

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2023

## 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 Ruggieri, 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](mailto: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 (*Committee 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](mailto: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](mailto: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](#)).

<p>GUERRA E DIRITTO PENALE</p> <p><i>GUERRA Y DERECHO PENAL</i></p> <p><i>WAR AND CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>La criminologia della guerra e la politica criminale dell'Unione Europea</b></p> <p><i>La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea</i></p> <p><i>The Criminology of War and the Criminal Policy of the European Union</i></p> <p>Luis Arroyo Zapatero</p>	<p>1</p>
<p>INTERPRETAZIONE E DIRITTO PENALE</p> <p><i>INTERPRETACIÓN Y DERECHO PENAL</i></p> <p><i>INTERPRETATION AND CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto.</b></p> <p><b>Alcune vicende esemplari</b></p> <p><i>La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto.</i></p> <p><i>Algunos casos ejemplares</i></p> <p><i>Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case.</i></p> <p><i>Some Exemplary Cases</i></p> <p>Giovanni Cocco</p>	<p>16</p>
	<p><b>Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea</b></p> <p><i>Nuevos problemas y nuevas soluciones para el derecho penal contemporáneo</i></p> <p><i>New Problems and New Solutions for Contemporary Criminal Law</i></p> <p>Massimo Vogliotti</p>	<p>31</p>
	<p><b>L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore</b></p> <p><i>La analogía in bonam partem en el derecho penal. Una reflexión sobre la naturaleza "excepcional" de las normas penales favorables</i></p> <p><i>Analogy in Bonam Partem in Criminal Law. A Reflection on the "Exceptional" Nature of Favorable Criminal Laws</i></p> <p>Roberto D'Andrea</p>	<p>54</p>

<p>DIRITTO PENALE E PRINCIPI FONDAMENTALI</p> <p><i>DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALS</i></p> <p><i>CRIMINAL LAW AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES</i></p>	<p><b>“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto</b></p> <p><i>Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas. Entre historia y derecho</i></p> <p><i>Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches. Between History and Law</i></p> <p>Alessandro Tesauro</p>	<p>81</p>
	<p><b>A Critical Analysis of the “New” ‘Ergastolo Ostativo’ in Light of ECTHR’s Jurisprudence</b></p> <p><i>Un’analisi critica del “nuovo” ergastolo ostativo alla luce della giurisprudenza della Corte EDU</i></p> <p><i>Un análisis crítico de la nueva “prisión perpetua optativa” a la luz de la jurisprudencia del TEDH</i></p> <p>Francesco Saccoliti</p>	<p>115</p>
<p>NOTE A SENTENZA</p> <p><i>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</i></p> <p><i>NOTES ON JUDGMENTS</i></p>	<p><b>La corruzione in atti giudiziari del testimone nel caso ‘Ruby-ter’. Vecchie soluzioni per vecchi problemi</b></p> <p><i>Manipulación de testigos en el caso ‘Ruby-ter’. Soluciones antiguas para problemas antiguos</i></p> <p><i>Witness Tampering in the ‘Ruby-ter’ Case. Old Solutions for Old Problems</i></p> <p>Anna Pampanin</p>	<p>138</p>
<p>QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE</p> <p><i>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL</i></p> <p><i>ISSUES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW</i></p>	<p><b>L’art. 558 bis c.p.p. e la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari</b></p> <p><i>La competencia funcional en el juicio inmediato ante el tribunal unipersonal por delitos sujetos a citación directa a juicio</i></p> <p><i>Immediate Trial in Proceedings Before a Single Judge Court. The Functional Competence of the Judge for Preliminary Investigations</i></p> <p>Teresa Bene</p>	<p>154</p>

GUERRA E DIRITTO PENALE

*GUERRA Y DERECHO PENAL*

*WAR AND CRIMINAL LAW*

- 1 **La criminologia della guerra e la politica criminale dell'Unione Europea**  
*La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea*  
*The Criminology of War and the Criminal Policy of the European Union*  
Luis Arroyo Zapatero



# La criminologia della guerra e la politica criminale dell'Unione Europea\*

*La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea*

*The Criminology of War and the Criminal Policy of the European Union*

LUIS ARROYO ZAPATERO

*Catedrático de Derecho penal y Presidente della Société Internationale de Défense Sociale, Universidad de Castilla-La Mancha  
luis.arroyozapatero@uclm.es*

CRIMINOLOGIA, DIRITTO PENALE  
INTERNAZIONALE, DIRITTO UE

CRIMINOLOGÍA, DERECHO PENAL  
INTERNACIONAL, DERECHO UE

CRIMINOLOGY, INTERNATIONAL  
CRIMINAL LAW, EU LAW

## ABSTRACTS

Seppur emersa sul finire della Seconda Guerra Mondiale, la criminologia della guerra non conosce ulteriori sviluppi fino al verificarsi delle gravi crisi in Jugoslavia e in Ruanda, le quali hanno determinato l'ampliamento del suo oggetto includendovi i crimini di massa commessi da governi dittatoriali. Le risultanze della criminologia della guerra devono essere presi in considerazione per affrontare il problema della prevenzione e della lotta contro le manifestazioni attuali della guerra attraverso il diritto penale, e dalla politica criminale dell'Unione europea in particolare, sia sul piano preventivo, contrastando il ricorso a mercenari e il discorso d'odio, sia su quello della corretta individuazione delle caratteristiche materiali delle condotte punibili e della politica UE in tema di misure restrittive.

