza di condanne ingiuste, eliminate le quali "i consociati non sarebbero portati ad astenersi dalla condotta Y, sapendo che per quella condotta non vi sono decisioni «negative» nel panorama giurisprudenziale". Egli ritiene, invece, che l'eziologia del *chilling effect* sia molto diversa "e più complessa, poiché il rischio di incorrere nelle maglie della giustizia penale deriva, anzitutto, dalla mera apposizione in astratto del comando legale" (p. 256). A tal proposito, occorre muovere dalla considerazione "che interesse di ogni soggetto è non solo non incorrere in sanzioni, ma soprattutto – prima e più in alto – evitare che il riconoscimento della liceità della condotta tenuta avvenga al prezzo di una gravosa «sofferenza processuale» o richieda elevati costi, economici e personali, con tutto il carico di conseguenze negative sulla propria attività professionale che anche la mera sottoposizione a procedimento, come noto, implica" (p. 257).

2. Corruzione del parlamentare, esercizio libero della funzione legislativa e finanziamento della politica.

Il *tipo* della corruzione del parlamentare mostra i tesi rapporti tra tutela delle prerogative parlamentari – cruciali per la democrazia rappresentativa, perché ad esse sono correlati valori come l'autonomia delle Camere, il modo di esercitare la sovranità popolare, gli equilibri costituzionali della separazione dei poteri – e tutela penale delle pubbliche funzioni¹⁵.

Il rischio di provocare un *chilling effect* in caso di intervento penale mal calibrato è subito riconoscibile e si spinge oltre l'incidenza immediata ed esclusiva sull'immunità scolpita dall'art. 68 Cost. ed estesa dall'art. 122, comma 4, Cost. ai consiglieri regionali¹⁶.

Innanzitutto, dunque, affiora il pericolo di vanificare questa garanzia costituzionale attraverso un'indagine giudiziale sul merito dell'azione politica, per giunta rafforzata dall'ulteriore presidio offerto dal divieto di mandato imperativo, previsto all'art. 67 Cost. Questo schermo costituzionale a difesa della insindacabilità dell'attività politica rileva – è bene anticiparlo – proprio nella prospettiva di neutralizzare ricostruzioni presuntive circa la (ir)regolarità dell'agire istituzionale di un soggetto in base alla sua conformità o difformità rispetto all'agenda elettorale o alle indicazioni di partito. Per quanto riguarda, invece, l'immunità di cui all'art. 68 Cost.¹⁷, la giurisprudenza costituzionale le attribuisce natura funzionale, nel senso di ritenerla operante in presenza di un nesso funzionale con l'attività svolta *intra* o *extra moenia* al fine di prevenire il rischio di convertirla in un privilegio soggettivo¹⁸. All'art. 3 l. 140/2003, che ha dato definitiva attuazione alla legge costituzionale 3/1993, vengono, inoltre, indicate le attività coperte da irresponsabilità parlamentare, consistenti in tutte quelle di esercizio della funzione parlamentare, anche se svolte al di fuori dell'aula assembleare¹⁹.

D'altronde, però, si profila il cd. effetto *freezing* dell'unica modalità di finanziamento della politica prevista e promossa dal nostro ordinamento, quella di iniziativa dei privati, laddove dovessero aprirsi spazi significativi per l'adozione di scivolosi criteri di giudizio, sempre più orientati a colorare con valutazioni di immoralità il fatto, in virtù dei quali i rapporti economici tra sfera privata e sfera politica non sarebbero altro che spie di mercimoni corruttivi della funzione. Per quanto il quadro di disciplina del finanziamento dei privati ai partiti abbia subito una incisiva modifica con la legge 3/2019²⁰, non sembra del tutto azzerata la possibilità che si verificino situazioni di violazione della disciplina, senza tuttavia che ad esse si correlino necessariamente accordi corruttivi²¹. In altre parole, l'irrigidimento del regime di trasparenza dei flussi economici tra parti private, partiti e movimenti politici non ha determinato il passaggio ad una dicotomia netta, ove il mancato rispetto della disciplina sul finanziamento coincide con la sussistenza di un patto corruttivo. Il suo inasprimento procedurale, al contrario, ha aumentato le zone d'ombra, che ben possono dare luogo ad erronee qualificazioni dei fatti, viziate dal convincimento che quella novella si sia risolta in una semplificazione dell'accertamento dei rapporti corruttivi. L'ombra di tali errori – è agevole rilevarlo – può riflettersi sulla attualità e sulla tangibilità del finanziamento privato alla politica, con ripercussioni sulla qualità e sulla effettività del sistema politico stesso. La legge spazzacorrotti, infatti, mossa dall'intento di rendere più severo il regime di trasparenza dei finanziamenti privati proprio in una prospettiva di rafforzamento dei sistemi di prevenzione della corruzione, ha stabilito la prevalenza assoluta delle ragioni di pubblicità e di trasparenza su quelle di riservatezza del singolo finanziatore, sancendo l'obbligo di pubblicazione dei dati dei contribuenti per versamenti superiori a 500

¹⁵ Non è casuale che, tra i settori su cui “testare” la disciplina del *chilling effect*, RECCHIA (2020), 265 ss. abbia trattato quello della attività politica.

¹⁶ Il rischio di *chilling effect* in questa materia rappresenta una prospettiva ben presente nel recente studio di UBIALI (2020), *passim*.

¹⁷ Sull'appartenenza di tale immunità all'area del diritto penale, PAGLIARO (1970), 218; NEGRI (2008), 683.

¹⁸ La “svolta interpretativa” data dall'introduzione di questo nesso funzionalistico, quale requisito che tassativizza l'operatività dell'immunità, si rinviene nelle sentenze costituzionali 10 e 11 del 2000, su cui cfr. GULLO (2007), 185-186; PACE (2000), 85 ss. Questo requisito è stato di recente ulteriormente valorizzato nell'ord. cost. 57 del 2018, con nota di GULLO (2018), 152 ss. Sulla limitazione di natura “funzionale” del regime di immunità, cfr. già GIUPPONI (2005), 181 ss.; ZAGREBELSKY G. (1979), 40 ss.

¹⁹ Sostiene che l'art. 68, comma 1, Cost. non offra una copertura assoluta delle attività di esercizio della funzione parlamentare LA ROSA (2014), 150.

²⁰ Sulle modifiche apportate dalla legge 3/2019 alla disciplina sul finanziamento privato ai partiti, movimenti politici e fondazioni, cfr. DI MARTINO ALE. (2019), 88 ss.

²¹ ALAGNA (2018), 90 chiarisce che comprendere quanto vitale sia il finanziamento privato per la politica è “premissa basilare di ogni indagine sulla moralità o sulla criminosità dei decisori pubblici”.

euro, presumendo il consenso del privato²². Viene espressamente previsto, poi, che partiti e movimenti politici non possono accettare contributi né prestazioni a carattere patrimoniale, in qualsiasi modo erogati, anche sottoforma di messa a disposizione di servizi a titolo gratuito, nel caso in cui i soggetti finanziatori siano contrari alla pubblicazione dei propri dati.

Ciò premesso, potrebbe verificarsi che finanziatori pur sempre intenzionati a restare vicini al partito, senza tuttavia esporsi pubblicamente con dati sensibili personali come il proprio orientamento politico, possano continuare a finanziarlo, sebbene in violazione delle norme sulla trasparenza. Né può negarsi che le ragioni della decisione di finanziare un partito, continuando a restare nell'anonimato non coincidano sempre con quelle che strutturano rapporti corruttivi²³.

Occorre, allora, chiedersi se la normativa vigente fondi su plausibili bilanciamenti tra l'esigenza di preservare l'integrità di interessi consustanziali al funzionamento della rappresentanza democratica e quella di prevenzione dei reati. Avendo scelto quale osservatorio privilegiato per inquadrare il fenomeno in esame quello delle fattispecie di corruzione, è bene anticipare come esse, astrattamente idonee a colpire l'ipotesi della corruzione parlamentare (artt. 318 e 319 c.p.), rappresentino una paratia piuttosto fragile rispetto allo scopo perseguito²⁴.

2.1. *La corruzione 'propria' del parlamentare.*

Quanto al problema delle aggressioni ai diritti e alle prerogative implicati dalla funzione parlamentare determinate da una sovraestensione applicativa della corruzione propria va osservato come esso sia stato assorbito da una ragguardevole evoluzione della giurisprudenza di legittimità, che, con diverse importanti pronunce, ne ha escluso la configurabilità rispetto al titolare di mandati elettorali beneficiario di una protezione costituzionale rafforzata²⁵. A fondamento di questo approdo interpretativo, la Suprema Corte ha ritenuto come non fosse possibile formulare giudizi di contrarietà o conformità ai doveri d'ufficio, proprio per l'assenza di questi ultimi in ragione di quella libertà di mandato che governa l'attività parlamentare ai sensi dell'art. 67 Cost.²⁶. Nè può intendersi il requisito della contrarietà, sul quale poggia parte significativa del disvalore della condotta incriminata, come generica violazione di doveri di

²² Per uno sguardo al regime giuridico del finanziamento dei privati alla politica introdotto con il d.l. 149/2013, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 del 2014, si veda BIONDI (2016), 364 ss., nonché ID. (2014), 1284 ss.

²³ Questi problematici rapporti tra disciplina extrapenale del finanziamento privato ai partiti e fattispecie di corruzione chiamano in causa la tenuta del requisito, centrale sul piano sostanziale e probatorio, dell'accordo, di cui le prestazioni, singolarmente considerate e, dunque, analizzate al di fuori di un rapporto sinallagmatico, non possono che rappresentare dei meri indizi. La giurisprudenza di legittimità risulta, oggi, particolarmente rigorosa sulla ricostruzione dell'area di rilevanza dell'accordo corruttivo. Sul punto, cfr. *infra* §2.2 e, in particolare sul recente corso interpretativo della giurisprudenza della Cassazione che valorizza il requisito del patto all'interno dei delitti di corruzione, v. nt. 34

²⁴ Il problema della applicabilità delle fattispecie di corruzione – anche se il discorso potrebbe estendersi all'intero settore dei reati contro la p.a. – ai parlamentari, attraverso l'espressa indicazione della funzione legislativa nelle disposizioni sulle qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p., risponde ad una scelta del legislatore del '30 di non creare spazi di immunità, sul presupposto che non potessero esistere atti insindacabili in un contesto storico-istituzionale segnato dallo statocentrismo autoritario, ove tutti i poteri si accentravano sul governo e, in particolare, sul suo capo. Questa opzione codicistica si caratterizzava per la sua discontinuità rispetto alle soluzioni politico-criminali adottate dal codice Zanardelli, duramente criticato dal Ministro Rocco nella Relazione al Re, che riteneva questo regime di immunità uno "strano, immorale ed impolitico privilegio", ROCCO (1930), 4486. Nel codice liberale i parlamentari erano tenuti al di fuori delle qualifiche soggettive, anche in ossequio all'immunità parlamentare prevista all'art. 51 Statuto Albertino. Il legislatore fascista, tuttavia, sfruttando la 'flessibilità' della Costituzione di epoca liberale e volendo affermare il proprio credo autoritario anche su questo versante, introduce l'art. 357 c.p. quale limite a tale immunità. Sul punto, cfr. TAGLIARINI (1973), 205.

Con l'avvento dello Stato costituzionale di diritto, le funzioni parlamentari formano oggetto di separazione, rendendosi autonome, al pari degli altri poteri, ricevendo un particolare regime costituzionale, differente rispetto a quello destinato alla tutela della pubblica amministrazione e della attività giudiziaria. D'altronde, già al momento della codificazione risultava la scarsa applicabilità di talune fattispecie collocate nel titolo II libro II alla funzione legislativa, tra cui rientrava anche lo stesso assetto delle fattispecie corruttive, come rilevato da STORTONI (1976), 128 ss., secondo il quale l'atto tipico parlamentare non poteva essere ricompreso nella nozione di atto d'ufficio rilevante ai sensi degli artt. 318 e 319 c.p.

Usciti, dunque, dal clima istituzionale e costituzionale di esasperazione autoritaria, l'affermazione dei principi del costituzionalismo moderno passa anche attraverso un cambio di passo in questo settore e, in particolare, attraverso una spiccata tutela della funzione di rappresentanza parlamentare che, non a caso, si lega direttamente con l'art. 1, comma 2, Cost., che fissa il principio cardine della nostra democrazia rappresentativa. A tal proposito, già TAGLIARINI (1973), 242-243 avvertiva la necessità dell'introduzione di una fattispecie di corruzione *ad hoc* per i parlamentari, per fugare le incertezze interpretative e rafforzare l'autonomia delle Camere.

²⁵ Cass., sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347; Cass., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 36769. Su queste sentenze, BRASCHI (2019), 706 ss.

²⁶ Tale soluzione è stata adottata nel già citato caso Berlusconi-De Gregorio, ove i giudici di legittimità hanno evidenziato l'impossibilità di individuare eventuali doveri cui è assoggettato il parlamentare stante l'insindacabile autonomia del proprio mandato. Sul tale pronuncia, UBIALI (2018), 2296 ss.

correttezza²⁷.

La funzione parlamentare è espressione del pluralismo sociale radicato nella Nazione²⁸, alla quale è collegato il potere di rappresentanza dei parlamentari, come espressamente indicato dalla disposizione costituzionale. In questo modo, la rappresentanza parlamentare non può essere costretta entro doveri d'ufficio predeterminati, poiché, legandosi immediatamente con l'art. 1, comma 2, Cost., gode della "assoluta libertà nella determinazione degli scopi della propria attività"²⁹. A precludere 'perlustrazioni' giudiziali sul merito dell'azione legislativa milita anche l'immunità funzionale di cui all'art. 68 Cost.³⁰.

È stato, poi, rilevato come molti atti tipici della funzione parlamentare, tra cui il voto assembleare, gli ordini del giorno, le mozioni, gli interventi in aula, le interrogazioni, indicati all'art. 3 l. 140/2003, non possano essere ricompresi nella nozione di atto d'ufficio rilevante ai sensi dell'art. 319 c.p.³¹, senza scivolare ragionamenti analogici³².

2.2.

La corruzione per l'esercizio della funzione parlamentare.

Più intricate perplessità suscita, invece, l'inquadramento della corruzione parlamentare nello schema di tipicità definito dall'art. 318 c.p., l'unico fra i delitti di corruzione ritenuto configurabile nei confronti di questo soggetto qualificato, dal momento che esso presta il fianco a seri rischi di *overbreadth*³³.

Se l'indirizzo consolidatosi rispetto al 319 c.p. ha il merito di valorizzare, nell'economia offensiva dei reati di corruzione, il ruolo dell'accordo e del suo contenuto, in linea di continuità con una giurisprudenza sempre più attenta a mettere in risalto le capacità selettive di questo requisito di tipicità³⁴, la sua centralità non va, nondimeno, depotenziata – ma, anzi, affermata con maggior rigore – rispetto alla fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione. Tale ipotesi criminosa, caratterizzata da una indubbia 'formulazione elastica', propria delle "all catch provisions", "a tipicità sintomatica"³⁵, ben si presta, infatti, ad agevoli strumentalizzazioni e

²⁷ Lo evidenzia CINGARI (2017), 185.

²⁸ Sui diversi concetti di Nazione utilizzati nelle varie disposizioni costituzionali dove essa figura, cfr. CRISAFULLI e NOCILLA (1977), 808 ss. e, in particolare per il significato che assume nell'art. 67 Cost., p. 811 ss.

²⁹ UBIALI (2020), 276.

³⁰ Sul punto, sempre attuali sono le osservazioni critiche di VASSALLI (1974), 223, ove l'insigne Autore riporta uno stralcio di un documento con cui la Giunta per le Autorizzazioni a procedere, da Lui presieduta, in una situazione che riguardava un caso di corruzione per atto contrario, ove quest'ultimo consisteva in un atto di iniziativa legislativa, decise di sottrarre al sindacato giurisdizionale "non soltanto l'attività parlamentare tipica, ma anche quella che si ponga come inscindibilmente collegata e strumentale rispetto alla prima, tanto da costituire l'antecedente o un momento di formazione o addirittura la motivazione, nonché quella successiva e conseguente a quella tipica del parlamentare e che si trovi con questa nello stesso rapporto di «inscindibilità»".

³¹ Sostiene BRASCHI (2019), 711 che "parrebbe più corretto affermare che il reato di corruzione propria debba essere escluso solamente allorché oggetto del mercimonio sia la posizione assunta dal membro del Governo o dal parlamentare nell'esercizio della funzione legislativa o d'indirizzo politico; ciò non tanto per via del peculiare statuto soggettivo del parlamentare, bensì per l'impossibilità di individuare con riferimento alle suddette attività un atto contrario ai doveri d'ufficio".

³² Il campo presidiato dalle fattispecie di corruzione è sempre stato bersaglio di estensioni analogiche, laddove non propriamente creative, soprattutto con riferimento al requisito dell'atto d'ufficio, che ha subito un processo di "smaterializzazione". Per un ricco quadro di sintesi di queste note vicende interpretative che hanno interessato gli artt. 318 e 319, nella loro struttura 'alternativa' che caratterizzava l'impianto codicistico originario fino alla riforma del 2012, si rinvia a MANES (2000), 926 ss. D'altronde, un simile metodo interpretativo stava penetrando anche rispetto al caso della corruzione propria del parlamentare, dal momento che nei gradi di giudizio di merito della vicenda Berlusconi-De Gregorio, ove l'oggetto del patto corruttivo consisteva proprio nell'esercizio del voto assembleare, i giudici avevano condannato l'ex premier per il delitto di corruzione propria. Su questa decisione del Tribunale di Napoli, cfr. COMPAGNA (2016).

³³ Da ultimo, spiega il significato di *overbreadth* dell'incriminazione VIGANÒ (2022), 11, chiarendo che si tratta di un "vizio che si presenta allorché la norma comprende più casi di quanti sarebbero giustificati secondo la sua stessa ratio".

³⁴ L'indirizzo che 'prende sul serio' il requisito dell'accordo, collocandolo al centro della vicenda di punibilità a titolo di corruzione, gode di ampia base consensuale nella recente giurisprudenza della sesta sezione della Cassazione, su cui cfr. Cass., sez. VI, 10 marzo 2022, n. 8330; Cass., sez. VI, 30 aprile 2021, n. 35927; Cass., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 7007; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 10084; Cass., sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125. Essa ha affrontato il tema dell'accordo corruttivo anche relativamente ai suoi aspetti connessi, come quello della rilevanza del contributo esecutivo del terzo estraneo all'accordo, arrivando, tuttavia, a conclusioni opposte in due vicende decise a breve distanza l'una dall'altra, cfr. in senso di escludere la rilevanza della condotta del terzo che esegue l'accordo, Cass., sez. VI, 7 febbraio 2022, n. 4215; in senso contrario, Cass., sez. VI, 21 luglio 2022, n. 28988. La questione risulta di particolare importanza poiché da essa dipendono notevoli conseguenze attinenti più propriamente alla tipicità sostanziale e non solo a quella processuale, come l'individuazione del momento consumativo del reato, il regime giuridico applicabile, particolarmente importante in un contesto normativo in continua evoluzione, soprattutto per gli inasprimenti sanzionatori cui è stata soggetta questa materia negli ultimi dieci anni, e il *dies a quo* della prescrizione. Di recente, condivisibilmente a favore della valorizzazione dell'elemento dell'accordo, nel quale si condensa il disvalore della condotta, e in senso critico verso la cd. teoria del duplice schema adottata dalla giurisprudenza di legittimità per spostare in avanti alla fase esecutiva del patto la consumazione del reato e, quindi, il decorso della prescrizione, CINGARI (2022), 81 ss.