La criminología de la guerra se inicia entorno al final de la Segunda Guerra Mundial, pero no se desarrolla hasta las graves crisis de Yugoslavia y de Ruanda, que luego amplían su campo a los crímenes de masas de los gobiernos dictatoriales. Los resultados de la criminología de la guerra deben de tenerse en cuenta para abordar el problema de la prevención y la lucha penal contra las manifestaciones actuales de la guerra, y particularmente para la política criminal de la Unión Europea, tanto para la prevención, con la persecución del mercenarismo y de los discursos del odio, como para la correcta identificación de las propiedades materiales de las conductas punibles, así como para la política de sanciones UE.

The criminology of war dates back to the end of the Second World War, but it has only been developed since the serious crises in Yugoslavia and Rwanda, which subsequently extended its scope to include the systemic crimes by dictatorial governments. Its findings should be taken into account for the prevention of and the fight against the current forms of war by means of criminal law, and for the criminal policy of the European Union particularly, both to prevent, by prosecuting mercenaries and hate speech, and to accurately identify the substantive elements of wrongful acts, as well as for the EU policy on restrictive measures.

\*Traduzione di Francesco Rossi, *Universidad Carlos III de Madrid*.

## SOMMARIO

0. Introduzione. – 1. L'approssimazione tardiva della criminologia alla guerra. – 2. L'obiettivo di proibire l'impiego di mercenari e di imprese private militari e di sicurezza equivalenti. – 3. Le sanzioni UE e l'armonizzazione penale europea delle condotte volte alla loro elusione. – 3.1. Confisca ed appropriazione dei beni oggetto delle misure restrittive per scopi riparativi. – 3.2. Rilevanza del dolo e della colpa grave ai fini dell'imputazione e la clausola necessaria dell'ignoranza deliberata. – 4. Conclusioni.

## 0.

**Introduzione.**

Stiamo assistendo, da più di un anno, a *guerre televisive*. Se in quella dei Balcani abbiamo potuto disporre, per la prima volta, di immagini trasmesse in diretta, oggi osserviamo persino quelle riprodotte da migliaia di *smart phones*. Si tratta, in altre parole, di *guerre-spettacolo*, ibride, caratterizzate dall'uso di nuove tecnologie – come droni e missili – e che combinano l'azione militare, la cibernetica e l'economia, in particolare attraverso la manipolazione del mercato dell'energia e delle materie prime<sup>1</sup>.

Ciò che tutti vediamo con chiarezza sono le vittime civili – in particolare donne e bambini indifesi – e la distruzione cosciente e sistematica di infrastrutture essenziali come ospedali e migliaia di abitazioni. Eventi, questi, che suscitano in noi una vasta gamma di emozioni, tra cui un sentimento di solidarietà e un impulso a cooperare in maniera effettiva per difendere le vittime di una siffatta aggressione criminale. “Questa guerra è politica ed emotivamente insopportabile”, ha dichiarato – riferendosi al conflitto in Ucraina – Alexandra SUJARERA, artista visiva russa che avrebbe dovuto presentare la propria opera presso La Biennale di Venezia. Ma le guerre scatenano anche altre emozioni, che finiscono addirittura per incrinare la razionalità della convivenza in società: in questo senso, facendo di nuovo riferimento agli strascichi della guerra in Ucraina a mo' di esempio, molte attività culturali sono state cancellate e non pochi hanno dovuto rinunciare a causa, essenzialmente, della fobia e della colpevolizzazione generalizzata della Russia, la cui immagine risulta ormai integralmente identificata, per stereotipo, con quella del massimo responsabile del conflitto e delle relative atrocità<sup>2</sup>.

Limitando lo sguardo all'Europa, questa divenne un campo di battaglia permanente a partire dal 1808, l'anno tellurico delle invasioni napoleoniche, alle quali fecero seguito la guerra “della Crimea” (con la Russia da una parte e Turchia, Francia e Inghilterra dall'altra), quella Franco-prussiana e la Prima Guerra Mondiale, che cedette rapidamente il passo alla Seconda. In fondo, gli obiettivi erano sempre gli stessi: volgendo lo sguardo verso sinistra, quello di invadere la Francia – la conca del Ruhr – per appropriarsi del carbone e dell'acciaio; volgendo verso destra, quello di impadronirsi dell'Ucraina – il granaio d'Europa – per conquistare uno spazio vitale, il *Lebensraum*. In realtà, negli ultimi 500 anni, pressoché tutti i Paesi del Vecchio Continente hanno assistito alla modifica delle proprie frontiere a causa delle guerre, dalla Russia fino al Regno Unito. Hanno fatto eccezione soltanto Spagna e Portogallo, sebbene lo stesso non possa dirsi in riferimento alle guerre civili. Tornando al presente, il conflitto in corso alle porte dell'Europa – la prima guerra *interstatale di aggressione* dal 1945 – è lo scenario in cui si consumano gravi *crimini di guerra e contro l'umanità*.

## 1.

**L'approssimazione tardiva della criminologia alla guerra.**

La questione delle guerre ha costituito oggetto di riflessione nei classici a partire dai quali si è sviluppata quella che oggi possiamo denominare *scienza politica*. Fu solo una volta conclusa la Prima Guerra mondiale che venne formulata una teoria generale a cui si diede il nome “*geopolitica*”.

Tuttavia, è nella macroarea delle scienze sociali – composta essenzialmente dalle diverse

<sup>1</sup> Con specifico riferimento alla guerra in Ucraina, GAUTIER (2022), pp. 15-32; GAUTIER (2021), pp. 519 ss.

<sup>2</sup> Diffusamente, *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Killings of Civilians: Summary Executions and Attacks on Individual Civilians in Kyiv, Chernihiv, and Sumy Regions in the Context of the Russian Federation's Armed Attack Against Ukraine*, 2022. in *ukraine.un.org*. Sul personaggio citato e sul suo discorso, nel quale si compiace velatamente dell'invasione dell'Iraq, si veda LANCEREAU (2023). Si rinvia altresì a BEAUMONT (2023).

aree disciplinari del diritto, delle relazioni internazionali, dell'economia e della criminologia – che devono essere affrontati i problemi relativi alla guerra e ai crimini atroci che vengono commessi in simili contesti. Non devono essere lasciati margini di impunità: al contrario, occorre *prevenire e punire*. Ma per farlo, è necessario conoscere e comprendere come nascono e si sviluppano le dinamiche dell'uso illegittimo della forza, spesso caratterizzate dalla presenza di ambizione e di conflitti di interessi. Si rende necessaria, in altre parole, una *criminologia della guerra* e delle relative atrocità.

La criminologia, disciplina la cui nascita risale approssimativamente alla seconda metà del diciannovesimo secolo, si è occupata in modo sistematico della guerra a partire soltanto dagli anni '90 del secolo scorso, in seguito alla guerra nei Balcani. I precursori di una criminologia della guerra e dei relativi crimini, i quali analizzarono le atrocità perpetrate durante la Seconda Guerra Mondiale, sono sostanzialmente tre: Hermann MANNHEIM, Sheldon GLUECK e Mariano RUÍZ FUNES.

Hermann MANNHEIM – Professore tedesco, vittima della persecuzione antisemita nel suo Paese come Max GRÜNHUT, accolto nel Regno Unito dal 1934 ed illustre esperto di criminologia affiliato alla *London School of Economics* – approfondì sin dallo scoppio della guerra le conseguenze di questa sulla criminalità interna e pubblicò la sua opera *War and Crime* nel 1941, mettendo in rilievo un significativo incremento dei reati economici rispetto a quelli violenti. Analizzò altresì le guerre illegittime, come quella di aggressione, nonché gli effetti sulla criminalità delle migrazioni forzate, quantificando in circa un milione e mezzo di persone gli emigrati dal Vecchio Continente alle isole britanniche già nel novembre del 1939. Prestò altresì particolare attenzione alla delinquenza giovanile in un contesto siffatto, qualificò l'aggressione tedesca come crimine internazionale partendo dal Trattato di Briand-Kellog del 1928 e identificò, sempre tra quelle da considerarsi crimini internazionali, condotte perpetrate nella conduzione della guerra. Nelle sue conclusioni si anticipa l'idea di sanzionare penalmente i crimini internazionali stabilendo la giurisdizione di una Corte formata da rappresentanti dei Paesi "civilizzati"<sup>3</sup>.

Sheldon GLUECK, nato nel 1896 nella Varsavia appartenente all'Impero Russo, emigrò negli Stati Uniti nel 1920 per poi formarsi ed insegnare ad Harvard. Si dedicò in un primo momento, con sua moglie Eleonor, all'analisi della delinquenza giovanile; nonché, alla vigilia della guerra, dei crimini internazionali, finendo per pubblicare nel 1944 l'opera *War Criminals: Their Prosecution and Punishment* e per partecipare attivamente alla progettazione – nonché all'implementazione – del sistema di Norimberga come consulente del Procuratore JACKSON<sup>4</sup>.

Infine, Mariano RUÍZ DE FÚNEZ – Professore ordinario di diritto penale e ministro della Repubblica spagnola durante la guerra, esiliato prima a Cuba e poi in Messico – presentò un libro in portoghese (*Criminologia de guerra*) che gli valse il riconoscimento, nel 1947, del prestigioso premio internazionale "Afranio Peixoto". Il libro, pubblicato in Argentina nel 1960 con prologo di Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, analizza – con dovizia di dati empirici e statistici – la criminalità motivata e occasionata dalla guerra, con particolare riferimento a quella femminile, quella economica, quella denominata "di rientro" – perpetrata dai reduci della guerra – e quella dei crimini internazionali.