³⁵ MANES (2018), 1138.

ricostruzioni presuntive³⁶, soprattutto in una materia così delicata sul piano dei meccanismi probatori, in tal modo rischiando di enfatizzare la sufficienza epistemica di meri “falsi positivi”³⁷.

Questi ultimi potrebbero essere stimolati innanzitutto dalla vigenza sincronica della disciplina sul finanziamento privato alla politica, che, promuovendo movimenti economici tra sfera privata e pubblica, avrebbero buon gioco a proiettare il disvalore di una fattispecie già languida in punto di tipicità sul tipo d'autore del ‘politico prezzolato’, censurabile perché ritenuto dedito a scambi affaristici della propria funzione³⁸. Tali ‘falsi positivi’ riceverebbero ulteriori sollecitazioni dall'utilizzo strumentale di quella parte argomentativa della sentenza di *Mafia Capitale* che ammette come per la configurabilità dell'art. 318 c.p. il patto possa essere “probatoriamente muto”³⁹.

Questo *escamotage* argomentativo potrebbe risultare molto efficace per l'apertura della corruzione funzionale al caso tipologico in esame, dal momento che giustificherebbe l'omissione probatoria di un requisito essenziale del reato, dato dal contenuto dell'accordo. La performatività applicativa di questo schema starebbe nel fatto di ricostruire l'accordo penalmente rilevante dal mero carattere indebito della retribuzione. D'altronde, la stessa Cassazione ha ammesso la configurabilità dell'art. 318 c.p. a carico dei parlamentari sul presupposto che tale reato non richiede valutazioni penetranti nei doveri d'ufficio ma si limita a sanzionare la contaminazione privatistica della funzione pubblica, in quanto non possono ritenersi coperti da immunità gli atti frutto di pattuizione illecita. Il pericolo di aggiramento delle garanzie costituzionali a presidio della funzione sarebbe, dunque, vanificato dal fatto che oggetto di punibilità sarebbe l'accordo, cioè un frammento di condotta che ‘anticipa’ l'esercizio delle funzioni oggetto di immunità⁴⁰.

Questa ricostruzione, intrisa di suggestioni, non riesce a superare le criticità circa l'individuazione, sul piano sostanziale, e al consequenziale accertamento, sul piano probatorio, del contenuto del patto, che richiedono, in una materia segnata dalla presenza di un'area di irresponsabilità, atteggiamenti interpretativi di maggior rigore. L'ampia formulazione dell'art. 318 c.p., alla luce della posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza *Mafia Capitale* e della circostanza che ad essere incriminata è una condotta estranea all'esercizio di funzioni, rischia di emarginare dall'economia della fattispecie e del suo accertamento il patto e il suo contenuto. Ne deriva che potrebbero essere caricati di forza sintomatica alcuni elementi solo indiziari, quali i flussi di denaro tra privato e pubblico – la cui illegittimità penale andrebbe accertata in via autonoma rispetto alla sua mera irregolarità amministrativa – e, soprattutto, la qualità soggettiva dell'agente.

In altre parole, si potrebbe ritenere che le funzioni vendute siano quelle di cui il parlamentare è genericamente titolare, creando un cortocircuito a seguito del quale il pubblico agente dovrebbe difendersi da se medesimo, cioè dal fatto stesso di essere portatore di funzioni pubbliche, che assumerebbero così una rilevanza autoevidente: ogni retribuzione indebita costituirebbe *ex se* un abuso di qualità idoneo ad integrare il tipo della corruzione. In questo

³⁶ RAMPIONI (2021), §5, che lo descrive come “un tipo legale «fluidico» dalla portata applicativa amplissima, potendosi confondere con la mera violazione deontologica.

³⁷ Come spiega MANES (2023), 132, “la riforma dell'art. 318 c.p., operata con la legge 190/2012, in definitiva, ha determinato la creazione di un tipo legale dotato di un altissimo coefficiente di «sensibilità» – cioè di portata applicativa amplissima, tesa ad abbracciare ogni episodio di «corruzione pulviscolare» – ma al contempo di un coefficiente di specificità ed accuratezza molto esiguo, con conseguente elevato rischio di «falsi positivi».

³⁸ Sembra questa l'immagine che, con sagace ironia, descrive Piero Calamandrei in uno scritto del 1947, ove, nel commentare i giudizi elevati *coram populo* contro la categoria dei soggetti investiti di mandati elettivi parlamentari, lo riassume nel senso che “questo morbo della corruzione parlamentare (ha) natura epidemica ed inguaribile, sicché ogni uomo politico si de(ve) considerare come un pericoloso portatore di contagio, di cui gli onesti devono con scrupolo guardarsi”, CALAMANDREI (1947), 37. Questi giudizi sommari di disvalore oggi sono stimolati dalla cassa di risonanza dei media, che avviano un vero e proprio procedimento di riscrittura della fattispecie coinvolta nel singolo caso, proiettandola su specifici tipi d'autore, disinteressandosi del tutto della struttura di tipicità del reato e delle sue prospettive di tutela, dal momento che oggetto della loro narrazione non è il fatto contestato nel processo ma aspetti che suscitano riprovevolezza etico-morale, anche se del tutto estranei al processo. Su questo fenomeno MANES (2022), 58 ss.; nonché, volendo, MAIELLO N.M. (2022), 4470 ss.

³⁹ Cass., sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125, p. 127. Tale pronuncia ha subito dimostrato le proprie capacità performative in termini di estensione dell'area di rilevanza della fattispecie verso patti di cui l'accusa non è riuscita a ricostruire termini e contenuti in una nota vicenda giudiziaria a carico di Luca Palamara, già componente del CSM. Nell'ordinanza con cui il GUP di Perugia ha rigettato le eccezioni di nullità per indeterminatezza del capo di imputazione sollevate dalla difesa, viene valorizzato proprio l'inciso di *Mafia Capitale*, sostenendo che “in sede di contestazione *ex art.* 318 c.p. (...) deve ritenersi del tutto fisiologica l'evenienza in cui non sia accertato il contenuto del patto corruttivo”, poiché la mancata descrizione del suo contenuto rientra “fisiologicamente, nel perimetro del fatto tipico della corruzione per l'esercizio della funzione”, GUP Perugia, ord., 9/4/2021, in *www.sistemapenale.it*, 27 aprile 2021. In senso fortemente critico verso questa ricostruzione probatoria “muta” dell'accordo corruttivo, R. RAMPIONI (2021), §5 ss.

⁴⁰ Lo ricorda M.C. UBIALI (2020), 272. In questo senso, LA ROSA (2014), 157.

modo, finirebbero nel fuoco di disvalore della contestazione anche elargizioni finalizzate ad ingraziarsi il parlamentare⁴¹, introducendo una presunzione nell'accertamento di un requisito centrale di fattispecie.

Lelemento della funzione così concepito risulta troppo generico⁴² per fondare un'incriminazione che si pone al crocevia con una funzione cruciale negli equilibri democratici dello Stato parlamentare.

A fare le spese di questi approcci di semplificazione ricostruttiva e probatoria sarebbero le attività che il parlamentare svolge fisiologicamente, a prescindere cioè dalla loro soggettiva corresponsione alle aspettative del privato interlocutore di quel politico⁴³, considerando che la fattispecie non fa alcun riferimento all'orientamento esclusivamente privatistico delle funzioni esercitate, e che, dunque, sarebbero state coperte da immunità. In simili situazioni, la compressione del principio di rappresentanza democratica sarebbe manifesta. In queste ipotesi, infatti, la fattispecie punirebbe la mera retribuzione indebita del parlamentare, che, invece – come è stato già rilevato – presenta “scarsa capacità probatoria”⁴⁴, anche in ragione della previsione dell'art. 67 Cost. La prova che l'esercizio della funzione sia stato causato da un accordo illecito risulterebbe, allora, di estrema difficoltà e, sulla base della prassi che si è consolidata rispetto a molti reati contro la pubblica amministrazione⁴⁵, non è affatto peregrino prevedere come anche in questa materia potrebbe registrarsi un'ennesima vicenda di processualizzazione *ex post* di un requisito centrale della fattispecie⁴⁶, quale l'oggetto dell'accordo.

La corruzione delineata dall'art. 318 c.p. esige, al contrario, una lettura sostanzialistica della locuzione che orienta finalisticamente l'esercizio delle funzioni. Ciò non solo per ragioni strettamente legate ai profili dell'offesa, ma anche per valorizzare il principio di proporzionalità sanzionatoria in chiave ermeneutica, in grado di ricondurre la fattispecie entro una dimensione dinamica della tutela, ove la corresponsione indebita si connetta funzionalmente all'uso strumentale del potere, restituendo a quest'ultimo il ruolo di ‘causa’ dell'accordo illecito, con correlativa esclusione della rilevanza penale di “ogni favore o regalia «occasionata» dalla mera qualifica pubblicistica rivestita dall'*intraeus*”⁴⁷.

Questo modo di valorizzare il requisito finalistico dell'esercizio della funzione, peraltro, ha anche il merito di ribadire l'appartenenza della fattispecie alla categoria dei reati propri funzionali, in cui le funzioni del pubblico agente appartengono alle sue competenze istituzionali. E tuttavia, affinché possa essere operata questa valutazione, gravida di conseguenze sul piano della qualificazione giuridica, appare quantomai opportuno specificare che il giudice debba rovistare nel merito dell'accordo. Essa attrae con ancor maggiore forza magnetica nella propria sfera semantica le fattispecie di corruzione dopo l'ingresso nel nostro ordinamento della figura del traffico di influenze illecite, chiamato a colpire condotte di interferenza indebita su competenze altrui⁴⁸.

Il seducente argomento della rilevanza corruttiva dei flussi economici tra soggetti privati – in particolare portatori di interessi di categoria – ed esponenti di gruppi parlamentari promotori di attività istituzionali che intrecciano gli interessi dei primi, più che espressione

⁴¹ ALAGNA (2018), 90 attribuisce grande peso nella prassi a questo genere di contributi.

⁴² Com'è stato osservato, le maglie della tipicità dell'art. 318 c.p. sarebbero così ampie da attrarre non solo le gravi ipotesi riferibili a chi mette a disposizione interamente e sistematicamente la funzione rivestita (...) ma anche ipotesi bagatellari e *trivial cases*, o comportamenti moralmente e disciplinarmente censurabili”, MANES (2018), 1138-1139.

⁴³ Sul rischio che possano essere colpite dall'incriminazione in esame anche condotte lecite, UBIALI (2020), 367.

⁴⁴ Lo evidenziano MANES (2023), 135 e UBIALI (2020), 217 ss.

⁴⁵ Basti pensare alle vicende interpretative che hanno interessato i delitti di corruzione, rispetto alla volatilizzazione dell'atto d'ufficio, di abuso d'ufficio nella sua formulazione *ante* 2020, con riferimento alla violazione “di norme di legge o di regolamenti”, di peculato, in relazione sia al pre-requisito della disponibilità sia alla condotta appropriativa, estendendola fino ad abbracciare ipotesi distrattive, di millantato credito, laddove si applicava analogicamente il tipo anche alle ipotesi di traffico di influenze illecite prima della riforma del 2012.

⁴⁶ Su questo fenomeno interpretativo di forte connessione tra aspetti sostanziali e probatori, cfr. GARGANI (2016), 89 ss.

⁴⁷ MANES (2023), 133.

⁴⁸ Questo profilo è ben chiarito da Cass., sez. VI, 40518/2021. Sul punto, altresì obbligatorio il riferimento alla sentenza *Tempa Rossa*, Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, su cui, con particolare attenzione alle conseguenze sugli equilibri tra corruzione (del parlamentare) e traffico di influenze illecite, CINGARI (2017), 179. L'inquadramento della corruzione nella categoria dei reati propri funzionali, dunque, si riflette sull'area di tipicità della antecedente figura di traffico di influenze illecite che, pure, al pari della corruzione, manifesta non poche perplessità rispetto alla situazione del parlamentare, in ragione della natura dialogica e compromissoria dell'attività politica. In questo senso anche Id. (2017), 182 ss. Sulla corruzione quale reato proprio funzionale, *ex multis*, Cass., sez. VI, 10 marzo 2021, n. 17600; Cass., sez. VI, 8 marzo, 2012, n. 38762. Sebbene con riferimento al vecchio assetto delle fattispecie corruttive, sembra difendere una posizione diversa, nel senso della configurabilità del delitto di corruzione (propria) nei casi di un titolare di mandati elettivi (nel caso di specie si trattava di un componente del consiglio regionale abruzzese) per aver influenzato il voto del proprio e di altri partiti politici nell'*iter* di approvazione di una legge regionale, LA ROSA (2014), 156.

di disvalore collusivo, sembra possa costituire naturale sviluppo di un certo andamento della prassi, autorizzato dalla normativa che disciplina questi rapporti. Se da un lato, invero, può accadere che i finanziatori decidano di investire in una fazione politica ideologicamente a loro affine, dall'altro può verificarsi che siano gli stessi attori politici a volerli avvicinare, così come è, d'altronde, del tutto fisiologico che l'azione politica di un determinato gruppo parlamentare possa intercettare le ragioni patrocinata da *lobbies* con le quali essi si relazionano⁴⁹. Nè al contempo sembra che la normativa sul finanziamento della politica possa creare una zona di immunità per tutti i rapporti economici rispettosi di quelle regole di trasparenza.

Cosa accadrebbe, in altre parole, se un partito, e di conseguenza i suoi parlamentari, indirizzassero l'intero programma politico a soddisfare i *desiderata* di un gruppo privato di investitori, anche spingendosi a compiere attività di cui altrimenti non si sarebbero fatti promotori? Sarebbe sufficiente la legittimità del finanziamento ad escludere che dietro lo stesso possa nascondersi un rapporto corruttivo? Si tratta di una circostanza peraltro frequente, dal momento che appartiene ad una casistica sempre più residuale la corruzione "per tangente", essendosi affinati sempre più i meccanismi corruttivi entro schemi giuridici consentiti dall'ordinamento. In caso di risposta affermativa, si dovrebbe concludere per l'appiattimento, in questo peculiare settore, della figura della corruzione funzionale con la mera indebita retribuzione del pubblico agente⁵⁰, svincolata da ambizioni di effettiva tutela della *funzione amministrativa* e dei relativi *risultati* e, anzi, distopicamente proiettata a garantire protezione a beni di matrice formale, come la fedeltà del funzionario pubblico⁵¹. Questa lettura non sembra, peraltro, lontana dalle conclusioni cui è giunta la Cassazione nelle vicende *Berlusconi* e *Volontè*, ove i giudici hanno ritenuto che l'indebita retribuzione del soggetto rappresentante elettivo si ponesse in contrasto con l'art. 54 Cost., nella parte in cui stabilisce che "i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore", gettando le condizioni argomentative per fondare il disvalore dell'art. 318 c.p. nel divieto di remunerazione degli incarichi pubblici⁵².

Ancor più marcati, poi, sarebbero i profili di irragionevolezza legati all'indebita retribuzione del titolare di cariche pubbliche, per giunta svincolati da un conflitto, anche solo apparente, di interessi, nelle ipotesi di corruzione funzionale susseguente⁵³. In questi casi, la distorsione dell'agire amministrativo non affiora neppure ad una valutazione retrospettiva⁵⁴.

⁴⁹ Sul rischio penale dell'attività di *lobbying*, in particolare in relazione alla configurabilità del traffico di influenze illecite, cfr. ALAGNA (2018), 196 ss.; MONGILLO (2016), 89 ss.; SCAROINA (2016), 811 ss. Si riconduce all'attività istituzionale delle *lobbies* anche la tenuta del cd. diritto di petizione, inteso quale diritto dei singoli cittadini di avanzare istanze ai propri rappresentanti. La nostra Corte costituzionale, infatti, qualifica il diritto di petizione, previsto all'art. 50 Cost., come "un diritto funzionalizzato alla partecipazione del cittadino alla formazione della volontà statale e, quindi, all'esercizio di un'attribuzione costituzionale", cfr. C. cost., 23 dicembre 2021, n. 254. Di immediata evidenza la rilevanza costituzionale di tutelare altresì le attività strumentali all'esercizio di tale diritto. Nel caso della corruzione del parlamentare e – come si vedrà *infra* – nell'ipotesi del traffico oneroso, è anche tale diritto che rischia di essere inciso da sovraestensioni applicative, nella misura in cui può essere paralizzata l'attività lobbistica retrostante. Sul diritto di petizione nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, ove viene valorizzato quale forma di manifestazione della libertà di espressione, cfr. ALAGNA (2018), 73. Sulle origini storiche del diritto di petizione, positivizzato per la prima volta nel *Bill of Rights* del 1689, cfr. STANCATI (1983), 596 ss.

⁵⁰ Osserva MANES (2018), 1134 che oggetto di censura penale sarebbe il mero conflitto di interessi, l'uso apparentemente distorto del *munus publicum*, e "nella natura intrinsecamente indebita di ogni eventuale ricaduta per i protagonisti, rendendo persino ultronea l'identificazione di una ricompensa privata perché qualsiasi decisione pubblica presa in conflitto di interessi si remunera già da sé, proponendo una dinamica illecita *in re ipsa*". Anche SEMINARA (2012), 1237 ritiene che "il reato, integrato pure dalla semplice accettazione della promessa, cioè dall'accettazione della manifestazione di volontà dell'*extraneus* di corrispondere l'utilità, si riduce così allo schema più elementare: accertata l'indebita accettazione di utilità, la configurabilità dell'illecito è esclusa solo dalla dimostrazione di una causale alternativa (amicizia, affetto ecc.), ferma restando la non punibilità dei cd. donativi d'uso; ovviamente, questa facilità applicativa può condurre a repressioni «eccessive» in relazione soprattutto a dazioni nei confronti degli incaricati di un pubblico servizio, ogni volta che l'utilità corrisposta, sebbene modesta, non possa farsi rientrare in un ambito consuetudinario". Nello stesso senso, PALAZZO (2013), 19.