Come rilevò Ruth JAMIESON nel 1998, anno in cui fu pubblicato il suo contributo *Towards a Criminology of War in Europe*<sup>5</sup>, l'opera dei tre autori citati in precedenza non ricevette grande seguito: nonostante le problematiche criminologiche e politiche connesse al genocidio quale "costante" dei crimini di massa risultassero già allora meritevoli di approfondimento, l'interesse scientifico della criminologia europea contemporanea per i conflitti etnici e per le relazioni complesse tra guerra e criminalità risultava (e risulta tuttora) insufficiente. Sarà solo nel 2014 che si riunirà per la prima volta, nell'ambito della Società Europea di Criminologia, il "Gruppo europeo de criminología sobre crímenes atroces y justicia transicional", su iniziativa della illustre specialista Alette SMEULERS<sup>6</sup>. Alexia PIERRE ravvisa le ragioni di un tale disinteresse nel fatto che «la maggior parte dei crimini di massa contemporanei avviene durante gli scontri armati, alla loro periferia o in periodi di crisi e destabilizzazione prolungata. Gli attacchi ai civili appaiono, agli occhi degli osservatori esterni, come fatti di guerra, danni collaterali o atti inevitabili derivanti da un contesto incontrollabile»; inoltre, tali crimini sono spesso espres-

<sup>3</sup> MANNHEIM (1941), pp. 147 ss. e 137. Cfr. altresì HOOD (2004); LAUTERPACHT (2010); SANDS (2017).

<sup>4</sup> GLUECK (1944).

<sup>5</sup> JAMIESON (1998).

<sup>6</sup> Per approfondimenti, si rinvia a JAMIESON (2014); KNUST (2013); SMEULERS e GRÜNFELD (2011); SMEULERS e HAVEMAN (2008).

sione di un programma finalizzato all'appropriazione di territori per epurarli dei componenti indesiderati<sup>7</sup>. Il genocidio diviene oggetto di maggiore interesse da parte della criminologia in relazione al contesto dei crimini realizzati nell'ex Jugoslavia e in Ruanda. Si dovrà comunque attendere il 2009 per veder assegnato il *Stockholm Prize in Criminology* a Raúl ZAFFARONI per i suoi contributi sui *crímenes de Estado masivos* realizzati in America Latina negli anni '70 e '80 del secolo scorso<sup>8</sup>.

Possono ravvisarsi le ragioni di questo ritardo ingiustificato nei problemi epistemologici che hanno dissuaso dall'analizzare gli atroci crimini commessi da tipologie di autore comunemente ritenute ordinarie e razionali: in altre parole, nelle difficoltà operative che emergono quando ci si accinge a osservare la realtà vieppiù complessa, a individuare le vittime e a raccogliere prove affidabili. Epperò, l'approccio criminologico nell'identificazione materiale delle condotte e dei processi che conducono alla realizzazione delle atrocità in questione – nonché delle caratteristiche delle relazioni di potere e di comando tra gli attori coinvolti – è imprescindibile non solo per elaborare una politica criminale adeguata, ma altresì per amministrare la giustizia internazionale. Un esempio dell'importanza cruciale della criminologia in questo ambito ci viene fornito dalla sorprendente assoluzione da parte della Corte Penale Internazionale nel caso *Bemba II*, la quale è frutto dell'inadeguata considerazione delle caratteristiche materiali delle condotte giudicate.

Al riguardo, sono certo che, con riferimento al contesto attuale della guerra in Ucraina, una eminente esperta come Mireille DELMAS-MARTY non si sarebbe limitata a denunciare la realtà (contraddistinta, per l'appunto, da una illegittima guerra di aggressione e dalla commissione di crimini contro l'umanità); piuttosto, avrebbe analizzato a fondo gli accadimenti e i processi che hanno portato alla guerra e che dovranno essere presi in considerazione, in quanto tali, con l'obiettivo di stabilire le condizioni per la pace. Credo, in altre parole, che avrebbe riproposto il rigore metodologico caratteristico della sua fondamentale opera *Les chemins de l'harmonisation pénale*, analizzando l'aggressione russa e il relativo conflitto non come fatti isolati, bensì quali tappe di un processo che coinvolge attori russi e ucraini. In questo senso, non avrebbe certo trascurato il ruolo di altri co-protagonisti come gli Stati Uniti e la NATO, né i fatti pregressi che hanno alimentato tale processo. L'utilità di un approccio siffatto risiede soprattutto nella sua strumentalità rispetto all'obiettivo fondamentale di gettare le basi per una pace futura in Ucraina e in Europa<sup>9</sup>.

Da questo punto di vista, le sanzioni o misure restrittive imposte in risposta alla guerra abbisognano non soltanto di un'analisi giuridico-formale, ma altresì di una disamina della loro efficacia rispetto all'obiettivo generale di attenuare la violenza impiegata dall'aggressore o financo a quello di porre fine alle ostilità. Si rende dunque necessario uno studio dell'incidenza reale di tali sanzioni alla luce delle diverse tipologie di destinatari – Stati, imprese, collettivi e individui – e dei vari fattori criminologici sottostanti, volto a supportare l'elaborazione di criteri materiali sul tema della responsabilità personale e delle imprese su scala europea. A tal fine, non basta identificare gli agenti formali dello Stato aggressore: occorre altresì individuare quali gruppi e/o persone esercitino un pieno dominio del fatto oggetto di rimprovero nell'ambito delle organizzazioni complesse e, in particolare, delle imprese, contribuendo allo sviluppo di una criminologia corporativa e dei *white collar criminals*<sup>10</sup>.