⁵¹ Questa ricostruzione dello sfondo offensivo del reato di corruzione funzionale, tuttavia, non risulterebbe coerente con la qualificazione del 318 come reato di pericolo, che anticipa, secondo un'immagine di progressione criminosa, il danno prodotto dalla corruzione *ex art.* 319 c.p., fornita dalla più recente, ma già consolidata, giurisprudenza di legittimità a partire dalla vicenda *Mafia Capitale*. Se, infatti, i beni tutelati fossero quello del prestigio dell'Istituzione o della fedeltà del pubblico agente, il 318 sarebbe un reato di danno. In senso critico rispetto alla soluzione proposta dalla giurisprudenza, CINGARI (2022), 87. Offre una ricca ricostruzione delle posizioni sul bene giuridico tutelato dalle fattispecie di corruzione, sebbene nel loro precedente assetto basato su alterità tra corruzione propria e corruzione impropria, criticando le posizioni che prospettavano una tutela del prestigio della p.a. e dei doveri di fedeltà e probità del pubblico funzionario, BALBI (2003), 30 ss.

⁵² UBIALI (2020), 266.

⁵³ MANES (2000), 927-928, sebbene rispetto al precedente assetto normativo, con riferimento alla corruzione impropria susseguente sosteneva che, essendo più sbiadito il disvalore della condotta "comunque in linea con i doveri d'ufficio", era necessario stabilire con ancora maggiore certezza "la soglia della configurabilità del reato ad un livello tale per cui possa dirsi che la *datio* è sicuramente il corrispettivo dell'atto (altrimenti si punirebbe la sola venalità della carica e non si avrebbe una vera 'baratteria')". Le posizioni di forte contrarietà rispetto alla configurabilità della corruzione per l'esercizio della funzione susseguente sono difese da autorevoli autori, che ne prospettano la rilevanza disciplinare, tenuto conto della natura etico-morale della violazione, di mera infedeltà alla carica. Per tutti, FIDELBO (2020), 24.

⁵⁴ La prospettiva di *backward-looking* è quella adottata nel recente studio di VIGANÒ (2021), 124-126 sull'utilizzo del principio di proporzione

La breve illustrazione sin qui svolta delle problematiche che si rifletterebbero sulla tenuta dei principi di garanzia della legge penale deve indurre a ostracizzare ragionamenti semplificatori, che caricano di valore sintomatico elementi in realtà neutri sul piano del disvalore e, quindi, incapaci di fondare affidabili nessi di inferenza probatoria. Ciò si accompagnerebbe, altresì, ad un travisamento ermeneutico della normativa extrapenale, che da presidio della trasparenza nei rapporti di finanziamento della politica verrebbe fatta assurgere a strumento che assimila all'irregolarità contabile il fatto di corruzione⁵⁵.

Alla luce di quanto argomentato, non appare così remoto il rischio di congelamento dell'autonomia e dell'effettività della funzione legislativa, che passa anche attraverso l'interruzione dell'erogazione di finanziamenti privati, suscitato dalla sovraestensione di fattispecie simbolo della lotta al malaffare amministrativo, dal forte stigma sociale, giustificato dalle maglie larghe che caratterizzano la tipicità del reato di corruzione per l'esercizio della funzione.

2.3.

L'inadeguatezza dell'attuale assetto normativo e le prospettive de iure condendo.

Sembra legittimo, dunque, nutrire ragionevoli perplessità circa la possibilità di applicare l'attuale assetto normativo delle fattispecie di corruzione all'ipotesi del parlamentare, senza sconfinare nell'area coperta da immunità e aprire le porte al controllo giudiziario sull'attività politica. Non pare condivisibile neanche il pur pregevole tentativo di fornire un'interpretazione tassativizzante della perifrasi "per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri", limitandone l'operatività ai soli accordi corruttivi aventi ad oggetto uno specifico atto d'ufficio⁵⁶, poiché si tratterebbe di una restrizione della tipicità della vigente disposizione dell'art. 318 c.p. non giustificata da alcun elemento testuale.

Con tale posizione di scetticismo non si intende affatto ricavare una irragionevole area di immunità⁵⁷, anche perché l'art. 68 Cost. presidia pur sempre l'autonomia delle Camere, bene meritevole della protezione rafforzata offerta dal diritto penale, sia in positivo, creando uno scudo di irresponsabilità 'funzionale', sia in negativo, non ammettendo, cioè, strumentalizzazioni che portano ad una elusione della garanzia costituzionale. Per superare un'immunità costituzionale di natura funzionale che tuteli lo svolgimento di attività essenziali per lo stato democratico appare necessario costruire una fattispecie ermetica, che non lasci alcuno spazio all'intuizionismo giudiziale e, ancor meno, ad azzardate presunzioni fomentate da "falsi positivi", e che anzi incentivi verifiche probatorie rigorose. Questi contrassegni altro non sono che la traduzione dell'immunità sul campo della tipicità, sostanziale e processuale⁵⁸.

Proprio la presenza di peculiari guarentigie a presidio dell'attività del parlamentare, differenti per natura e scopi rispetto alla disciplina costituzionale dell'amministrazione, lascia pensare che la corruzione del parlamentare si colori di sfumature di offesa diverse da quelle sottese agli articoli 318 e ss., come peraltro si registra nella corruzione in atti giudiziari. Tale diversità richiede autonomi bilanciamenti, allo scopo di evitare che gli interessi in gioco, tutti di vitale rilevanza per lo Stato costituzionale, si stressino e subiscano compressioni (*chilling effect*). A tal fine, potrebbe essere auspicabile introdurre una fattispecie di corruzione *ad hoc* per la figura del titolare di cariche elettive in seno ad assemblee nazionali e regionali⁵⁹. Que-

sanzionatoria anche in chiave ermeneutica. Pertanto, pur volendo utilizzare questo metodo, risulterebbe irragionevole una sanzione penale per fatti dotati di un disvalore irrisorio, al più rilevante sotto il profilo etico-morale e, nel caso di specie, sicuramente sul piano politico-elettorale.

⁵⁵ CINGARI (2017), 186 ammette che "la distinzione tra utilità destinate a soddisfare esigenze esclusivamente private e utilità finalizzate a soddisfare esigenze politiche possa risultare in taluni casi davvero complicata ed incerta".

⁵⁶ UBIALI (2020), 368, che offre anche una condivisibile lettura restrittiva del requisito dell'"altra utilità" che caratterizza la prestazione del corruttore, escludendo, sul modello tedesco del §108e, Abs. 4, StGB i vantaggi di natura politica, che, sulla base dell'attualità interpretativa di questo elemento ben potrebbero essere ricompresi nell'area di disvalore del 318 (pp. 371 e 384).

⁵⁷ BRASCHI (2019), 708 nota come "una diversa soluzione risulterebbe del tutto eccentrica rispetto al panorama europeo, ove non viene generalmente contestata la punibilità per corruzione dei titolari di funzioni legislative".

⁵⁸ Solo attraverso un irrobustimento sostanziale e processuale della garanzia costituzionale si può cercare di neutralizzare i conflitti tra politica e giustizia penale, che ha segnato la recente storia della nostra democrazia. NEGRI (2008), 676 ritiene che la prassi ha abbandonato alla figura del pubblico ministero "la questione degli spazi residui da riconoscere alle immunità parlamentari in un ordinamento democratico basato sul controllo reciproco tra poteri".

⁵⁹ Favorevole ad un'incriminazione autonoma è anche BRASCHI (2019), 714-715 che auspica un intervento di riforma più ampio, non limitato alle sole fattispecie di corruzione, "esteso, nell'ottica della tutela della trasparenza dei processi decisionali e della certezza del diritto penale, alla regolamentazione del fenomeno del *lobbying* e all'implementazione del sistema sanzionatorio relativo al finanziamento illecito ai partiti".

sta – come pure è stato proposto⁶⁰ – potrebbe ricalcare il modello di incriminazione elaborato dal legislatore tedesco al §108e StGB, secondo la versione riformata nel 2014⁶¹, che ben tiene conto dell'esigenza di garantire l'indipendenza del processo parlamentare, dell'esercizio del mandato e la necessità di reprimere condotte di mercificazione della funzione⁶². Oggetto dell'accordo punibile è l'esecuzione o l'astensione da un atto tipico della funzione⁶³, senza che ne venga specificata la conformità o la contrarietà ai doveri d'ufficio. Tale controprestazione dell'*ungerechtlicher Vorteil* deve avvenire “su mandato o direttiva” del privato (*im Auftrag oder auf Weisung*)⁶⁴. Mentre l'introduzione della specificazione dell'atto oggetto di compravendita è destinata a tassativizzare il tipo legale⁶⁵, precludendo spazi a facili aggiramenti interpretativi di un elemento essenziale, quale la funzione venduta, incidenti sulla tenuta della sottostante attività politica, il nesso di stretta causalità tra attività istituzionale al servizio degli interessi egoistici del privato e richiesta di quest'ultimo⁶⁶ (quantomeno in via immediata, dal momento la circostanza che l'attività eseguita possa andare a beneficio di terzi della collettività non è oggetto di interesse dell'incriminazione) accentuerebbe i profili di garanzia della fattispecie⁶⁷. In altri termini, siffatto rapporto di causalità dovrebbe attestare che l'attività realizzata dal titolare del mandato risponde precisamente a indicazioni terze, in grado di contaminare l'autonomia del parlamentare e di determinare una torsione privatistica della sua funzione.

In quest'ottica, dovrebbe fuggirsi il rischio di incriminare condotte lecite, ricomprese invece nell'*overbreadth* dell'attuale 318 c.p. Si è consapevoli della gravosità dell'impegno probatorio richiesto⁶⁸, com'è naturale che accada ad una fattispecie posta sul crinale di equilibri istituzionali delicati, ma appare altrettanto indiscutibile il beneficio che ne trarrebbero la dorsale di materialità e offensività del fatto tipico, e, di conseguenza, le garanzie degli articoli 67 e 68 Cost. L'ipotizzata figura di reato prenderebbe sul serio l'accordo, in tutti i suoi elementi costitutivi, in particolare nella sua “causa”, che non va intesa quale spiritualizzazione di un requisito di tipicità ma come un elemento essenziale del reato-contratto⁶⁹.

Il combinato di questi due innovativi elementi, in conclusione, ben potrebbe risolvere le criticità sollevate dalla configurabilità di una corruzione del parlamentare: solo attraverso l'indicazione dell'atto/attività funzionale venduti può individuarsi la modalità di aggressione della funzione, contribuendo a restituire coerenza allo statuto penale della p.a., che deve assumere a proprio oggetto di tutela l'effettiva *funzione amministrativa* (intesa in senso ampio, secondo il modello unitario adottato dal nostro codice), poiché a questa è legata l'amministrazione di risultato, precipitato del modello europeo di *buona amministrazione*⁷⁰.

⁶⁰ UBIALI (2020), 378 ss.

⁶¹ Sulla fattispecie entrata in vigore il 1 settembre 2014, cfr. HOVEN (2015), 553 ss.; SATZGER (2014), 1022 ss.

⁶² Particolarmente condivisibile è la scelta del legislatore tedesco di dare vita ad una nuova incriminazione destinata ai *Mandatsträger*, anziché integrare la nozione di *Amtsträger* ai sensi del §11, Abs. 1, n. 2 StGB, che avrebbe consentito di applicare le fattispecie di corruzione già previste ai §§331 ss. anche ai parlamentari.

⁶³ La disposizione tedesca fa riferimento ad un *Handlung*, differente rispetto al *Diensthandlung* contemplato dalla loro corruzione propria (§332) e al *Dienstausübung* della loro corruzione funzionale (§331).

⁶⁴ In senso critico sull'introduzione di questo specifico elemento del *Tatbestand*, ERNST MÜLLER (2015), 334, rispetto al quale ritiene possano consolidarsi prassi giurisprudenziali che sterilizzano tale requisito.

⁶⁵ Ciò che andrebbe evitato è certamente l'utilizzo della nozione di atto d'ufficio, poiché troppo legato alle vicende che interessano i procedimenti amministrativi in senso stretto. Applicato all'attività legislativa, questo elemento subirebbe slabbature interpretative, come testimoniato dal fatto che anche l'art. 3 l. 140/2003, più volte richiamato, esemplificativo delle attività istituzionali tipiche del parlamentare, annovera al proprio interno soprattutto condotte non riassumibili in atti d'ufficio.

⁶⁶ HEINTSCHEL-HEINEGG (2023), §14 specifica che ad essere coperta è tutta l'attività del parlamentare, mentre al §20.1 chiarisce che non rientra nell'area applicativa della fattispecie la dipendenza economica tra rappresentanti eletti e gruppi di interesse, in cui si persegue solo la rappresentanza di interessi politici generalmente formulati.

⁶⁷ In senso contrario all'introduzione di questo elemento di stretta causalità UBIALI (2020), 150 in quanto esso fungerebbe come una “causalità interna, nella forma della totale sottoposizione della libertà di agire del soggetto pubblico agli interessi del corruttore: la scelta dell'eletto deve essere infatti esclusivamente determinata dal vantaggio ricevuto, senza il quale egli avrebbe agito diversamente”. Non sembra che la fattispecie richieda anche la prova che il soggetto non avrebbe agito diversamente, imponendo solo che l'atto compiuto o meno corrisponda esattamente all'indicazione fornita dal privato.

⁶⁸ Questo aspetto è riconosciuto anche da HEINTSCHEL-HEINEGG (2023), §24 rispetto alla fattispecie tedesca.

⁶⁹ Su questa categoria di reati, VASSALLI (1958), 301 ss.

⁷⁰ Ammette che la previsione a livello europeo di un diritto ad una buona amministrazione ha determinato una “evoluzione funzionale” dei principi previsti all'art. 97 Cost., CASSESE (2011), 109. Nella letteratura penalistica, utilizza l'art. 41 CDFUE per recuperare un proficuo argomento interpretativo in chiave offensivizzante dello statuto penale della p.a., MANES (2005), 196.

3. Mediazione onerosa e agire informale della p.a.

Spostando l'attenzione sul secondo polo del presente lavoro, è bene osservare sin da principio che i più recenti, ma ormai già consolidati, approdi in tema di mediazione onerosa del traffico di influenze illecite, nell'incardinare la dimensione lesiva della condotta nei suoi "scopi", nella "proiezione esterna" dell'attività di influenza, affermano che "la mediazione è illecita se è volta alla commissione di un illecito penale – di un reato – idoneo a produrre vantaggi al committente"⁷¹. La giurisprudenza di legittimità aderisce così alla lettura con la quale la dottrina maggioritaria aveva tentato di risolvere il *rebus* che, sin dall'originaria formulazione, ha presentato l'art. 346-*bis*, comma 1, c.p.⁷².

Anche rispetto a questa previsione normativa, rigenerata nella versione interpretativa appena descritta, possono individuarsi profili di frizione con la possibilità di esercitare attività costituzionalmente garantite, alle quali è legata la realizzazione di diritti fondamentali, senza il rischio di incorrere in responsabilità penali. In questa materia, tuttavia, l'impatto di un *chilling effect* sarebbe – giova precisarlo – più sfumato rispetto a quanto visto per la corruzione del parlamentare.

In caso di eccessiva ampiezza applicativa del traffico 'oneroso', niente affatto remota in considerazione della malleabilità del tipo criminoso forgiato dalla giurisprudenza⁷³, ad essere pregiudicata potrebbe essere quella modalità 'informale' di agire della p.a.⁷⁴, dietro la quale si nasconde una ricca attività di mediazione tra interessi rilevanti⁷⁵, di estrema utilità per

⁷¹ Cass., sez. V, 2 agosto 2022, n. 30564; Cass., sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 1182; Cass., sez. VI, 9 novembre 2021 n. 40518. In commento a tale filone giurisprudenziale, si veda UBIALI (2022), §6 che riconosce a questa interpretazione idoneità restrittiva del tipo della mediazione illecita.

⁷² CINGARI (2019), 753 ss.; MAIELLO V. (2013), 426; PULITANÒ (2012), 14. In particolare, FIORE S. (2023), 20-21 che, pur apprezzando e condividendo gli sforzi ermeneutici compiuti per 'colorare' di disvalore offensivo la mediazione onerosa, ammette che quel principio affermato "se preso sul serio, dovrebbe significare che per ritenere integrato (oltre ogni ragionevole dubbio) l'essenziale requisito della illiceità, non è certo sufficiente ricostruire induttivamente una generica intenzione illecita (come ad esempio raccogliere o stimolare la disponibilità o l'inclinazione del pubblico agente a commettere reati); bensì è necessario dimostrare che la mediazione era strumentale e finalizzata alla commissione di uno specifico fatto penalmente rilevante, del quale andrebbe valutata la concreta idoneità a produrre, una volta commesso, un vantaggio indebito per l'acquirente della mediazione". Ciò, secondo l'autore, corrisponderebbe alla "pratica impossibilità di applicare la norma", dal momento che "la struttura del reato coglie le condotte del mediatore e del committente in una fase di tipo schiettamente 'preparatorio', quando non meramente progettuale o addirittura 'cogitativo'. Sarebbe difficile, ciò premesso, immaginare che "possa esistere un compendio probatorio processualmente spendibile che consenta non solo di identificare, innanzitutto, il reato-fine, ma anche di farlo in modo da poterlo sottoporre alla 'prova di resistenza' circa la sua idoneità a favorire il committente". Analoghi dubbi sulla capacità probatoria di una lettura giurisprudenziale simile sono avanzati da UBIALI (2022), §6 e MONGILLO (2022), 23, il quale per la difficoltà a rintracciare in maniera chiara il tipo criminoso della mediazione punibile (p. 21 e 24 ss.), nonché ID. (2019), 300 adombra vizi di legittimità costituzionale per indeterminazione, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost. Anche MANES (2018), 1136 ne denuncia lo scarso coefficiente di tassatività, rilevando come "il baricentro (sia) inarcato sulla proiezione finalistica che caratterizza una dinamica pre-corruttiva (o di "mero accordo" non seguito dalla commissione del reato): molto, se non tutto, si concentra su scopi e moventi, che finiscono per fissare nel foro interno il confine tra il "traffico innocente" e quello "corruttivo".

⁷³ Sarà il dato giurisprudenziale, infatti, il riferimento 'criminoso' rispetto al quale si avvanzeranno le presenti considerazioni, dal momento che, com'è stato notato, quello normativo "restituisce l'immagine di una fattispecie costruita sull'argilla", MONGILLO (2022), p. 24.

Nel momento in cui si scrive si apprende della elaborazione di una bozza di un ampio ddl cd. Nordio sui temi della giustizia, tra cui si propone di intervenire anche sul traffico di influenze illecite. In particolare, la fattispecie verrebbe modificata proprio nella parte sulla mediazione onerosa, recependo integralmente l'indirizzo giurisprudenziale, e prima ancora dottrinale, consolidato. Il legislatore così fornisce ennesima dimostrazione del suo ruolo di mero 'ratificatore' delle opzioni politico-criminali maturate nel laboratorio del creazionismo giurisprudenziale, come già accaduto, a titolo esclusivamente esemplificativo, nella vicenda della corruzione per l'esercizio della funzione, cfr. AMARELLI (2021), 3. La nuova disposizione reciterebbe così: "Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando intenzionalmente relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità economica, per remunerare un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, in relazione all'esercizio delle sue funzioni, ovvero per realizzare un'altra mediazione illecita, è punito con la pena della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni e sei mesi. *Ai fini di cui al primo comma, per altra mediazione illecita si intende la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito*". La notizia è reperibile su *ilsole24ore.com*, 14 giugno 2023. Non sembra, tuttavia, che l'orientamento giurisprudenziale di riferimento possa trovare piena attuazione attraverso la nuova formulazione della fattispecie e, in particolare, a causa della definizione di "altra mediazione illecita" fornita dal riformato comma 2. Sul punto, cfr. *infra* nt. 89.

Le seguenti osservazioni, dunque, possono estendersi anche a questa bozza di provvedimento normativo.

⁷⁴ Sui caratteri dell'amministrazione informale, che si inserisce nel modello di amministrazione discrezionale di risultato, PROTTO (2012), 841 ss.; BERTI (1992), 3 ss.

⁷⁵ Il mutamento dell'amministrazione brevemente descritto è legato inevitabilmente anche all'emersione di sempre maggiori interessi che richiedono valutazioni discrezionali e bilanciamenti difficili. D'altronde alla base della nota (e insuperata) teoria gianniniana sulla discrezionalità venivano indicati proprio questi interessi "secondari", a completamento degli interessi primari, come quelli che rappresentano il fine dell'agire istituzionale, assegnato "alla cura funzionale dell'autorità". Questi interessi secondari erano presi in considerazione dalla singola autorità, anche senza una espressa tutela da parte dell'ordinamento, ma che in concreto integravano gli interessi primari, così GIANNINI (1939), 77-79.

la qualità finale del risultato amministrativo perseguito⁷⁶, quest'ultimo essendo il bene della vita sotteso al singolo procedimento⁷⁷. Nello scenario ordinamentale e sociale – ne si è consapevoli – l'attività affaristico/relazionale che si nasconde dietro le decisioni assunte ai vari livelli istituzionali è contornata da un certo misterioso alone di disvalore etico-sociale, anche a causa dell'assenza di una disciplina extrapenale che regoli il *lobbying*; l'impatto del quale sul 'rabbocco' offensivo del tipo criminoso del traffico di influenze illecite resta, peraltro, tutto da dimostrare⁷⁸, in maniera non dissimile da quanto osservato riguardo al rapporto tra regolamentazione amministrativa del finanziamento ai partiti e corruzione del parlamentare.

Senza un'attenta opera di misurazione dell'intervento penale in questo settore, che tenga conto degli odierni modi di 'comportarsi' dell'amministrazione, sempre più immersa in una fitta rete di bilanciamenti tra interessi di nuova emersione, portati avanti grazie all'interlocuzione diretta con i privati, secondo quei caratteri di dialogo e partecipazione tipici dell'amministrazione di risultato⁷⁹, si determina la reviviscenza di un diritto penale della p.a. posto a tutela dell'immagine di entità 'intangibile' dell'istituzione, in una prospettiva che valorizza al massimo l'imparzialità svincolandola dal buon andamento. Ciò emerge in particolare con riferimento ad una fattispecie, come quella del traffico di influenze illecite, che si propone di indagare il sottobosco di relazioni affaristiche da cui germoglia il seme dell'illegalità nella p.a. e la cui (in)determinata area di tipicità⁸⁰ confina con l'esercizio della funzione amministrativa nelle sue fasi preliminari di 'concepimento' e 'gestazione' delle scelte discrezionali, "tutte astrattamente possibili e legittime"⁸¹. Si promuove, in tal modo, un utilizzo del penale in chiave eticizzante, a salvaguardia della mera legalità formale dell'agire istituzionale casto, secondo *refrain* particolarmente ricorrenti nelle recenti evoluzioni della politica-criminale⁸² e negli approcci giurisprudenziali 'di lotta'⁸³. Ne deriva un'accentuazione della diastasi tra la direzione intrapresa dal diritto penale, sempre più distante dai propri compiti ontologici di tutela, e il correlato suo formante amministrativo, che grazie al suo nuovo paradigma 'di risultato' viene proiettato nello specchio degli articoli 2 e 3, comma 2, Cost., cardine dello Stato sociale di diritto⁸⁴.

In questa sede è, allora, opportuno evidenziare gli aspetti dell'attuale stato dell'interpretazione in tema di mediazione onerosa nel traffico di influenze illecite che la tengono esposta a perduranti pratiche di slabbramento applicativo, che confermano i profili di inadeguatezza dell'incriminazione⁸⁵.

⁷⁶ Nel senso che l'attività di intermediazione può realmente giovare alla qualità del procedimento decisionale e ai suoi risultati, per tutti, PETRILLO (2018), 191 ss. Invero, anche rispetto al traffico oneroso affiorano rischi di congelamento del diritto di petizione, dal momento che l'attività di *lobbying*, tramite la quale questo diritto sovente trova espressione, rischia di essere paralizzata. Cfr. *supra* nt. 49.

⁷⁷ IANNOTTA (2001), 747.

⁷⁸ FIORE S. (2023), 14-16, pur riconoscendo l'importanza di una disciplina extrapenale del *lobbying* non assegna a quest'ultima un valore penalistico di particolare pregnanza, in quanto, da un lato, "non è auspicabile, in generale, che l'applicazione di una fattispecie incriminatrice venga fatta dipendere in misura significativa da una disciplina extrapenale amministrativa, che rischia di funzionare da moltiplicatore dei livelli di complicazione interpretativa"; dall'altro "i possibili modelli di regolamentazione, anche a giudicare dalle proposte attualmente in discussione, prevedibilmente si attestano su discipline volte essenzialmente a garantire la trasparenza dei processi decisionali che vedono l'attiva presenza e il contributo di istanze organizzate da parte dei portatori di interesse di volta in volta coinvolti", risultando "inidonea a riempire descrittivamente il requisito di illiceità che l'art. 346-bis c.p. richiede per attribuire rilevanza penale alle ipotesi di mediazione onerosa". Far coincidere i piani "significherebbe introdurre nella fattispecie un elemento in grado di trasformare la incriminazione in una ipotesi di pericolo totalmente presunto a base meramente formale, fondata esclusivamente sul dato che il decisore pubblico è stato sensibilizzato al di fuori delle 'procedure' previste dalla legge di regolamentazione del settore". Sembra ricavarsi che l'Autore non intenda far dipendere dalla presenza della disciplina extrapenale l'illiceità della mediazione nei suoi 'mezzi' o nei fini suoi 'fini', facendola coincidere a prescindere su questi ultimi. Valorizzano, al contrario, anche in una prospettiva penalistica l'eventuale dato normativo amministrativo sottostante MONGILLO (2022), 25; ID. (2016), 97 ss.; CINGARI (2019), 755; ALAGNA (2018), 187; SCARONA (2016), 811 ss.

⁷⁹ Non a caso, com'è stato osservato, "all'affermazione dell'amministrazione di risultato ha concorso anche la contemporanea diffusione dell'amministrazione per accordi", così IANNOTTA (2004), 437. In questa direzione di agevolazione del confronto e delle pratiche 'negoziali', dotate per natura di caratteri informali, sembra muoversi la previsione dell'art. 11 l. 241/1990, che "individua un modello consensuale grazie al quale possono uscire allo scoperto negoziazioni ed intese non ufficiali", così CONTIERI AL. (2004), 282.

⁸⁰ Chiosa MANES (2018), 1138, come si tratti di "una fattispecie poco aderente a quadri criminologici costanti e definiti, e caratterizzati da un chiaro disvalore criminale, ed affidata ad elementi a «tassatività debole»".

⁸¹ GIANNINI (1939), 52.

⁸² Per tutti, MANES (2019), 86 ss.

⁸³ Per tutti, sulla 'ermeneutica di lotta' applicata allo specifico ambito dei reati contro la p.a., DONINI (2020), 20 ss.

⁸⁴ Per tutti, CHELI (2006), 27. Proprio sul ruolo dell'amministrazione di garante e di strumento di realizzazione dei diritti fondamentali, s'interroga ESPOSITO (2021), *passim* e, in particolare, a p. 15, rispetto all'emergenza pandemica da Covid-19, si chiede "come avremmo retto all'attacco del virus senza le istituzioni? Cosa sarebbe accaduto, qui e altrove, se fosse mancato un quadro istituzionale in base al quale orientare i nostri comportamenti? Guardato da questo punto di vista, si deve riconoscere che l'apporto delle istituzioni è apparso, per non poco tempo, l'unica risorsa disponibile".

⁸⁵ Si è consapevoli, tuttavia, che, com'è stato attentamente osservato, "la verità è che qualsiasi proposta interpretativa si assuma il compito di correggere la incompiutezza della norma e/o di riallinearla con un principio può farlo solo 'forzandola' in qualche misura, così FIORE S. (2023),

Viene in rilievo, in primo luogo, come l'elemento del "vantaggio indebito" procurato al cliente, introdotto dal menzionato indirizzo giurisprudenziale attraverso la suadente maschera dell'interpretazione tassativizzante, pur in assenza di qualsiasi aggancio testuale da cui ricavarlo, rappresenta il cavallo di Troia del perimetro di operatività della mediazione onerosa. Solo in apparenza esso funge da cerniera di garanzia del tipo legale, mentre, al contrario, lo apre ad esiti imprevedibili. Il requisito del vantaggio indebito, infatti, non è in grado di definire *ex ante* un catalogo chiuso di reati-scopo dell'accordo di influenze che presentino questo elemento di fattispecie, affidando al giudice un potere incontrollabile poiché non vincolato ad alcun requisito presente nella disposizione. Non è difficile comprendere come i reati idonei a produrre un vantaggio indebito possano essere della più varia collocazione topografica codicistica, anche, dunque, all'esterno dei reati di cui al titolo II libro II del codice penale. Esempi agevoli possono essere quelli dei delitti di falso e di accesso abusivo a sistema telematico o informatico. La mediazione onerosa del traffico di influenze illecite, in questo modo, si porrebbe a tutela della legalità dell'azione amministrativa genericamente intesa⁸⁶, prevenendo tanto fatti di corruzione, abusi d'ufficio o rivelazioni di segreti d'ufficio, quanto reati allo stato non prevedibili perché rimessi alla casistica che in concreto si verifica. Di immediata percezione le conseguenze di ampliamento (ingiustificato) dei confini di illiceità della mediazione e, dunque, di deflagrazione del tipo criminoso.

In secondo luogo, l'elemento dell'indebito vantaggio non è quasi mai espressamente previsto nelle singole fattispecie, ma è a sua volta ricavato in via interpretativa. A ciò si aggiunga che l'assenza di connotazione di tale requisito lo traghetterebbe verso un'applicazione senza limiti, orientata a valorizzare qualsiasi tipo di vantaggio. Di certo non vale a qualificarlo la matrice indebita, che spiega soltanto il suo essere frutto di un illecito. Anche rispetto alla configurazione del requisito del vantaggio indebito sembra possano riproporsi i dubbi di tenuta dei principi di prevedibilità e colpevolezza, secondo l'insegnamento per il quale "senza un *Tatbestand* non vi può essere neppure uno *Schuldtatbestand*"⁸⁷.

Uno degli aspetti che invita, invece, ad una attenta riflessione sul rispetto del principio di ragionevolezza riguardo ad un'incriminazione così costruita concerne la proporzionalità sanzionatoria tra il delitto avamposto e quello "finale"⁸⁸. Volendo limitarsi a quelle più frequentemente richiamate, come abuso d'ufficio, rivelazione di segreti d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, si nota come la mediazione onerosa nel traffico di influenze sia punita più severamente delle fattispecie-scopo. Accade, così, che il reato di pericolo riceva un trattamento sanzionatorio più severo di quello riservato al reato che intende prevenire⁸⁹, spianando la strada ad un irragionevole ribaltamento della gerarchia assiologica tra il bene giuridico intermedio e il bene finale.

Ad essere pregiudicata risulta, inoltre, proprio la fondamentale funzione critico-selettiva del bene giuridico.

L'accordo di influenza, schiacciato sulla generica tutela della legalità dell'agire amministrativo, spalanca le porte ad un bene giuridico talmente ampio da abbracciare offese dall'eterogenea struttura di disvalore, come si ricava dalla variegata asimmetria dei tetti sanzionatori delle fattispecie-scopo, costituite indifferentemente da aggressioni monosoggettive (si pensi all'abuso d'ufficio) e plurisoggettive (si pensi alla corruzione). Ciò in quanto lo sfondo di tutela si modula anche in rapporto alle differenti sfumature che sono impresse dalle modalità di offesa.

Sullo sfondo, sta una impalpabile *ratio* politico-criminale di creare una fattispecie di pericolo quale argine rispetto ad una serie di reati dal disvalore minimo. Una ricostruzione che prenda sul serio istanze di necessità e di proporzione della tutela penale potrebbe legittimare il concorso criminoso nei reati-fine dei protagonisti del patto di influenze. Com'è stato osservato, "il traffico di influenze illecite, in questa rilettura, si risolve in una deroga all'art. 115

19 nt 22.

⁸⁶ Sembra ritenere ragionevole una simile proiezione di tutela, FIORE S. (2023), 19 nt. 22 accordandola ai perturbamenti dell'amministrazione rispetto al suo andamento legale e imparziale.

⁸⁷ MANES (2018), 1146.

⁸⁸ Condivide questo argomento, ritenendolo decisivo al fine di inquadrare finalisticamente la rilevanza della mediazione onerosa ai soli casi in cui questi abbiano ad oggetto fatti di corruzione, SERRAINO (2022), 298.

⁸⁹ In senso contrario, FIORE S. (2023), 19 nt. 22 che rileva come "la gravità del reato fine non è una variabile che riverbera sulla ragione per la quale viene punito l'accordo tra mediatore e privato, vale a dire il pericolo che l'azione amministrativa possa, a seguito di ciò, subire perturbamenti rispetto al suo andamento legale e imparziale. Non è dunque così irragionevole, forse, che il suo disvalore venga 'pesato' in maniera indipendente da quello, molto variabile, di un reato che peraltro non è stato commesso e che dal punto di vista dell'art. 346 bis c.p. neppure deve esserlo".

c.p. (...) con l'aggiunta di una condizione, invero non del tutto precisata nelle pronunce in discorso: il fatto di reato prefigurato dalle parti deve poter generare *effetti vantaggiosi* per il committente⁹⁰.

Così delineata, sembra che la mediazione onerosa assuma la fisionomia dell'atto meramente preparatorio del reato-fine.

In mancanza di altri elementi testuali che possano concorrere a decifrare l'essenza offensiva di questo tipo di mediazione, non resta che valorizzare il ruolo della clausola di riserva, che costituisce pur sempre un elemento di orientazione finalistica della fattispecie⁹¹, facendo coincidere la rilevanza del traffico oneroso con la sua destinazione prodromica dei patti corruttivi⁹².

Il risultato sarebbe, innanzitutto, quello di individuare un equilibrio assiologico tra le due sottofattispecie del traffico gratuito e di quello oneroso, nel pieno rispetto del principio di ragionevolezza/proporzionalità sanzionatoria dell'incriminazione, secondo il quale deve esservi omogeneità di disvalore tra le due condotte coperte dalla stessa cornice edittale. Seguendo, invece, l'indirizzo interpretativo in esame, si assisterebbe, da un lato, ad una mediazione 'gratuita' finalizzata alle sole ipotesi di corruzione; dall'altro, ad un accordo di influenze orientato a reprimere qualsiasi forma di illecito.

Vi è, peraltro, un ulteriore argomento che giustifica la valorizzazione ermeneutica della clausola di riserva per contestare il fondamento della predetta soluzione giurisprudenziale⁹³. Non è affatto peregrino sostenere che se il legislatore avesse voluto 'aprire le porte' della mediazione illecita a qualsiasi forma di reato, avrebbe ommesso tale clausola di riserva determinata, nella consapevolezza che i criteri di risoluzione dei conflitti tra norme si equivalgono per tutti i possibili contrasti tra disposizioni. Ne deriva il rischio che si verifichi una situazione paradossale per la quale, nel caso in cui le condotte sfocino in accordi corruttivi, i soggetti coinvolti nella vicenda criminosa risponderanno solo dell'ultima ipotesi di reato; laddove, invece, si realizzi qualsiasi altro delitto-scopo, come, ad esempio, una turbata libertà degli incanti o un abuso d'ufficio, gli attori dell'accordo di influenza potrebbero rispondere di reato continuato.

Altre soluzioni, come quelle che riconducono il traffico di influenze ad un antecedente non punibile o che collocano quelle condotte nell'ambito di un concorso criminoso, non farebbero altro che prospettare un'interpretazione abrogatrice della clausola di riserva, dal momento che le conclusioni tratte in rapporto alle fattispecie-scopo diverse dalla corruzione, potrebbero essere sostenute anche in riguardo a quest'ultima. Inoltre, in caso di svilimento della funzione di garanzia della clausola di riserva, aggalla il serio rischio che si determini una confusione interpretativa sul versante dei rapporti tra le fattispecie, potendo venire in rilievo una proliferazione di combinazioni (corrispondenti alle figure di reato annoverabili nel catalogo 'aperto' di delitti-scopo) destinate ad alimentare altrettante molteplici soluzioni giurisprudenziali.

Né, infine, potrebbe utilizzarsi l'argomento che intende circoscrivere l'operatività della clausola di riserva alla sola mediazione gratuita in quanto si tratterebbe di una restrizione arbitraria di questo elemento di fattispecie, privo di giustificazioni testuali.

⁹⁰ MONGILLO (2022), 22.