Se è vero che risulta di fatto imprescindibile imporre le sanzioni in questione per dissuadere altri soggetti dal favorire materialmente la conduzione di una guerra, è altresì vero che maggiore attenzione debba essere dedicata al fenomeno della creazione sistematica, attraverso i vari mezzi di comunicazione, di contesti di opinione – alimentati dall'istigazione alla guerra e al genocidio nonché, più in generale, dall'*hate speech* – che hanno a loro volta contribuito alla guerra stessa. Dalla letteratura criminologica emerge con certa frequenza che i genocidi e le grandi atrocità non sono frutti ciechi dell'azione umana, bensì che solitamente, come abbiamo segnalato poc'anzi, fanno parte di un più ampio progetto politico<sup>11</sup>. Orbene, questo progetto tende a sua volta ad essere orchestrato anche mediante la creazione sistematica di opinioni denigratorie volte a disumanizzare il nemico e che vengono riprodotte, altrettanto sistematicamente, fino a sedurre un numero incalcolabile ma senza dubbio significativo di destinatari.

<sup>7</sup> PIERRE (2015).

<sup>8</sup> ZAFFARONI (2007); ZAFFARONI (2009).

<sup>9</sup> DELMAS-MARTY *et al.* (2008).

<sup>10</sup> HOLA *et al.* (2023); MCGARRY e WALKLATE (2016); BRANTS (2007), pp. 309 ss.

<sup>11</sup> PIERRE (2015), p. 629.

Inoltre, come noto, nell'ambito delle guerre si ricorre all'operato di milizie e forze non assoggettate alla disciplina giuridico-militare. In questo modo, dalla vicenda della "Radio Télévision Libre des Mille Collines" in Ruanda fino al contesto del conflitto russo-ucraino, nei vari conflitti armati riaffiora l'incidenza dei monopoli dei mezzi di comunicazione e dell'impiego di milizie private con le caratteristiche del gruppo Wagner, tra cui il reclutamento massiccio di criminali.

Nella parte successiva del presente lavoro farò riferimento ai problemi fondamentali che emergono, in un'ottica criminologica, nell'ambito della prevenzione di atrocità: problemi, questi, sulla cui analisi dovrà basarsi tanto la conduzione della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea, quanto lo sviluppo del processo di armonizzazione europea delle fattispecie incriminatrici e delle sanzioni penali (accompagnato, auspicabilmente, dall'ampliamento delle competenze della Procura europea). Circoscriverò le mie considerazioni all'ambito delle politiche dirette contro gli interventi di gruppi e imprese di mercenari in conflitti militari, nonché a quello delle sanzioni e della loro implementazione a livello europeo: ambiti, questi, che risultano rivestire un'importanza cruciale, specialmente in guerre nelle quali si sfruttano risorse energetiche ed alimentari come armi. Costituirà invece oggetto di un diverso lavoro l'analisi, che reputo altrettanto rilevante per scopi preventivi, della diffusione sistematica di informazioni false e del discorso di odio quali strumenti a supporto della conduzione di politiche militari connotate dalla commissione di crimini internazionali. Al riguardo, in questa sede mi limito a sottolineare che la politica più ragionevole di fronte alle atrocità delle guerre e ai genocidi è quella della *prevenzione*, che per ragioni di sussidiarietà e proporzionalità o progressività ben potrà lasciare il campo aperto a misure di tipo repressivo qualora dovesse rivelarsi insufficiente<sup>12</sup>.

## 2. L'obiettivo di proibire l'impiego di mercenari e di imprese private militari e di sicurezza equivalenti.

A partire dal 1949, con l'adozione della Convenzione relativa alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, l'impiego di "mercenari" ed il coinvolgimento di "imprese militari e di sicurezza privata" viene visto come un fattore di rischio. Esiste un solo trattato delle Nazioni Unite, sul quale torneremo nel prosieguo del paragrafo, applicabile soltanto a zone non interessate da un conflitto armato e che proibisce il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari attraverso obblighi di incriminazione che gli Stati aderenti devono incorporare nel diritto interno, prevedendo pene efficaci, proporzionate e dissuasive. Come noto, anche l'Unione Africana è provvista, dal 1977, di uno strumento regionale per l'eliminazione dell'attività mercenaria in Africa, nonché delle previsioni applicabili in materia contenute nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

Risulta evidente che l'intervento di unità militari diverse da quelle appartenenti agli eserciti ordinari, ai quali gli Stati talora ricorrono, aumenta ulteriormente il rischio di atrocità durante i conflitti. Nella guerra in Ucraina, la Russia impiega essenzialmente due eserciti: da una parte, il denominato gruppo Wagner; dall'altra, le unità cecene di Kadyrov. Non è facile discernere quale di questi due aggruppamenti sia il più atroce. Il primo, come noto, è composto in parte da criminali ai quali viene offerta la libertà in cambio della partecipazione militare al conflitto; il secondo, invece, da soldati di fortuna o veri e propri mercenari, i quali vengono appunto arruolati dalla Russia per agire in Ucraina e nel continente africano. Basti pensare, emblematicamente, che lo *slogan* del gruppo Kadyrov inneggia alla "guerra santa" contro l'Ucraina.

Anche nella guerra in Iraq intervennero migliaia di mercenari, specialmente dell'impresa allora denominata *Blackwater*. I crimini commessi contro la popolazione civile in quel contesto sono noti, quanto lo sono la condanna da parte dei tribunali statunitensi e la concessione dell'indulto per i dirigenti di *Blackwater* da parte di Donald Trump negli ultimi giorni della sua presidenza<sup>13</sup>.