⁹¹ Con riguardo alla capacità della clausola di riserva di orientare finalisticamente la fattispecie, è opportuno osservare che già a una prima lettura della nuova formulazione dell'art. 346-bis c.p., attualmente in discussione in seno al Consiglio dei Ministri (cfr. nt. 71), si nota una sfasatura tra clausola di riserva e struttura della mediazione onerosa. Quest'ultima, infatti, deve consistere in una "mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito". La specificazione che il reato, dal quale il privato possa ricavare indebiti vantaggi, debba realizzarsi nel compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, taglia fuori dalla prospettiva applicativa della mediazione onerosa l'accordo finalizzato a compiere una corruzione per l'esercizio della funzione, contemplata invece nella clausola di riserva. Laddove questo aspetto non venisse emendato, si evincerebbe da subito, sin dalla fase genetica, un chiaro elemento di irragionevolezza della fattispecie, difficilmente censurabile sul piano della legittimità costituzionale, trattandosi di un "vuoto" *in bonam partem*, ma che potrebbe dare luogo ad una fattispecie monca, incapace di attrarre a sé frequenti episodi di utilizzo distorto dell'attività di mediazione, come tutti quelli che consistono nella retribuzione di un mediatore al fine di creare un collegamento con un pubblico agente del quale si intende acquistare la "messa a disposizione". Al contempo, siffatta struttura della mediazione onerosa, definita al comma 2 della fattispecie, altera la corrispondenza tra il risultato ermeneutico frutto degli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità e la volontà di trasferire gli stessi sul piano normativo. Infatti, la circostanza che il reato-fine della mediazione onerosa debba consistere nel compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio rischia di neutralizzare la capacità applicativa della stessa rispetto a molti (*recte*, tutti i) delitti-scopo della mediazione, dando luogo ad una vicenda di eterogenesi dei fini. Ad essere esclusi dal raggio applicativo della fattispecie risulterebbero, a titolo meramente esemplificativo, le omissioni di atti d'ufficio, le rivelazioni di segreti d'ufficio, le turbative d'asta, eventuali abusi d'ufficio, nonché tutte le incriminazioni che non ruotano attorno all'elemento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio. A ben vedere, l'unica fattispecie che potrebbe consentire operatività alla mediazione onerosa sarebbe la sola corruzione propria.

⁹² Sul punto, anche per alcune posizioni argomentative qui sviluppate, sia consentito il rinvio a MAIELLO N.M. (2021), 239 ss.

⁹³ Segnala la problematicità della questione MONGILLO (2022), 22.

4.

Conclusioni.

Lo studio di settori fortemente *right sensitive* che intersecano snodi cruciali dello svolgimento della vita costituzional-democratica dello Stato rimarca l'esigenza che, in queste materie, le fattispecie penali che si affacciano siano costruite attraverso un utilizzo 'forte' del canone di proporzionalità nelle scelte di incriminazione, al fine di evitare quell'effetto *boomerang* che incide negativamente sull'esercizio e la promozione dei diritti fondamentali retrostanti. A tal proposito, occorre offrire prodotti normativi e conseguenti statuti interpretativi ad alto coefficiente di tassatività.

Le soluzioni fornite rispetto alle due ipotesi analizzate intendono collocarsi nel solco di valorizzazione dei principi costituzionali che sovrintendono l'interpretazione in materia penale, mettendo a frutto la svolta della più recente giurisprudenza costituzionale⁹⁴. L'invito a valorizzare sia la dimensione linguistico-testuale sia il parametro di proporzionalità-ragionevolezza, accolto "tra i canoni interpretativi unanimemente accettati"⁹⁵, potrà contribuire a razionalizzare, anche sul piano dell'effettività, un campo di materia da tempo attraversata a curvature interpretative molto spesso audaci⁹⁶.

Bibliografia

ALAGNA, Rocco (2018), *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato* (Torino, Giappichelli);

AMARELLI, Giuseppe (2021), "Limitatori della penalità: il caso del peculato dell'albergatore tra depenalizzazione legislativa e reviviscenza giurisprudenziale", in *Archivio Penale web*, 2, 1-23;

BALBI, Giuliano (2003), *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica* (Napoli, Jovene)

BENVENUTI, Feliciano (1975), "Per i diritti dei cittadini. Per un diritto amministrativo paritario", in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi* (Padova, CEDAM), ora in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4, 2018, 1301-1324;

BERTI, Giorgio (1992), "Stato di diritto informale", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 3-30;

BIONDI, Francesca (2016), "Verso un finanziamento privato dei partiti: ma con quali regole?", in *Quaderni costituzionali*, 2, 364-367;

BIONDI, Francesca (2014), "L'abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti politici e le regole introdotte dalla legge n. 13 del 2014", in *Studium Iuris*, 11, 1284-1293;

BRASCHI, Sofia (2019), *Punti fermi e problemi aperti in tema di corruzione parlamentare*, in *Dir. Pen. proc.*, 5, 706-715;

BRICOLA, Franco (1997), "Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali", in *Temi*, 1968, 563-582, ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, (Milano, Giuffrè), 2389-2416 (da cui si cita);

CALAMANDREI, Piero (2017), "Patologia della corruzione parlamentare", in *Il Ponte*, III, 1947, 10, pp. 859 ss., ora in ristampa, (Roma, RomaTre Press), 37 (da cui si cita)

⁹⁴ Come auspicato da PALAZZO (2016), 12, ove affidava ai corsi interpretativi promossi dalla Corte costituzionale il compito di guida per uscire dalla crisi della legalità, provocata da colpevoli atteggiamenti tenuti dai vari attori dell'esperienza giuridica.

⁹⁵ MANES (2021), 1238 e 1245 e *passim*.

⁹⁶ Tra i rimedi più volte richiamati da Francesco Palazzo per risolvere il problema della (im)prevedibilità della decisione giudiziaria e 'limitare i danni' della crisi della legalità, una posizione preminente nell'ambito di uno statuto deontologico dell'interpretazione ricco di regole più specifiche viene assegnata proprio all'"abito mentale del giudice" e al suo "senso del limite", che rappresentano regole etiche in grado di declinare anche sul piano *in action* il principio di *ultima ratio*, da intendersi "come principio generale di contenimento dello *ius terribile* non solo per il legislatore ma anche per la giurisdizione", così PALAZZO (2020), 1276; nonché, da ultimo, *Id.* (2022), 951.

- CAMMELLI, Marco (2002), “Amministrazione di risultato”, in *Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo. Annuario 2002* (Milano, Giuffrè), 107-125;
- CASSESE, Sabino (2011), “Il diritto alla buona amministrazione”, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, (Napoli, Editoriale Scientifica) 105-113;
- CASSESE, Sabino (1983), *Il sistema amministrativo italiano* (Bologna, Il Mulino);
- CHELI, Enzo (2006), *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive* (Napoli, Editoriale Scientifica);
- CINGARI, Francesco (2022), “Il tipo criminoso dei delitti di corruzione: tra teoria del duplice schema e corruzione per “asservimento” della funzione”, in *Diritto Penale e processo*, 1, 81-88;
- CINGARI, Francesco (2019), “La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l’incerto destino del millantato credito”, in *Diritto penale e processo*, 6, 749-755;
- CINGARI, Francesco (2017), “Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e traffico di influenze illecite”, in *Cassazione Penale*, 1, 185 ss.
- COMPAGNA, Francesco (2016), “La corruzione del parlamentare: un archetipo costituzionalmente improprio”, in *Diritto Penale contemporaneo*, 7 giugno 2016;
- CONTIERI, Alfredo (2004), “Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato”, in IMMORDINO, Maria e POLICE, Aristide (eds.), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003* (Torino, Giappichelli), 279-286;
- COSTA, Pietro (1999), “Lo ‘Stato totalitario’: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo”, in *Quaderni fiorentini*, 61-174;
- CRISAFULLI, Vezio e NOCILLA, Damiano (1977), “Nazione”, in *Enciclopedia del diritto*, XX-VII, 787-816;
- DI MARTINO, Alessandro (2019), “Partiti e movimenti politici nel duplice nucleo della trasparenza e della prevenzione della corruzione: la zona grigia delle fondazioni politiche tra luci e ombre del ddl “spazzacorrotti””, in DELLA RAGIONE, Luca (eds.), *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)* (Milano, Giuffrè) 88 ss.;
- DONINI, Massimo (2020), “Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale”, in *Archivio Penale web*, 2, 1-26;
- ERNST MÜLLER, Hennig (2015), ““Handlung im Auftrag oder auf Weisung”. Anmerkungen zur Normgenese des §108e StGB”, in *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck), 325-335;
- ESPOSITO, Roberto (2021), *Istituzione* (Bologna, Il Mulino);
- FIANDACA, Giovanni (2008), *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti* (Napoli, Editoriale Scientifica);
- FIDELBO, Giorgio (2020), “La corruzione funzionale e il contrastato rapporto con la corruzione propria”, in *Giustizia Insieme*, 14 maggio 2020;
- FIORE, Stefano (2023), “Quello che le norme non dicono. L’ortopedia giudiziaria come tecnica di rigenerazione offensiva del traffico di influenze illecite”, in *Archivio Penale web*, 1, 1-33;
- GALLI, Martina (2023), “Effetti collaterali”, in PIERGALLINI, Carlo et al. (eds.), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. III, (Milano, Giuffrè), 1411-1423;
- GALLUCCIO, Alessandra (2023), “Chilling effect”, in PIERGALLINI, Carlo et al. (eds.), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. III, (Milano, Giuffrè), 1261-1272;

GARGANI, Alberto (2016), “Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale”, in G.A. DE FRANCESCO, Giovannangelo e MARZADURI, Enrico (eds.), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo* (Torino, Giappichelli), 89;

GIANNINI, Massimo Severo (1939), *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione. Concetto e problemi* (Milano, Giuffrè);

GIUPPONI, Tomaso F. (2005), *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali* (Torino, Giappichelli)

GULLO, Antonio (2018), “Il caso Calderoli davanti alla Consulta: una utile riaffermazione dei limiti di applicabilità dell’art. 68 Cost.”, in *Diritto Penale contemporaneo*, 4, 152-156;

GULLO, Antonio (2007), “Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull’insindacabilità nel quadro della sistematica del reato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 178-216;

HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (2023), “§108e Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern”, in BeckOnline Strafgesetzbuch, LVI, 2023;

HOVEN, Elisa (2015), “Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht. Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 553-560;

IANNOTTA, Lucio (2004), “Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative in IMMORDINO, Maria e POLICE, Aristide (eds.), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003* (Torino, Giappichelli), 433-467;

IANNOTTA, Lucio (2001), “Principio di legalità e amministrazione di risultato”, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, (Napoli, Jovene) 745-759;

LA ROSA, Emanuele (2014), “Attività parlamentare e “statuto penale della pubblica amministrazione””, in D’ANDREA, Luigi *et al.* (eds.), *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale: prospettive costituzionalistiche e penalistiche. Atti del convegno di Messina, 11 marzo 2011* (Torino, Giappichelli), 149-159;

MAIELLO, Nicola Maria (2022), “La “riconversione mediatica” del fatto tipico”, in *Cassazione penale*, 12, 4470-4480;

MAIELLO, Nicola Maria (2021), “Traffico di influenze illecite”, in FIORE, Stefano e AMARELLI, Giuseppe (eds.), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed. (Milano, Wolters Kluwer), 230-250;

MAIELLO, Vincenzo (2013), “Il delitto di traffico di influenze indebite”, in MATTARELLA Bernardo Giorgio e PELISSERO, Marco (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione* (Torino, Giappichelli), 419-434;

MANES, Vittorio (2023), “I delitti contro la pubblica amministrazione”, in Aa.Vv., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale* (Torino, Giappichelli), 93-182;

MANES, Vittorio (2022), *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo* (Bologna, Il Mulino);

MANES, Vittorio (2021), “Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1233-1252;

MANES, Vittorio (2019), “Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione”, in *Questione giustizia*, 1, 86-100;

MANES, Vittorio (2018), *Corruzione senza tipicità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 1126-1155;

MANES, Vittorio (2012), “Le qualifiche soggettive agli effetti penali. L’impatto dei processi di privatizzazione e liberalizzazione”, in Aa.Vv., *Corruzione e illegalità nella Pubblica Amministrazione. Evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma* (Roma, Aracne);

MANES, Vittorio (2005), *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza* (Torino, Giappichelli);

MANES, Vittorio (2000), *L’atto d’ufficio nelle fattispecie corruttive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 924-959;

MONGILLO, Vincenzo (2022), “Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile”, in *Sistema penale*, 2 novembre 2022;

MONGILLO, Vincenzo (2019), “Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano dopo la legge “spazzacorrotti”: questioni interpretative e persistenti necessità di riforma”, in GIAVAZZI, Stefania *et al* (eds.), *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale* (Torino, Giappichelli), 265-306;

MONGILLO, Vincenzo (2016), “Profili penali della rappresentanza di interessi: il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano”, in *Percorsi costituzionali*, 1-2, 89-112;

NEGRI, Daniele (2008), “Immunità parlamentare (dir. proc. pen.)”, in *Enc. Dir.*, Annali, II, t. II, 674-709;

PACE, Alessandro (2000), “L’art. 68, comma 1, Cost. e la «svolta» interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 85 ss.;

PADOVANI, Tullio e STORTONI, Luigi (1991), *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale* (Bologna, Il Mulino);

PAGLIARO, Antonio (1970), “Immunità (dir. pen.)”, in *Enc. Dir.*, XX, 213-225;

PALAZZO, Francesco (2022), “Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziaria (tra miti, illusioni, pragmatismi)”, in *Cassazione penale*, 3, 941-952;

PALAZZO, Francesco (2020), *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 1249-1277;

PALAZZO, Francesco (2016), “Legalità fra law in the books e law in action”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, 4-12;

PALAZZO, Francesco (2013), “Gli effetti “preterintenzionali” delle nuove norme contro la corruzione”, in MATTARELLA Bernardo Giorgio e PELISSERO, Marco (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione* (Torino, Giappichelli), 19.

PELISSERO, Marco (2015), “Introduzione”, in GROSSO, Carlo Federico e PELISSERO, Marco (eds.), *Reati contro la Pubblica Amministrazione* (Milano, Giuffrè), 1-11;

PETRILLO, Pier Luigi (2018), “Lobbying e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, 191-210;

PROTTO, Mariano (2012), “L’amministrazione informale”, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. II (Napoli, Editoriale Scientifica), 841-865;

PULITANÒ, Domenico (2012), “Legge anticorruzione”, in *Cassazione penale*, suppl. n. 11, 14

RAMPIONI, Roberto (2021), “La giurisprudenza i fuochi fatui”, in *www.dirittodidifesa.it*, 11 ottobre 2021;

RECCHIA, Nicola (2020), *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali* (Torino, Giappichelli);

ROCCO, Alfredo (1930), “Relazione al Re sul testo definitivo di codice penale”, in *Gazz. Uff.*, 26 ottobre 1930, 4486

SATZGER, Helmut (2014), “Der reformierte §108e StGB – Bestechlichkeit und Bestechung von Abgeordneten nach neuem Recht”, in *Juristische Ausbildung*, 10, 1022-1029;

SCAROINA, Elisa (2016), “Lobbying e rischio penale”, in *Diritto penale e processo*, 6, 811-829;

SEMINARA, Sergio (2012), “La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale”, in *Diritto penale e processo*, 10, 1235-1245;

SERRAINO, Fernanda (2023), “Il problema della definizione della “illiceità” della mediazione nel nuovo reato di traffico di influenze illecite”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, 283-301;

SILVESTRI, Gaetano (2023), “Separazione dei poteri e indirizzo politico”, V, 1122-1149;

STANCATI, Paolo (1983), “Petizione (dir. cost.)”, in *Enc. Dir.*, XXXIII, 596-608;

STILE, Alfonso Maria (1987), “Amministrazione pubblica (delitti contro la)”, in *Dig. disc. pen.*, 129-135;

STORTONI, Luigi (1976), *L'abuso di potere nel diritto penale* (Milano, Giuffrè);

TAGLIARINI, Francesco (1973), *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale* (Milano, Giuffrè);

UBIALI, Maria Chiara (2022), “L’illiceità della mediazione nel traffico di influenze illecite: le sentenze della Cassazione sui casi Alemanno e Arcuri”, in *Sistema penale.*, 31 gennaio 2022;

UBIALI, Maria Chiara (2020), *Attività politica e corruzione. Sull’opportunità di uno statuto penale differenziato* (Milano, Giuffrè);

UBIALI, Maria Chiara (2018), “In tema di corruzione del parlamentare (note a margine del caso Berlusconi-De Gregorio)”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2296-2324;

VASSALLI, Giuliano (1974), “Punti interrogativi sulla estensione della irresponsabilità dei membri del Parlamento, in Studi in onore di Giuseppe Chiarelli” vol. IV, (Milano, Giuffrè), 4279, nonché in *Scritti giuridici. La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, vol. I, t. I, (Milano, Giuffrè), 1997;

VASSALLI, Giuliano (1958), “Accordo”, in *Enc. Dir.*, I, 301-302;

VIGANÒ, Francesco (2022), “Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione”, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2022, 1-20;

VIGANÒ, Francesco (2021), *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, (Torino, Giappichelli);

ZAGREBELSKY, Gustavo (1979), *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale* (Torino, Giappichelli).

RECENSIONI

RESEÑAS

REVIEWS

- 200 **The Legal Dynamics of Disrespect: LGBTQI+ People, Hate speech, and Criminal Justice**
Le dinamiche giuridiche del disprezzo: persone LGBTQI+, discorso d'odio e giustizia penale
La dinámica jurídica del desprecio: personas LGBTQI+, discurso de odio y justicia penal
Adriano Martufi

The Legal Dynamics of Disrespect: LGBTQI+ People, Hate speech, and Criminal Justice*

Reflections around 'M. Pelissero, A. Vercellone (eds.), Diritto e persone LGBTQI+'

*Le dinamiche giuridiche del disprezzo:
persone LGBTQI+, discorso d'odio e giustizia penale*

Riflessioni attorno a "M. Pelissero, A. Vercellone (a cura di), Diritto e persone LGBTQI+"

*La dinámica jurídica del desprecio:
personas LGBTQI+, discurso de odio y justicia penal*

Reflexiones en torno a "M. Pelissero, A. Vercellone (eds.), Diritto e persone LGBTQI+"

ADRIANO MARTUFI

*Criminal Law Researcher in the University of Pavia
adriano.martufi@unipv.it*

GENDER AND DOMESTIC VIOLENCE,
FUNDAMENTAL RIGHTS,
HATE CRIMES

VIOLENZA DI GENERE E DOMESTICA,
DIRITTI FONDAMENTALI,
REATI D'ODIO

VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA,
DERECHOS FUNDAMENTALES,
CRÍMENES DE ODO

ABSTRACTS

This paper is inspired by a series of reflections developed while reviewing the volume 'Diritto e persone LGBTQI+' edited by Marco Pelissero and Antonio Vercellone. The contribution begins by locating the Italian case study within the context of 'queer criminology'. It then addresses head-on the question of whether homophobic and transphobic discrimination (including hate speech) deserves to be criminalized. It is submitted that the question could be answered in the affirmative, though with some caveats. The main ground for the legitimacy of criminal law intervention can be found in the notion of 'identity' as an expression of human dignity. In order to take the notion of 'identity' seriously, one has to recognize that identity is a relational concept rooted on social dynamics of mutual recognition. Criminal law may be used, as a part of a broader policy toolbox (and only as a last resort) to prevent a denial of recognition and a refusal of one's identity. Further arguments rely on substantive equality and the prohibition to treat similar circumstances in a different way. The article then tackles additional issues raised by the volume, regarding the prohibition of conversion therapies and the status of LGBTQI+ people within the correctional system.

Il presente lavoro raccoglie alcune considerazioni svolte a partire dalla recensione del volume "Diritto e persone LGBTQI+" curato da Marco Pelissero e Antonio Vercellone. Il contributo prende le mosse dall'analisi del caso italiano nel contesto della c.d. "criminologia queer". Ci si sofferma in seguito sul tema della possibile rilevanza penale del discorso d'odio di matrice omofobica e transfobica. Il lavoro aderisce a una tesi cautamente favorevole all'ampliamento dell'ambito applicativo degli artt. 604-bis e 604-ter c.p. (proposto nel corso della XVIII Legislatura dal c.d. d.d.l. Zan) rispetto ai fattori di discriminazione fondati su sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità. A partire dagli spunti offerti dal volume in commento, si ravvisa nella nozione di "identità", quale espressione della dignità umana, il principale fondamento dell'intervento penale in un'ottica costituzionalmente orientata. Al fine di valorizzare la nozione di "identità", nel solco di quanto previsto dagli artt. 2 e 3 Cost., l'articolo sottolinea come l'identità si configuri quale concetto relazionale radicato nelle dinamiche sociali di "riconoscimento reciproco". In quest'ottica, il diritto penale può essere utilizzato, soltanto quale *extrema*

*The title of this contribution takes inspiration from the essay on 'recognition' by A. Honneth, 'The social dynamics of disrespect' in (1994) 1 Constellations, 255-269.

ratio e nel quadro di una più ampia gamma di interventi a carattere extrapenale, al fine di prevenire la negazione di siffatto riconoscimento e, per l'effetto, la negazione dell'identità sessuale e di genere dell'individuo. Ulteriori argomenti a sostegno del proposto intervento di riforma si fondano sull'uguaglianza sostanziale e sul divieto di trattare in modo diverso circostanze simili. L'articolo affronta poi ulteriori questioni sollevate dal volume in commento riguardanti, rispettivamente, il divieto (penalmente sanzionato) di terapie di conversione e lo status delle persone LGBTQI+ nell'ambito del sistema penitenziario.

Este artículo recoge algunas reflexiones desarrolladas durante la elaboración de la reseña del volumen "Diritto e persone LGBTQI+" editado por Marco Pelissero y Antonio Vercellone. El trabajo comienza con un análisis del caso italiano en el contexto de la denominada "criminología queer". A continuación, aborda la cuestión de la posible relevancia penal de la incitación al odio por motivos homofóbicos y transfóbicos. La obra adhiere a una tesis cautelosamente favorable a la ampliación del ámbito de aplicación de los artículos 604-bis y 604-ter del Código Penal (propuesta durante la XVIII Legislatura por el denominado proyecto de Ley Zan) con respecto a la discriminación basada en el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género y la discapacidad. A partir de las consideraciones de la obra en análisis, se observa en la noción de "identidad", concebida como expresión de la dignidad humana, el principal fundamento de la intervención penal en una perspectiva constitucionalmente orientada. Con el objetivo de valorar la noción de "identidad", en línea con los artículos 2 y 3 de la Constitución, el artículo subraya que la identidad es un concepto relacional arraigado en la dinámica social del "reconocimiento mutuo". Desde esta perspectiva, el derecho penal puede utilizarse sólo como *extrema ratio* y en el marco de un abanico más amplio de intervenciones extrapenales, para impedir la negación de dicho reconocimiento y, por tanto, la negación de la identidad sexual y de género de un individuo. Otros argumentos a favor de la reforma propuesta se basan en la igualdad sustantiva y en la prohibición de tratar de forma diferente circunstancias similares. A continuación, el artículo aborda otras cuestiones planteadas por el volumen examinado relacionadas, respectivamente, con la prohibición (sancionada penalmente) de la terapia de conversión y el estatus de las personas LGBTQI+ dentro del sistema penitenciario.

SOMMARIO

1. Introduction. – 2. Queer criminology in Italy: a case study. – 3. From sodomy laws to the protection of ‘equality’ through criminal law. – 4. Criminalizing homophobia and transphobia: a response to critics. – 5. Criminal law and conversion therapies. – 6. Corrections, prison, and the status of LGBTQI+ individuals behind bars.

1.

Introduction.

The following observations are inspired by the recent volume edited by Marco Pelissero and Antonio Vercellone: ‘Diritto e persone LGBTQI+’. The edited book is by far the most extensive companion on law and LGBTQI+¹ persons in Italy to date as it offers a comprehensive oversight of the debate in this field. It does so by drawing on contributions from legal scholars, practitioners and LGBTQI+ activists alike.² The contributions in the volume touch upon different branches and segments of the legal system which intersect the recognition of LGBTQI+ persons as rights-holders. The chapters devoted to private and family law issues, raised by the growing recognition of LGBTQI+ rights, warrant a special attention and are investigated in separate book reviews already published elsewhere.³

The present contribution delves into the most pressing issues regarding criminal justice, discussed in the volume. Such issues feature prominently in the second part of the book. With a different extent of completeness, contributors address topics as diverse as the gradual decriminalization of same sex relationships, the criteria underpinning the (proposed) adoption of provisions establishing new criminal offences to address hate speech and homo/transphobic discrimination, the practice of conversion therapies and their prohibition, and (last but not least) the delicate issues surrounding the incarceration of transgender and LGBTQI+ persons in general as vulnerable groups within prison population.

More generally, the issue of criminal law enforcement of LGBTQI+ rights cuts across several chapters in the book lingering on the background of many contributors. The problem of how to enforce LGBTQI+ rights underlies the reflections of several authors, even when their chapters do not deal directly with criminal justice. This is due to the powerfully symbolic nature of criminal law as well as to the communicative and value-enhancing function of punishment.⁴ It is submitted, however, that the centrality of criminal justice in this debate may partially be explained by the role and recognition of fundamental rights to homosexual, transgender and queer individuals, as these are increasingly regarded not just as rights-holders but also as members of vulnerable groups in need of ‘protection’.

In fact, fundamental rights are premised on the idea of ‘autonomy’. Yet, in a complex society, autonomy – and thus human rights – cannot be exercised without a minimum degree of self-respect, self-esteem, and self-trust. These are pre-conditions for autonomy and rely on the intersubjective/mutual recognition of each person’s worth.⁵ Such recognition is fragile and may be subject to injuries or threats, thus showing that a solid legal infrastructure of recognition (or ‘recognition infrastructure’) is needed to protect autonomy. This claim illustrates the very specific way in which groups (like LGBTQI+ people), lacking such recognition, may be vulnerable. Vulnerability is a social product and derives from ‘harms to and neglects of these relations of recognition’, which ‘jeopardise individuals’ autonomy’.⁶

At the same time, fundamental rights lay bare the constitutive duplicity of criminal law. Individual human rights are, at the same time, *sword* and *shield* vis-à-vis state interference into the sphere of personal freedoms.⁷ Fundamental rights, and among them, LGBTQI+ rights are believed to foster a response that may take different shapes, depending on how such rights are relied on to build up state reaction through the criminal justice system.

At the same time, as criminal justice theorists have convincingly argued, a robust trend in post-modern criminal policy relies on the status of victimhood of vulnerable individuals as a

¹ The present article adopts the acronym chosen by the editors, ‘LGBTQI+’.

² See MALARODA (2022), p. 15.

³ PALAZZO N. (2023). GORI (2023).

⁴ DUFF (2001), p. 79 ff.

⁵ RAMSAY (2012), p. 84.

⁶ ANDERSON AND HONNETH (2005), p. 145.

⁷ TULKENS (2011), pp. 577–595 and KAMBER (2017).

ground to invoke and legitimize criminalization.⁸ This has obvious implications for the question of whether bias-motivated discrimination or violence against homosexual, transgender and queer individuals should be punishable on the basis of autonomous (and penalty-enhancing) criminal provisions. Once heavily criminalised and dealt with by criminologists and criminal justice officials merely as sex offenders,⁹ queer and homosexual individuals are now increasingly regarded as vulnerable victims. Yet one may run the risk of oversimplification, as the law's 'flat understanding' of LGBTQI+ persons as perpetrators is increasingly replaced by an equally flat narrative of such individuals as victims.¹⁰

2.

Queer criminology in Italy: a case study.

To cope with this risk, criminologists have successfully sought to emphasise the insights offered by the lived experience of 'queer folks' within the criminal justice system, as well as the 'unique pathways to offending that in many ways relate specifically to their sexual orientation and/or gender identity'.¹¹ In recent years, queer criminology – often described as an attempt to cast light on the multiple facets of LGBTQI+ people's experience with criminal justice – has grown to become a central and promising field of criminological studies.¹² The authors belonging to this subfield challenge a simplistic understanding of the place LGBTQI+ persons occupy within the legal system. In order to capture nuances and depict a comprehensive portrait of queer and homosexual identities in their relation to criminal law and criminal justice institutions, queer criminology commits to an all-encompassing view of LGBTQI+ population in their different capacity as victims, offenders, and professionals (judges, attorney, etc.) within the criminal justice system.

Similarly, the volume by Pelissero and Vercellone draws heavily on a nuanced approach to criminal justice vis-à-vis LGBTQI+ people. The stance taken by the authors rejects a simplistic and unifying view of the status of LGBTQI+ individuals in the criminal justice domain. While doing so, the chapters devoted to studying the position of queer and lesbian/gay identities vis-à-vis criminal law, provide an important contribution to the scholarly debate in that they offer unique insights into the legal and societal developments of a continental jurisdiction belonging to the 'civil law' tradition. This provides an important addition to the mostly English-speaking and common law-inspired literature on these topics.

As a matter of fact, the Italian legal system constitutes an interesting case study to reflect on the role of criminal law vis-à-vis gender identities and sexual orientations. Such a relevant point of view reflects the characteristics of the Italian legal system, a jurisdiction with a Basic Law which explicitly includes anti-discrimination clauses (see, in particular, Article 3 of the Italian Constitution). In addition, Italian laws are bound to respect the liberties enshrined in the European Convention on Human Rights (ECHR) and, in particular, the right to be free from discrimination (Article 14 ECHR).¹³

Despite these specificities, most of the contributions in the volume by Pelissero and Vercellone confirm broader criminal policy trends highlighted by the international literature. At the same time, some of the undertones of the current scholarly debate allow to single out the uniqueness of the Italian approach to the 'criminal law dilemma' while discussing the protection of vulnerable minorities and addressing the phenomenon of 'hate crime victimization'. Admittedly, when compared to the 'legal experience' of jurisdictions in the Anglosphere, questions that trouble Italian criminal lawyers might come across as rather peculiar. Still, such issues are reflective of special features which, as comparative criminologists warn,¹⁴ inform the legal debate of each jurisdiction and, by extension, speak to the core elements of their legal culture.

In effect, the legal specificities emerging from the contributions collected in the volume by Pelissero and Vercellone are ostensibly entrenched into Italian legal culture; more specifically,

⁸ VENTUROLI (2016), p. 168 ff.

⁹ BLAIR WOODS (2017), pp. 688-733.

¹⁰ *Ibid.*, p. 716.

¹¹ BUIST and LENNING (2016), p. 8 ff.; BLAIR WOODS (2014), pp. 5-19.

¹² BUIST et al. (2018), pp. 96-106; BLAIR WOODS (2013), pp. 15-41.

¹³ RAINEY et al. (2014), pp. 567-593.

¹⁴ NELKEN (2010), p. 1 ff.

these may only be understood in light of the deep-seated theoretical foundations of Italian criminal law theory. Such foundations include the harm principle (in the peculiar characterization given to it by Italian scholars, which frame it as *offensività* or 'harmfulness'),¹⁵ the principle of *ultima ratio*, and the strict reading of the principle of legality (*nullum crimen sine lege certa et parlamentaria*) which features prominently in Italy, as much as in other 'civil law' legal systems.¹⁶ The special features of the Italian debate on the status of LGBT individuals within criminal justice are not only due to doctrinal peculiarities. Quite the contrary, the magnitude of Italy's specific approach to the subject matter can only be seized by considering legislative choices (or the lack thereof) against the background of political priorities and the prospects of criminal justice reform.

Pelissero and Vercellone's book highlights the long-standing failure to reform Italian criminal laws in such a way as to secure a self-standing protection of queer and lesbian/gay identities against hate speech and other discriminating behaviors. Such a failure reflects the criminal policy agenda of recent Italian governments and the broader penal climate in the country. At the same time, when discussing the distinct facet of LGBTQI+ people as vulnerable individuals held in custody, authors in the reviewed volume effectively point to the central role played by the notion of 'social reintegration' as a guiding principle of the post-sentencing phase (as mandated by Article 27(3) of Italian Constitution). Such a feature illustrates the potential of penological principles to address specific forms of vulnerability.

3. From sodomy laws to the protection of 'equality' through criminal law.

In Italy, sodomy laws incriminating same-sex relationships were contemplated in some pre-unitarian codes, e.g. in the Criminal Code of Lombardy and Veneto and in the Criminal Code of the Kingdom of Sardinia. However, the first codified texts in the newly unified Kingdom of Italy (the 'liberal' code 'Zanardelli' from 1889 and the more 'authoritarian' code 'Rocco', adopted by the fascist regime in 1930) remarkably fell short of criminal provisions targeting homosexuality.¹⁷ By contrast, the collapse of the fascist regime and the end of World War II ushered in an era of tolerance. The new approach by the legislatures of the time was greatly inspired by the anti-authoritarian ideals of equality and human dignity, which laid the groundwork for the establishment of progressive and modern anti-discrimination laws. In comparison with other western jurisdictions, the approach to homosexuality has historically been lenient, revealing the tendency of Italian institutions to deal with (what was once referred to as) 'sodomy' by means other than criminal law.

The demise of a crime control approach did not lead to the recognition of queer individuals as vulnerable victims. The 'pendulum effect' which scholars have observed in other jurisdictions was simply absent in Italy. In sum, the fact of giving up on the criminalisation of gays and lesbians as deviants, if not sex offenders, did not lead to what Jordan Blair Woods has referred to as a 'new visibility' for LGBT people.¹⁸ This happened (or rather, did not happen) in spite of a set of criminal law provisions aimed at securing the enforcement of prohibitions against a wide (and gradually expanding) array of discriminatory behaviors. In this respect, an essential feature of the Italian debate on LGBT matters has been the question of whether existing hate crime laws may apply to acts or words discriminating on grounds of sexual orientation or gender identity.

In this connection, the book chapters by Goisis and Pelissero retrace the historical development of the criminal justice apparatus designed to enforce non-discrimination clauses. Such laws date back to the entry into force of post-war Italian Constitution. More specifically, statutes outlawing racist propaganda are grounded on the general principles of equality and dignity enshrined in Article 2 and 3 of the Italian Constitution. Such provisions display a

¹⁵ For a reflection on this topic, addressing an English-speaking public, see PASCULLI (2016), 302-349. Also, for an interesting reflection regarding the limits to criminalization posed by the 'harm principle', as conceived of in the work of Joel Feinberg, and the corresponding criteria one can derive from the notion of *offensività*, DONINI (2010) pp. 67-69.

¹⁶ PERISTERIDOU (2015).

¹⁷ DOLCINI (2012), pp. 1-10.

¹⁸ BLAIR WOODS (2017), p. 696.

tight connection with the prohibition to re-organise the disbanded Fascist Party – set forth by the final provisions annexed to the Constitution and incorporated by the Act of 20 June 1952 n. 645. Such provisions prohibit, among others, to establish a political formation whose means include ‘racist propaganda’. The prohibition to circulate ‘ideas based on racial superiority’, along with a ban on the incitement to commit acts of discrimination and other acts of hate violence was originally included within the Act of 13 October 1973 n. 654.

Interestingly, both authors delve into the history and the current scope of application of criminal laws targeting discrimination, which – they observe – have witnessed a gradual expansion to incorporate all forms of discriminatory behaviour on grounds of race or ethnicity. In this respect a major step forward was the adoption of the so-called *Legge Mancino* (Act 25 June 1993, n. 205). Besides tweaking the scope of application of existing criminal offences, the statute introduced a wide-ranging aggravating circumstance applicable to all criminal offences motivated by reasons of discrimination or hate ‘on ethnic, national, racial and religious’ grounds. Significantly, such antidiscrimination laws did not fall short of criminalizing non-physical expressions and target verbal utterances of discriminatory thought (e.g. racist propaganda). These are quintessentially ‘hate crime laws’ which, however, did not (and do not) include sexual orientation or gender identity among the grounds for discrimination. Unsurprisingly, such lacuna has been the subject of several critiques.¹⁹

As Pelissero explains in his chapter,²⁰ a recent attempt to pass a bill (the so-called *d.d.l. Zan*) reforming the existing antidiscrimination apparatus (and its criminal provisions) has encountered stark political resistance, failing to gain the necessary votes in Parliament. The bill would have expanded the grounds for discrimination covered by existing provisions – Articles 604-bis and 604-ter of the Criminal Code which criminalize, *inter alia*, racist propaganda and the act of abetting racist discrimination or violence, along with the acts of discrimination and discriminatory violence – with a view to include further ‘factors’ such as a person’s ‘gender’, ‘gender identity’, ‘sexual orientation’ and ‘disability’. The lack of an *ad hoc* hate crime legislation tackling anti-LGBT discrimination is fiercely criticized by the volume (see, in particular, the chapters by Goisis²¹ and Pelissero²²), which develops a robust response to those who oppose the introduction of a renewed legal framework introducing homo- and transphobic hate crimes.

4. Criminalizing homophobia and transphobia: a response to critics.

The book by Pelissero and Vercellone deserves praise for its attempt to provide a fairly objective overview of the (rather heated) debate around the adoption of new provisions on homophobic and transphobic hate crimes. While the book gives an account of both sides of the argument, it does take a firm stance in favor of a stronger criminal law response. Most notably, it supports the case for an extension of existing criminal law provisions on hate crimes (Articles 604-bis and 604-ter of the Criminal Code, thus broadening their scope of application to homophobic and transphobic hate crimes. This position (which runs through several chapters in the second part of the edited volume) is however far from apodictical. The debate around the so-called *d.d.l. Zan* is illustrative of some characterizing features of Italian legal culture and offers an interesting snapshot of the legal narratives underpinning the proposed introduction of new hate crimes.

The choice of criminalizing gender-based discrimination and other forms of biases, grounded on sexual orientation and gender identity, problematically lies at the intersection between the protection of vulnerabilities (which may stem from human rights obligations to prosecute and punish crimes)²³ and the right to freedom of expression. As Pelissero astutely argues in his chapter, the prohibition to express and divulge discriminatory ideas has suffered a relativisation as the question of compressing the freedom of thought through criminal laws

¹⁹ CAROLI (2022), pp. 102 ff.