Un elementare buon senso, in un'ottica di prevenzione delle atrocità, suggerirebbe di proi-

<sup>12</sup> BREHM (2017), pp. 61 ss.

<sup>13</sup> United Nations (2020), "US pardons for Blackwater guards an 'affront to justice' – UN experts", in [www.obcbr.org](http://www.obcbr.org); APARAC (2020); DELAFORCE (2016), pp. 211 ss.

bire l'impiego di mercenari da parte di tutti gli Stati e di considerare simili fatti, nell'ambito del diritto penale internazionale, come costitutivi di una fattispecie di organizzazione criminale, in quanto tali meritevoli di pene adeguate in termini di efficacia, proporzionalità e deterrenza. Il 4 dicembre 1989, dopo nove anni di dibattito, l'Assemblea Generale ONU approvò la succitata Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari. Ciononostante, specialmente a partire dalla guerra in Iraq, le "imprese militari e di sicurezza privata" hanno acquisito un'importanza via via crescente nell'ambito dei conflitti armati: importanza, questa, che ha generato problematiche di notevole gravità, analizzate in un ampio studio (*The Montreux Document: On pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict*) elaborato dall'organizzazione *Red Cross International*.

In questa sede, basti evidenziare che tale studio esorta gli Stati ad accertare la responsabilità penale delle imprese in questione per la commissione di crimini internazionali. Tuttavia, come ha rilevato il Gruppo di lavoro del Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite nel 2022, è necessario adottare non solo raccomandazioni programmatiche e raccolte di buone prassi, ma altresì *norme giuridiche vincolanti sul piano del diritto internazionale*.

Il 13 dicembre 2021, l'Unione europea ha adottato misure restrittive nei confronti dei soggetti apicali del Gruppo Wagner in ragione delle azioni realizzate da tale gruppo non solo in Ucraina, ma altresì in Siria e in vari Paesi del continente africano. Nel 2017, fu avviato un dibattito in seno al Consiglio per i diritti umani ONU riguardo all'adozione di una risoluzione che condannasse l'utilizzo di mercenari. In quella sede, tuttavia, i rappresentanti degli Stati Uniti e dell'Unione europea si opposero alla proposta in questione, votando a sfavore<sup>14</sup>. Sempre nel 2017, la Commissione per gli affari esteri del Parlamento Europeo elaborò una proposta di risoluzione volta a limitare gli accordi stipulabili dalla Commissione Europea alle imprese militari private di sicurezza che avessero stabilito la loro sede principale in uno Stato membro dell'Unione, nonché a stabilire un meccanismo di supervisione dell'operato di tali imprese<sup>15</sup>.

Alla luce di quanto esposto finora, pare evidente che l'Unione europea debba adottare uno strumento legislativo volto ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri sul tema in questione, sui crimini commessi nell'ambito delle imprese militari private di sicurezza. Al riguardo, tuttavia, il cammino da percorrere è ancora lungo. L'Unione sembrava aver iniziato con il piede giusto quando approvò la "legge Magnitsky europea"<sup>16</sup>, la quale disciplina il potere del Consiglio UE di applicare sanzioni in caso di genocidio, di crimini contro l'umanità e di altre violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani: dalle ipotesi di tortura, schiavitù, esecuzioni extragiudiziali, detenzioni arbitrarie ed *extraordinary renditions* a quelle di tratta di esseri umani, violenza sessuale o violazioni di libertà fondamentali (di riunione, associazione, espressione e così via). Tuttavia, le sanzioni o misure restrittive aspirano (o dovrebbero aspirare), oltre che a dissuadere adeguatamente i destinatari dall'iniziare o proseguire un conflitto, a co-finanziare la riparazione degli effetti della guerra in Ucraina attraverso l'appropriazione definitiva delle risorse congelate. Per raggiungere questo obiettivo, risulta necessario introdurre apposite previsioni nella legislazione eurolunitaria e in quelle nazionali. Se è vero che, in alcuni casi, l'oggetto delle sanzioni in questione – i beni e i fondi congelati – potrebbero essere riconducibili, direttamente o indirettamente, alla commissione di crimini internazionali ed essere dunque confiscati, è altresì vero che le legislazioni dei Paesi membri in materia di confisca non sono ancora sufficientemente armonizzate. Di conseguenza, sul piano della cooperazione giudiziaria europea, la gestione e la destinazione dei beni confiscati non risulterebbero affatto facilitate.

### 3. Le sanzioni UE e l'armonizzazione penale europea delle condotte volte alla loro elusione.

Le sanzioni per la prevenzione o come conseguenza di una guerra sono il retaggio di una

<sup>14</sup> A/HRC/36/L.2, 22 settembre 2017.

<sup>15</sup> KRAHMANN e FRIESENDORF (2011).

<sup>16</sup> Regolamento (UE) 2020/1998 del Consiglio del 7 dicembre 2020 "relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani"; Decisione (PESC) 2020/1999 del Consiglio del 7 dicembre 2020 "relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani".

lunga tradizione storica, specialmente nell'ambito delle politiche commerciali. Già durante le guerre napoleoniche possono rinvenirsi esempi dell'imposizione di sanzioni commerciali, sotto forma di embarghi alle esportazioni. Tuttavia, le sanzioni "intelligenti" di ordine finanziario – in particolare, quelle di congelamento di beni e fondi – sono misure moderne, la cui introduzione è stata determinata dall'intensità delle relazioni instaurate tra Paesi e le relative economie sullo sfondo della globalizzazione.