²⁰ PELISSERO (2022), p. 256.

²¹ GOISIS (2022), p. 225.

²² PELISSERO (2022), p. 249.

²³ On the doctrine of positive obligations in human rights law, see *inter alia* LAZARUS (2012), pp. 135-157.

has gradually come to the fore in several western societies. This development was favoured by the idea that discrimination shall not be taken as an expression of biological/anthropological superiority, but rather as a cultural phenomenon. In this perspective, discrimination would be permissible so long as it shifts its focus from the inherent (and physical/psychological) characters of individuals or social groups to their 'actions'.²⁴

In Italy, as much as in other western countries, this 'new' approach had the effect of watering down the moral condemnation against 'racism' and other heinous forms of hate crime. In practice, this has taken to the conclusion that the 'right' to express views (as long as they can be regarded as legitimate 'cultural' opinions) could be weighed against the rights of those targeted by those views. Such a claim may be easily rebutted by arguing – as Etienne Balibar put it – that 'racism' (similarly to other forms of identity-based discrimination) has always been in essence a 'total social phenomenon'.²⁵ On this basis one can contend that there is no such thing as a non-cultural (i.e. merely biological) racism. This assertion, if held true, would make any attempt of defending a purported right to express 'controversial' discriminatory views much more delicate.

Be that as it may, the legislative and policy choices made by national governments in this context shall be read in light of international initiatives to counter discrimination. Remarkably, in her chapter, Caielli²⁶ turns her eye to standards set by supranational bodies, such as the Council of Europe. The author reminds that Council of Europe's recommendations (which are policy-oriented non-binding texts) are univocal in suggesting that national authorities shall tackle hate crimes and, in particular, hate speech targeting LGBTQI+ individuals. In addition, both Caielli and Goisis²⁷ remind that, in the view of the European Court of Human Rights, measures interfering with the freedom of expression are legitimate under the Convention when they aim at tackling hate crimes (if necessary through criminal law provisions). As the European Court itself held in *Identoba v. Georgia*,²⁸ 'sexual orientation' and 'gender identity' are not to be seen as mere elements of one's private life. Rather, they have a social dimension which warrants a robust protection by antidiscrimination law, as a corollary of the right not be discriminated enshrined in Article 14 ECHR.

Beyond the arguments based on the right to free speech (and other rights, e.g. the right to religious freedom as the criminal law protection of 'gender identity', understood as free individual choice, would endanger the belief in a well-defined partition between genders descending from 'divine revelation'),²⁹ skepticism has been expressed against the criminalisation of homophobic hate speech (in the terms outlined by the bill) on grounds pertaining to some foundational principles of criminal law. Authors in the reviewed volume, refute some of these critiques to argue in favour of an *ad hoc* legal framework for hate crimes motivated by such attitudes as homophobia and transphobia. Interestingly, within the Italian debate, one of the criticisms raised against the proposed criminal legislation is the fact that certain definitions included in the bill would not comply with the principle of *lex caerta*. Notions such as 'sexual orientation' and 'gender identity' – critics argue – are too vague and would thus allow for an unbridled application of the proposed criminal laws by courts.

However, as Caielli, Goisis and Pelissero contend, definitions and normative elements narrowing down the scope of such concepts may be found in supranational legal texts (see the Resolutions of the European Parliament, adopted in 2006 and 2012)³⁰ which have consistently defined the term 'homophobia'; at the same time, the very concept of 'gender identity' is mentioned in a number of national legal texts, including the Italian prison act, which forbids discriminations based on a prisoner's 'gender identity'. Meanings of such concepts can be fleshed out also by reference to the case law of the European Court of Human Rights. When

²⁴ PELISSERO (2022), p. 249.

²⁵ BALIBAR (1991), p. 83.

²⁶ CAIELLI (2022), p. 220

²⁷ GOISIS (2022), p. 233.

²⁸ ECtHR, *Identoba v. Georgia*, Appl. no. 73235/12 par. 76 ff., linking the state's positive obligations under Articles 3 and 14 ECHR with the duty to carry out criminal investigations against bias-motivated violence and threats.

²⁹ These are some of the doubts expressed by the Secretary of State of the Holy See, as reminded by CAIELLI (2022), p. 218.

³⁰ Homophobia is regarded as 'the irrational fear of, and aversion to, male and female homosexuality and lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) people based on prejudice, and is similar to racism, xenophobia, anti-Semitism and sexism, and whereas it manifests itself in the private and public spheres in different forms, such as hate speech and incitement to discrimination, ridicule and verbal, psychological and physical violence, persecution and murder, discrimination in violation of the principle of equality and unjustified and unreasonable limitations of rights, which are often hidden behind justifications based on public order, religious freedom and the right to conscientious objection', see European Parliament resolution of 24 May 2012 on the fight against homophobia in Europe, (2012/2657(RSP))

it comes to ‘gender identity’ the Court unmistakably rejects the idea that this concept could be based only on biological terms (e.g. requiring surgery). Rather, states must acknowledge and give protection to one’s identity as it emerges from ‘physical appearance’ and ‘social identity’, even before a gender reassignment surgery is completed.³¹

In sum, arguments based on the lack of ‘clarity’ of the proposed legislation do not seem to have much ‘bite’ – particularly if compared to the law and practice of other jurisdictions. Yet a broader critique endorsed by several Italian scholars has called into question the very legitimacy of using criminal law as a tool against discrimination. It has been argued that criminal law intervention should target exclusively harms inflicted on individual legal interests (or *Rechtsgüter*).³² Such interests must be well-identified by the law and, possibly, anchored to values enshrined in the Constitution. According to the critics, discrimination through hate speech does not affect personal legal interests but relates – almost by definition – to a collective and social dimension³³; one that criminal law would not be fit to address in light of the principle of *ultima ratio*.³⁴

This critique ultimately ties into a long-lasting (and greatly commendable) line of liberal criminal theory, one that taps into the principles enshrined in the Constitution to cast criminal law as a means of last resort. There is wide consensus that, from the Constitution, one can infer that the use of the most intrusive means into a citizen’s fundamental freedoms could only be justified if they are meant to tackle a materially identifiable harm caused to individual legal interests which are ‘graspable’ (*afferrabili*).³⁵ Following this line of reasoning, it has been argued that a reference to human dignity would not suffice to anchor firmly the choice to criminalize homophobic and transphobic discrimination.³⁶ At the same time, it could be argued that the rationale for the new provisions would not be motivated by a (potentially) harmful conduct. Rather, the proposed legislation would incriminate the mental state of the agent: that is, the determination to discriminate (or discriminatory motive).³⁷

Similarly, a large segment of Italian scholarship has been arguing that offences criminalizing hate speech – see again 604-bis and 604-ter of the Criminal Code – should remain ‘an exception rather than a rule’, as a token of deference for the right to free speech (Article 21 of the Italian Constitution). Some authors have gone as far as to claim that, as sexual orientation is in essence a ‘choice’, any discrimination thereof would not warrant the same reaction as other forms of hate speech (e.g. on grounds of race and ethnicity).³⁸ By contrast, Pelissero argues that the real focus of the proposed criminal provisions is ‘human dignity’. After all, human dignity is a founding tenet of the Italian Constitution (see Article 2) and represents an overarching value informing the ECHR.³⁹ Human dignity ties into the notion of ‘autonomy’ mentioned above, as it defines the sphere of liberty and self-determination of each person. Admittedly, it remains to be seen if ‘dignity’ can provide a solid enough rationale for criminalization.

After all, by invoking the related notions of ‘dignity’ and ‘identity’ one can come up with a seemingly endless string of arguments in favour of new provisions criminalizing any ‘offense’⁴⁰ to one’s personality. Hence, criteria for criminalization would remain in essence void of any selective role. The object of criminal law protection would be everything but ‘graspable’, thus raising the odds of an arbitrary (and borderline authoritarian) application of criminal provisions by courts and other criminal justice officials. This would pour grit into the mill of critics arguing that prospective criminal law provisions targeting homophobic and transphobic discourse are indeed contrary to the principle of *lex caerta*.

³¹ ECtHR, *S.V. v. Italy*, App. no. 55216/08, para. 70

³² In the context of Italian criminal law theory, the concept of *Rechtsgut* or *bene giuridico* is authoritatively elaborated on in a classic of criminal justice scholarship: BRICOLA (1973), p. 3 ff. See also ANGIONI (1983).

³³ RICCARDI (2013), pp. 102 ff

³⁴ PUGIOTTO (2015), p. 10

³⁵ MANES (2005). See in this respect also the ruling of the Italian Constitutional Court, n. 250/2010.

³⁶ RICCARDI (2013), p. 100.

³⁷ RUGGIERO (2022), p. 33 ff.

³⁸ EUSEBI (2021), p. 287-306: in the cases considered by the proposed provisions on homophobia and transphobia, unlike other cases covered by existing antidiscrimination law, the elements of one’s identity at stake result from ‘behavioural choices of victims’, a choice on which an ‘ethical disagreement’ might still exist (*scelte comportamentali delle persone offese [...] in merito ai quali sussistono sul piano sociale differenti valutazioni etiche*).

³⁹ PELISSERO (2022), p. 249

⁴⁰ See, for the definition of ‘offense’ as opposed to the notion of ‘harm’ in the Millian sense heralded by Joel Feinberg, see DONINI, (2010), p. 67-69

However, it might be useful to note that the understanding of dignity proposed here is not one that values and protects every single choice regarding a person's individuality, nor the mere perception of self. Such a broad interpretation would effectively pave the way for what some critics see as the risk of criminalisation of any disagreement with one's views on almost every single aspect of social life (including views and orientations as trivial as the choice of supporting a football team).⁴¹ But, as Pelissero convincingly argues, a distinct way of understanding dignity – in keeping with the values underpinning Italian constitution – requires to take seriously a person's identity as a source of a 'relationship of recognition'.

These arguments echo contemporary philosophical orientations such as Honnet's theory of recognition. In Honnet's terms, a denial of recognition, like that implied by *any* form of hate speech, does not only harm others by restricting their freedom to act; it also affects their understanding of self, one that they have acquired (sometimes with pain) through 'inter-subjectivity'.⁴²

Dignity and identity are in fact related terms as they reflect the place each individual has within broader social formations. In other words, dignity must be understood as a concept which speaks to the recognition one receives from other members of the community. In this peculiar understanding, the notion of dignity forms a pre-condition to express one's individuality towards others and the society as a whole. As this interpretation may be inferred directly from Article 2 of the Constitution,⁴³ one can consistently argue that punishing hate speech and any form of incitement to homophobic discrimination does not sit at odds with the harm principle or *offensività*. Quite the contrary, a limited resort to criminal law provisions (understood as *ultima ratio* within a legal continuum that includes non-criminal measures to prevent discrimination) must feature within the 'policy toolbox' of liberal and pluralistic democracies which are called on to secure 'social solidarity' and the co-existence of different ethical codes through communicative and procedural strategies.⁴⁴

In order to take the notion of 'identity' seriously, one has to recognize that identity is not rigid (determined once and for all) but develops during life as a result of social dynamics. Such dynamics may be protected by the law, if necessary, by using criminal law provisions so as to prevent a denial of recognition and a refusal of one's identity. A comparison with other areas of criminal law may be of interest to clarify this point: such as bodily integrity and sexual autonomy relate to important spheres of liberty – beyond the tangible harm caused to the person – so do gender identities and sexual orientations. They conjure up to define 'what it means to be a person'⁴⁵ and go beyond the material reality of a body in a functional way. While we should be careful using an all-encompassing notion of dignity to expand the scope of criminal law, attacks on one's identity that – to quote the German Constitutional Court⁴⁶ – negate the 'subject quality of a human being in principle' may be prevented, *inter alia*, by threatening criminal punishment.

Arguments based on human dignity shall not be conflated with those underpinned by the principle of equality. The notion of equality, as it emerges from Article 3 of the Constitution, requires that the identity of LGBTQI+ persons is protected in a way that acknowledges their peculiar identity in a pluralistic society.⁴⁷ These considerations justify the use of aggravating circumstances when crimes are driven by a homophobic motive.⁴⁸ In essence, the approach to hate speech in this case reflects an ideal of 'equal dignity' of all citizens before a state's coercive

⁴¹ See again EUSEBI (2022), p. 287.

⁴² HONNET, (1994), p. 255 ff.

⁴³ As the Italian *Corte costituzionale* put it in its ruling n. 221/2015, gender identity is an essential element of the right to a 'personal identity', falling within the scope of individual fundamental rights as protected by Article 2 of the Constitution.

⁴⁴ The model of communicative action as a 'strategy' to overcome and handle cultural conflicts within a democratic state has been developed by Jürgen Habermas in his works on the law. See, especially, HABERMAS (1992), pp. 435-468: with respect to multiculturalism, the Author claims that the exclusion of some citizens from the public discourse raises new issues of legitimacy for liberal democracy in such a way to require a 'translation process' of religious and ideological views into 'secular terms' belonging to the state's 'civic vocabulary'.

⁴⁵ HÖRNLE (2014), p. 185.

⁴⁶ Federal Constitutional Court in (Entscheidungen des BVerfGE) Vol. 30, 1 (25 f.); Vol. 109, 279 (312 f.); see also HÖRNLE, (2012) pp. 307-325.

⁴⁷ Different circumstances warrant a different treatment. In this context, one cannot claim the risk of 'reverse-effect discrimination' determined by lower protection against non-biased criminal behaviours. As empirical evidence shows, bias crimes have a peculiarity which lies in the special vulnerability of their victims, see GOISIS (2022), p. 234.

⁴⁸ Such a claim echoes the arguments used in the US to justify the establishment of state and federal 'penalty-enhanced statutes' for bias crimes. As Frederick Lawrence put it: 'a society that is dedicated to equality must treat bias crimes differently from other crimes, and must enhance the punishment of these crimes', see LAWRENCE (1999), p. 110.

power.⁴⁹ These arguments compound and corroborate the previously exposed dignity-based rationale for criminalization. They bring to the fore the notion of ‘sexual citizenship’, which considers ‘how gender and sexuality are bound up with the conditions of membership in political communities.’⁵⁰

At the same time, as Goisis reminds,⁵¹ human dignity and equality, thus the ‘equal’ protection/recognition of each one’s identity (including their sexual identity), are a *Rechtsgut* in itself as suggested by the already existing body of antidiscrimination laws. Articles 604-bis and 604-ter have been included in the Criminal Code under the heading of ‘crimes against equality’. Hence the notion of equality, as it provides a legal basis to punish racist and xenophobic hate crimes (and hate speech, in particular), may be regarded as a solid enough ground to justify new legal provisions on homophobia and transphobia.⁵² Admittedly, however, one cannot underestimate the fact that the ideals of dignity and equality are inherently double-edged. On the one hand, dignity-based arguments foster the criminalization of what can be seen as ‘insufficiently dignified’ sexual practices (such as prostitution and sex work). On the other hand, they illustrate the paradox of protecting dignity and equality through means (such as incarceration) which may cause ‘harms to liberty, equality, and other rights that might be exacted by the state in the process’.⁵³

5. Criminal law and conversion therapies.

On a separate (but related) note, the reviewed volume deals with the question of how to handle the practice of conversion therapies. Such therapies are defined as “any formal therapeutic attempt to change the sexual orientation of bisexual, gay and lesbian individuals to heterosexual”.⁵⁴ While clearly at odds with the growing recognition of LGBTQI+ identities as non-deviant and expressive of self, conversion therapies remain widely promoted, privately advertised and often institutionally endorsed as a tool to deal with non-heterosexual identities. Evidently, the question that comes to the fore is whether a room for such therapies can be maintained under the law, at least when these treatments take place as a conscious, informed and non-coerced medical practice.

As far as the content of such therapies is concerned, the American Psychological Association uses the term “sexual orientation change efforts” (SOCE) to describe methods that aim to change a person’s same-sex sexual orientation to an other-sex sexual orientation.⁵⁵ These methods typically include behavioural techniques, psychoanalytic techniques, medical approaches, and religious and spiritual approaches. In her chapter,⁵⁶ Scaroina makes a strong argument in favour of criminalizing such practices. Not only are conversion therapies, as the author claims, deprived of any scientific ground; they are also a vessel for ideals that cast homosexuality as ‘evil’, a pathology that should be cured or a form of deviance that requires a remedy.

In keeping with the palette of constitutional principles one can derive from the Italian Basic Law, Scaroina argues that such therapies should be punishable in that they harm a person’s moral liberty and their dignity.⁵⁷ The scope of criminal laws targeting conversion therapies should be as wide as possible, protecting anyone – including under-aged individuals – who could be subject to the therapies in question. While such criminal provisions are absent in Italy, Scaroina offers a wide comparative overview of the law and practice of jurisdictions that have implemented criminal laws to ban conversion therapies. Strategies used to tackle such phenomenon vary widely across jurisdictions. Interestingly, the Italian criminal justice system belongs to a group of legal systems that chose to address this form of ‘coercion’ by means of

⁴⁹ THORESON, (2022), pp. 431-488.

⁵⁰ THORESON, ult. loc. cit.

⁵¹ GOISIS (2022), p. 238.

⁵² Arguing against the criminalization of hate speech (in particular, holocaust denialism) as a behaviour which would not be grounded on a harm caused to a clearly identifiable legal interest (or *Rechtsgut*) see FRONZA (2012) pp. 137-138

⁵³ THORESON (2022), p. 470

⁵⁴ CANADIAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2015).

⁵⁵ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2009), p. 12.

⁵⁶ SCAROINA, (2022) p. 293.

⁵⁷ In doing so, the author draws heavily on the understanding of human dignity as a self-standing legal interest which warrants and provide legitimacy to criminal law intervention: see, for a similar view, SPENA (2013).

other existing criminal offences: these include criminal provisions on grievous bodily harms, domestic violence, and crimes involving fraud.

In this connection, the most pressing question is whether an *ad hoc* set of criminal provisions would be needed and, if so, under which conditions therapeutic conversions must be penalized. Clearly, a key distinction in this respect is whether victims of such therapies are minors – people at an age in which non-conforming identity might still be developing – whose will may be nudged, misled or even coerced into a treatment. By contrast, adults can provide, more or less spontaneously, their consent to treatment. As far as children are concerned, parental authority is limited by the minor's right to express and develop their 'personality'.⁵⁸ In cases involving adult individuals, a crucial question is whether a person can provide informed and effective consent to a conversion therapy. An important pre-condition in this respect is that therapies offered are, at least *in abstracto*, conducive to the result they purport to achieve. Such a principle may be extracted, by analogy, from the case law of the Italian Constitutional Court and is outlined in the Oviedo Convention which outlaws any treatment of individuals who are legally unable to provide consent unless the required therapy is directly beneficial to the patient.⁵⁹

The question of whether conversion therapies involving adults shall be penalized rests on the critical issue of consent. Interestingly, some jurisdictions – such as France's and Canada's – have taken a hard line against conversion therapies, criminalizing any such treatment because of their inherent 'harmfulness'.⁶⁰ However, most jurisdictions – as Scaroina observes – have preferred to resort to criminal provisions only when those subject to conversion treatments are regarded as 'vulnerable individuals'. The underlying thought is that informed consent would operate as a defense, thus excluding – at least partially – the 'unlawfulness' of the material act. However, to respect people's agency and self-determination, the requirement of consent must not be understood as purely formal. In accordance with the Oviedo Convention, the author argues that a conscious adherence to conversion therapies must be grounded on informed consent, after being made cognizant of "prognosis, benefits, and risks" involved in the therapy.

This notion of informed consent is inspired by rulings made by the European Court of Human Rights⁶¹ and the Italian Constitutional Court,⁶² most recently in connection to questions involving the lawfulness of euthanasia or assisted suicide.⁶³ Yet in such cases, any medical protocol proposed to the patients is based on solid scientific evidence. According to Scaroina's argument, in the case of conversion therapies, consent would have to be given to treatments which – in the very author's words – lack a robust scientific basis. While some jurisdictions – such as Germany – rule out criminalisation when patients are able to provide effective (and thus, not only apparent) consent (regardless of the scientific plausibility of the proposed treatments), it seems more convincing to conclude that every treatment deprived of a scientific grounds would harm the individual.⁶⁴ As the American Psychological Association put it 'to date there are no scientifically rigorous data about selection criteria, risks versus benefits of the treatment and long-term outcomes of the reparative therapies'.⁶⁵

⁵⁸ According to German law, criminal provisions do not apply to the person(s) holding parental authority unless they grossly violated their duty of care or upbringing, see DE GROOT (2022), p. 5.

⁵⁹ Accordingly, some jurisdictions – including France – have provided for an enhanced penalty when crimes of conversion are committed against vulnerable victims, including minors, and foresee the accessory penalty of revoking parental authority whenever such crimes are committed against children.

⁶⁰ Similarly, under the legislation of the Australian state of Queensland the offence may be committed by the sole fact of providing the therapy. The request or consent of the patient does not qualify as defense. By contrast, in the Australian state of Victoria, the offence is integrated by the fact of providing the therapy when the defendant (at least) negligently causes an injury to the patient. According to the state legislation injuries are defined 'as physical injury or harm to mental health, whether temporary or permanent'; yet, in such cases 'causation is likely to be a complex issue [...] if a patient who seeks help for gender dysphoria presents with other mental health problems, it may be difficult, if not impossible, to discern whether subsequent mental health difficulties were caused by the prohibited therapy' see PARKINSON and MORRIS (2022), pp. 409-411.

⁶¹ ECtHR, *Pretty v. the United Kingdom*, Appl. no. 2346/02.

⁶² Italian Constitutional Court, judgement of 25 September 2019 n. 242, informed consent to assisted suicide may be expressed under the terms regulated by Article 1 of the Act 22 December 2017, n. 219: in a nutshell, the patient must be informed about the 'diagnosis, prognosis, benefits and risks of diagnostic investigations and health treatments indicated'.

⁶³ Yet an important caveat in this respect concerns the different legal interests 'compressed' by what would be an otherwise unlawful activity; while euthanasia and assisted suicide impinge most significantly on the right to life (which informed consent *may* allow to lawfully dispense with), conversion programs are coercive treatments that may only affect a person's right to bodily integrity.

⁶⁴ TRISPIOTIS and PURSHOUSE (2022a), pp. 104-132: from a human rights perspective, it is argued that all forms of 'conversion therapy' are 'disrespectful of the equal moral value of LGBTIQ+ people and violate specific protected areas of liberty and equality that are inherent in the idea of human dignity'.

⁶⁵ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2009). While most recent meta-studies 'preclude strong assertions that therapy-assisted change

Most recently, Canada has imposed a blanket ban on conversion therapies as these are labelled as a 'fraudulent, deceptive and unscientific practice known to cause significant harm to vulnerable people.'⁶⁶ In sum, according to Canadian law-makers, a conversion therapy is not a therapy at all. While this new piece of legislation does not make consensual treatment punishable *per se*, it does provide an excuse only to the extent that 'no money or other material benefit is received for providing such therapy'.⁶⁷ More specifically new section 320.104 of the Canadian Criminal Code makes it an offence to 'knowingly promote or advertise to provide conversion therapy'. On a different note, new section 320.105 of the Code makes it an offence to 'receive a financial or other material benefit in the knowledge that the benefit is being obtained, directly or indirectly, through the provision of conversion therapy'. Arguably, this provision raises new questions as regards the balancing between criminal protection and the right to free speech.

In general, Canadian law has been regarded as going as far as to treat any provision of conversion therapy as a criminal offence, even when consent is present. Such a stringent approach to conversion therapies arguably offers a convincing solution to the inherent harm caused by medical activities which provide no demonstrable benefit to their clients. From the perspective of criminal law theory, the legitimacy of criminalization rests on the actual harm, or the mere threat, to the equality and liberty of victims. Once again, the rationale for criminalization does not lie exclusively in the tangible harm caused to bodily integrity. Rather a medical activity is 'harmful' in that it consciously restricts personal autonomy as a right to develop one's own identity. Not only are such behaviours inherently discriminating 'by placing physical and psychological health of LGBTQI+' at real risk of grave harm, they 'can arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of debasing them'.⁶⁸ In this respect, it may be argued that, in Europe, positive obligations under Article 3 ECHR (the prohibition of inhuman and degrading treatment) place national authorities under a duty to act against 'therapy' providers through a combination of criminal law provisions, administrative measures geared towards prevention, and civil remedies.⁶⁹

6. Corrections, prison, and the status of LGBTQI+ individuals behind bars.

A related topic – adequately explored in the volume by Pelissero and Vercellone – concerns the status of LGBTQI+ individuals behind bars and the way in which life as prisoners matches their 'queer' identity. The idea that 'pains' of corrections (to paraphrase seminal 1958 Gresham Sykes' volume, *The Society of Captives*)⁷⁰ have specific implications for homosexual and transgender people in prison has been lying at the center of the queer criminology's debate for the last few years.⁷¹ In the US, a Bureau of Justice Statistics' study found that 8% of prison inmates and, most crucially, 20% of youth in custody self-identified as non-heterosexual. In Italy, however, the quantitative dimension and the legal status of such a special group of inmates (and the peculiar issues raised by their experience of custody) remains widely under-researched.⁷² The chapter by Laura Scomparin and Martina Maria Marchisio⁷³ portrays a vivid picture of detention conditions imposed on transgender persons; while Fabio Gianfilippi's contribution⁷⁴ offers a broad overview of the practice of imprisonment for both homosexual and transgender persons in the Italian penitentiary system.

Scomparin and Marchisio's chapter bears witness of the increasing awareness between judges and correctional staff of the risks of discrimination LGBTQ individuals suffer when

in sexual orientation is never possible, they also do not support strong assurances that therapy-assisted change is generally achievable in the sexual minority population', see SAULLINS et al. (2023).

⁶⁶ WELLS (2020), p. 9.

⁶⁷ Legislative summary an Act to Amend the Criminal Code (Conversion Therapy) Publication No. 43-2-C6-E 7 September 2021, 2

⁶⁸ TRISPIOTIS and PURSHOUSE (2022a), p. 130.

⁶⁹ TRISPIOTIS and PURSHOUSE (2022b), p. 23-41

⁷⁰ SYKES (1958).

⁷¹ BUIST and LENNING (2018); BUIST and KAHLE SEMPREVIVO (2022), pp. 1-12.

⁷² Official statistics on the number of people with non-conforming identities in prisons are traditionally difficult to obtain, recent studies report that individuals detained in 'protected sections' for so-called *omosex* inmates in Italy were only 64 in 2022, see ROSSI (2023).

⁷³ SCOMPARIN and MARCHISIO (2022), pp. 297-314.

⁷⁴ GIANFILIPPI (2022), pp. 315-331.

deprived of liberty. Non-binary identities, in particular, are a special challenge to the rigid and traditional partition along gender lines of sections within the same prison complex. The practice to safeguard individuals with transitioning identities has so far consisted in the establishment of ‘protected sections’. While such practice reduces the risk of episodes of physical and psychological violence, it lays bare the profound social isolation of non-conforming identities within ‘total institutions’. The insulation of transgender inmates within prison, along with the relative exiguity of their numbers, reduces the opportunity for correctional practitioners to offer adequate rehabilitative programs. Prison staff often lack adequate training and, as reminded by the Italian Ombudsman on persons deprived of liberty, the vulnerability raised by sexual orientation and sexual identity should not be dealt with by establishing separate prison sections, but rather through “specific training and education to the respect of differences”.⁷⁵

The issue of what kind of ‘rehabilitation’ can be offered to LGBT people in prison is addressed by Gianfilippi in his chapter. The lack of adequate programs aimed at re-entry of LGBT prisoners increases the odds of further stigmatisation and marginalization of former ‘queer’ inmates upon release. Therefore, the author argues vigorously in favour of new methods and practices geared towards a human treatment of justice-involved individuals belonging to the LGBTQI+ community. Such a change of attitude would increase the awareness of rights among homosexual and transgender inmates and foster the identity-searching process through education and scholarisation when needed. Such a paradigm shift requires a change in the use of prison terminology (strongly binary and often archaically male-centered), working towards a more inclusive language for all justice-involved people. The requirement of a more effective re-entry process for queer folks can only be met by overcoming stereotypes and prejudices among both incarcerated persons and correctional staff. As far as transgender or transitioning people are concerned, the rehabilitative challenge requires to secure therapeutic processes (e.g. free hormonal treatments)⁷⁶ to accompany the process of ‘rectification’ of one’s gender identity.

Bibliography

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2009), *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, (Washington, American Psychological Association)

ANDERSON JOEL and HONNETH AXEL (2005): “Autonomy, Vulnerability, Recognition and Justice,” in CHRISTMAN JOHN and ANDERSON JOEL (editors): *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 127-149

ANGIONI, FRANCESCO (1983): *Contenuto e funzioni del bene giuridico* (Milano, Giuffrè)

BALIBAR, ETIENNE (1991): “Is there a neo-racism?” in BALIBAR ETIENNE and WALLERSTEIN IMMANUEL (editors): *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, (London, Verso), pp. 17-28.

BLAIR WOODS, JORDAN (2013): “Queering criminology: Overview of the state of the field”, in PETERSON DANA and PANFIL VANESSA: *Handbook of LGBT Communities, Crime, and Justice*, (New York and Heidelberg, Springer), pp. 15-41.

BLAIR WOODS, JORDAN (2014): “Queer Contestations and the Future of a Critical ‘Queer’ Criminology”, *Critical criminology*, 22, pp. 5-19

BLAIR WOODS, JORDAN (2017): “LGBT Identity and Crime”, *California Law Review*, 75, pp. 688-733.

⁷⁵ SCOMPARIN and MARCHISIO (2022), p. 310.

⁷⁶ GIANFILIPPI (2022), p. 330; on this point, see also LORENZETTI (2017), p. 53-68.

BRICOLA, Franco (1973): “Teoria generale del reato” in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, (Torino, Utet), pp. 7-93

BUIST, Carrie and LENNING, Emily (2016): *Queer criminology*, (London and New York, Routledge)

BUIST, Carrie and LENNING, Emily, BALL Matthew (2018): “Queer criminology”, in DE KESEREDY Walter and DRAGIEWICZ, Molly (editors): *Routledge Handbook of Critical Criminology* (London and New York, Routledge), pp. 96-106

BUIST, Carrie and KAHLE SEMPREVIVO, Lindsay (2022): “Introduction: Towards Freedom, Empowerment, and Agency: An Introduction to Queering Criminology in Theory and Praxis: Reimagining Justice” in BUIST, Carrie and KAHLE SEMPREVIVO, Lindsay (editors), *Queering Criminology in Theory and Praxis Reimagining Justice in the Criminal Legal System and Beyond Criminal Legal System and Beyond* (Bristol, Bristol University Press), pp. 1-12

CAIELLI, Mia (2022): “Tutelare l’identità di genere attraverso la repressione dell’*hate speech*”, in PELISSERO Marco and VERCELLONE Antonio (editors), *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), pp. 211-223

CANADIAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2015): *CPA Policy Statement on Conversion/ Reparative Therapy for Sexual Orientation* (Ottawa, CPA)

CAROLI, Paolo (2022): “La giurisprudenza penale italiana di fronte alle discriminazioni delle persone LGBTQIA+”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 8, pp. 91-113

DE GROOT, David (2022): “Bans on conversion ‘therapies’ The situation in selected EU Member States”, *EPRS | European Parliamentary Research Service*, PE 733.521 – June 2022

DOLCINI, Emilio (2012): “Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, *L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 18, pp. 1-10

DONINI, Massimo (2010): “Danno e offesa nella c.d. tutela dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’*offence*’ di Joel Feinberg” in CADOPPI Alberto (editor): *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law. In ricordo di Joel Feinberg* (Milano, Giuffrè), pp. 67-69

DUFF, Antony (2001): *Punishment, Communication, and Community* (Oxford, Oxford University Press)

EUSEBI, Luciano (2021): “Colant omnes quemque. Tornare all’essenziale dopo il ddl Zan”, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2, pp. 287-306

FRONZA, Emanuela (2012): *Il negazionismo come reato* (Milano, Giuffrè)

GIANFILIPPI, Fabio (2022): “Omosessuali e transgender in carcere: tutela dei diritti e percorsi risocializzanti”, in PELISSERO Marco and VERCELLONE Antonio (editors): *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), 315-331

GOISIS, Luciana (2022): “Crimini d’odio omofobico, diritto penale e scelte politico-criminali” in PELISSERO Marco and VERCELLONE Antonio (editors): *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), 225-244

GORI, Paolo (2003): “Diritto e persone LGBTQI+, una lettura proposta” in *Giustizia insieme*, 1 April 2023

HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, (Frankfurt, Suhrkamp), pp. 435-468

- HONNETH, Axel (1994): “The social dynamics of disrespect” *Constellations*, 4, pp. 255-269
- HÖRNLE, Tatjana (2012): “Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity”, *Criminal Law and Philosophy*, 6, pp. 307-325
- HÖRNLE, Tatjana (2014): “Rights of others in criminalisation theory” in SIMISTER, Andrew, DU BOIS-PEDAIN, Antje, NEUMANN Ulfrid (editors) *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch* (Oxford, Hart), pp. 169-186
- KAMBER Krešimir (2017): *Prosecuting Human Rights Offences. Rethinking the Sword Function of Human Rights Law* (Leiden, Brill)
- LAWRENCE, Frederick (1999): *Punishing Hate Bias Crimes under American Law* (Harvard, Harvard University Press)
- LAZARUS, Liora (2012): “Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?”, in ROBERTS Julian and ZEDNER Lucia (editors): *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth* (Oxford, Oxford University Press), pp. 135-157
- LORENZETTI, Anna (2017): “Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri” in *GenIUS*, 4, pp. 53-68.
- MALARODA, Gigi (2022): “Un po’ di storia, tante storie”, in Pelissero MARCO and Vercellone Antonio (editors): *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), pp. 15-30
- MANES, Vittorio (2005): *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza* (Torino, Giappichelli)
- NELKEN, David (2010): *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference* (London: Sage)
- PALAZZO, Nausica (2023): “Book review. Diritto e persone LGBTQI+ Torino, Giappichelli, 2022”, in *Italian Law Journal*, 3, to be published
- PARKINSON Patrick and MORRIS AM Philip (2022), “Psychiatry, psychotherapy and the criminalisation of ‘conversion therapy’ in Australia”, *Australasian Psychiatry*, 4, pp. 409-411
- PASCULLI, Lorenzo (2016): “Harm, Offence and Offesa in the English and the Italian Criminal Law. For a Constitutionalisation of a Unitary Principle of Harm in the English Legal System, also as Criterion of Judicial Interpretation”, *Diritto Penale XXI Secolo*, 47, pp. 302-349
- PELISSERO, Marco (2022) “Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione”, in PELISSERO Marco and VERCELLONE Antonio (editors): *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), pp. 245-263
- PERISTERIDOU, Christina (2015): *The principle of legality in European criminal law* (Antwerp, Intersentia)
- PUGIOTTO, Andrea (2015) “Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all’omofobia e alla transfobia”, in *GenIUS*, 1, pp. 6-13
- RAINEY, Bernadette, MACCORMICK, Pamela and OVEY, Clare (2014): *Jacobs, White & Ovey. The European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press)
- RAMSAY, Peter (2012): *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press)

RICCARDI, Giuseppe (2013): *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale* in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 84-122

ROSSI, Alessandra (2023), 'I diritti LGBT+: Il carcere alla prova del principio di non discriminazione verso la differenza sessuale e di genere' in *XVII Rapporto Antigone sulle condizioni di detenzione*, in www.rapportoantigone.it last accessed 1 June 2023

RUGGIERO, Gianluca (2022): "Dal discorso di odio al crimine d'odio. Un bilanciamento difficile" in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 23, pp. 33-63

SAULLINS Paul, ROSIK Christopher, SANTERO Paul (2021): "Efficacy and risk of sexual orientation change efforts: a retrospective analysis of 125 exposed men", www.ncbi.nlm.nih.gov, last accessed 1 June 2023.

SCAROINA, Elisa (2022): "Terapie di conversione e diritto penale", in PELISSERO Marco and VERCELLONE Antonio (editors): *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), 265-295

SCOMPARIN Laura and MARCHISIO Martina Maria (2022): "La detenzione delle persone transgender nel sistema penitenziario italiano" in PELISSERO Marco and VERCELLONE Antonio (editors): *Diritto e persone LGBTQI+* (Torino, Giappichelli), pp. 297-314

SYKES, Gresham (1958): *The Society of Captives, A Study of a Maximum Security Prison*. (Princeton, Princeton University Press).

SPENA, Alessandro (2013): *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, (Torino, Giappichelli)

THORESON, Ryan (2022): "Discriminalization: Sexuality, Human Rights, and the Carceral Turn in Antidiscrimination Law", *California Law Review*, 110, pp. 431-488

TRISPIOTIS, Ilias and PURSHOUSE, Craig (2022a): "Conversion Therapy as Degrading Treatment", *Oxford Journal of Legal Studies*, 42, pp. 104-132

TRISPIOTIS, Ilias and PURSHOUSE, Craig (2022b): "Is 'conversion therapy' tortious?", *Legal Studies*, 42, pp. 23-41

TULKENS, Françoise (2011): "The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights", *Journal of International Criminal Justice*, 9, pp. 577-595

WELLS, Kristopher (2020): *Conversion therapy in Canada: A guide for legislative action* (MacEwan University), available on the website www.cbrc.net, last accessed 1 June 2023.

VENTUROLI, Marco (2016): *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo* (Napoli, Jovene)



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>