Le prime riflessioni riguardo a tali sanzioni come armi di pace e di guerra di cui sono a conoscenza sono quelle di Hermann MANNHEIM nella sua opera *War and Crime*, già citata in precedenza. Da quel momento, gli studi sull'efficacia preventiva delle sanzioni nel contesto delle guerre di aggressione e delle relative atrocità sono proliferati incessantemente<sup>17</sup>.

Il principale punto debole delle attuali sanzioni è quello della loro *inosservanza*: proprio come accadde, emblematicamente, con le sanzioni imposte dalla Società delle Nazioni, che rimasero sostanzialmente inattuata. Talora, inoltre, le sanzioni finiscono addirittura per produrre effetti collaterali controproducenti: in questo senso, basti ricordare il costo per l'Europa (e per il mondo intero) prodotto dall'embargo delle armi imposto alla Repubblica spagnola. Un'analisi esaustiva è stata offerta, recentemente, da Nicholas MULDER in un libro che analizza la politica delle sanzioni dal 1945 fino a tempi recenti<sup>18</sup>.

### 3.1. *Confisca ed appropriazione dei beni oggetto delle misure restrittive per scopi riparativi.*

Se si osservano gli sforzi profusi dall'Unione europea e dai suoi Stati membri affinché le sanzioni UE vengano eseguite efficacemente, si rilevano problemi nei termini di un *deficit* di capacità di identificare le risorse da congelare, nonché di una tendenza ad effettuare manovre elusive da parte degli individui o delle imprese che ne sono destinatari. Si rivela dunque necessario perfezionare la normativa europea nella materia in questione: risulta infatti evidente che l'inosservanza delle sanzioni – vuoi per la loro mancata o inadeguata implementazione da parte di alcune autorità nazionali, vuoi per le suddette manovre elusive realizzate da persone fisiche o giuridiche – dovrebbe costituire oggetto della medesima attenzione dal punto di vista sanzionatorio in tutti i Paesi, senza che i destinatari delle misure possano "scegliere il principe" all'interno dell'UE (per esprimerci con parole di Cesare PEDRAZZI).

L'idea di ampliare gli eurodelitti per includervi l'elusione delle misure restrittive – non solo di quelle più strettamente vincolate alla sicurezza esterna dell'Unione – sorge nel 2022, durante la Presidenza europea francese. Terminata la procedura di inclusione del nuovo euro-delitto, avviata dal Consiglio il 28 novembre 2022<sup>19</sup>, la proposta urgente di introdurre norme minime UE di armonizzazione penale relative alle varie forme di inosservanza delle sanzioni è oggetto di discussione a una velocità inusuale per la prassi legislativa eurounitaria, in risposta all'invasione russa dell'Ucraina. È altresì dibattuta l'opportunità di attribuire alla Procura europea la competenza di svolgere indagini preliminari e di esercitare l'azione penale rispetto a siffatte condotte inosservanti.

Inoltre, nella riunione svoltasi il 9 febbraio 2023, il Consiglio europeo ha ribadito la volontà di supportare le indagini della Procura presso la Corte penale internazionale, di Eurojust e della squadra investigativa comune appositamente istituita in relazione al conflitto in Ucraina<sup>20</sup>, sottolineando altresì l'importanza della cooperazione tra gli organismi competenti a livello nazionale in ambito doganale, tributario, di *intelligence*, di indagine e statistico nonché la necessità di armonizzare la risposta penale all'elusione delle sanzioni UE attraverso l'adozione di una nuova direttiva, la cui proposta è stata avallata dal Parlamento europeo e successivamente pubblicata nel dicembre 2022<sup>21</sup>. Tale proposta trova base giuridica nell'articolo

<sup>17</sup> MCFADYEAN (1938); la fonte contiene i lavori di un gruppo istituito precedentemente all'invasione italiana dell'Abissinia.

<sup>18</sup> MULDER (2022), con recensioni particolarmente interessanti – e una replica dell'autore – raccolte nella sezione "*Book Forum*" di *Toqueville* 21 (marzo 2022, in [toqueville21.com](http://toqueville21.com)).

<sup>19</sup> Per un resoconto e una valutazione degli sviluppi in materia penale a livello UE, REBUT (2022).

<sup>20</sup> Riguardo alla complessità dell'esercizio della giurisdizione penale rispetto all'aggressione russa e alle relative atrocità, SCHABAS (2022); REBUT (2022); LAVAL (2022); CHAUMETTE (2022); nonché, per ulteriori approfondimenti, i contributi pubblicati in *Journal of International Criminal Justice*, 20, 4, settembre 2022, con introduzione di GENEUS e JESSBERGER.

<sup>21</sup> Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio "relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione", 2 dicembre 2022, COM(2022) 684.

83.1 TFUE, il quale stabilisce, come noto, un numero chiuso di eurodelitti. Lo stesso articolo prevede che il Parlamento europeo ed il Consiglio possano ampliare la lista degli eurodelitti tenendo conto dell'evoluzione della criminalità, della particolare gravità di alcuni reati e della loro dimensione transnazionale<sup>22</sup>.

Orbene, deve essere preso in seria considerazione il fatto che l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, nonché il supporto dell'Unione europea e dei suoi Paesi membri nei confronti della prima, hanno determinato costi finanziari elevatissimi, la cui compensazione è una questione cruciale per l'Unione stessa. Gli interessi finanziari UE saranno poi messi nuovamente a dura prova nel momento in cui si dovrà inevitabilmente procedere alla ricostruzione dell'Ucraina, come ha osservato puntualmente Andrés DORNBIERER nel suo studio *"From sanctions to confiscation while upholding the rule of law"*<sup>23</sup>. Il 30 novembre 2022, la Presidente della Commissione europea von der Leyen dichiarava:

"la Russia dovrà anche pagare finanziariamente per la devastazione che ha causato. I danni subiti dall'Ucraina sono stimati in 600 miliardi di euro. La Russia e i suoi oligarchi dovranno risarcire l'Ucraina per i danni e coprire i costi di ricostruzione del Paese. E noi abbiamo i mezzi per far pagare la Russia. Abbiamo bloccato 300 miliardi di euro di riserve della Banca centrale russa e abbiamo congelato 19 miliardi di euro di denaro degli oligarchi russi. A breve termine, potremmo creare, con i nostri partner, una struttura per gestire questi fondi e investirli. I proventi verrebbero poi utilizzati a favore dell'Ucraina. E una volta revocate le sanzioni, questi fondi dovrebbero essere utilizzati in modo che la Russia risarcisca completamente i danni causati all'Ucraina. Lavoreremo a un accordo internazionale con i nostri partner per renderlo possibile. E insieme, possiamo trovare le modalità giuridiche per raggiungere l'obiettivo"<sup>24</sup>.

Tuttavia, dovesse concludersi la guerra in Ucraina in una maniera diversa da quella della (inverosimile) resa incondizionata della Russia, si dovrebbero restituire a questa tutti i beni materiali e immateriali precedentemente sequestrati. Pertanto, l'UE dovrebbe trovare un modo per risanare i costi dell'appoggio prestato all'Ucraina: tanto quelli derivati dalla fornitura di armi per poter condurre una guerra difensiva, quanto quelli relativi all'assistenza prestata a milioni di profughi e quelli volti a finanziare il piano di ricostruzione e resilienza dell'Ucraina stessa.

Per quanto riguarda la summenzionata proposta di direttiva, si prevede solamente l'introduzione di reati attinenti alle condotte di elusione delle sanzioni. Per il momento, l'UE ha aggirato la questione relativa alla possibilità di convertire siffatte misure provvisorie in definitive: e cioè, nella confisca dei beni materiali e immateriali oggetto di misure restrittive, una volta cessate le ostilità e l'occupazione dell'Ucraina da parte della Russia. Previsioni di questo tipo risultano altresì assenti nel regolamento 2020/1998 "relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani" e nella correlata decisione PESC 2020/1999<sup>25</sup>. Non affronta il problema in questione nemmeno la proposta di direttiva del 25 maggio 2022 "riguardante il recupero e la confisca dei beni", la quale si limita ad estendere l'applicabilità della confisca alle fattispecie di elusione delle misure restrittive.

Desti preoccupazione, più in generale, il possibile esito di procedure di congelamento e confisca vieppiù complesse, rispetto alle quali le Alte Corti europee potrebbero riscontrare violazioni del diritto a un giusto processo o del diritto di proprietà. E ha ragione da vendere chi condivide simili preoccupazioni, come dimostra, a titolo meramente esemplificativo, la decisione della Corte di giustizia dell'8 marzo 2023 con la quale sono state annullate le misure restrittive imposte alla facoltosa madre del fondatore del gruppo Wagner, apparentemente perché – in via di estrema approssimazione – non è stata concesso dal registro commerciale moscovita l'accesso ai documenti che possano corroborare l'origine e l'evoluzione del patrimonio e delle imprese che appartenevano, prima del 2019, al criminale di guerra e capo dei mercenari russi impiegati in Ucraina<sup>26</sup>. Una argomentazione, questa, per vero sostanzialmente estranea al consueto approccio della Corte di giustizia, volto a interpretare i fatti addotti in giudizio e il diritto UE alla luce del *contesto* in cui essi si inscrivono (il quale non è altro che

<sup>22</sup> TIEDEMANN e NIETO (2005); MUÑOZ DE MORALES e ARROYO ZAPATERO (2010); ARROYO ZAPATERO e MUÑOZ MORALES (2012).

<sup>23</sup> DORNBIERER (2023).

<sup>24</sup> European Commission, Bruxelles, 30 novembre 2022; DE MIGUEL (2022); U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY (2022).

<sup>25</sup> Fortemente critico nei confronti della Commissione NIELSEN (2022). Si veda altresì KILCHLING (2022); nonché, da una prospettiva criminologica, Eurojust – Genocide Network, *Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis*, L'Aia, dicembre 2021; Eurojust, *Key factors for successful investigations and prosecutions of core international crimes*, Bruxelles 2022.

<sup>26</sup> PINGEN (2023); TUE, sent. 8 marzo 2023, causa T-212/22.



quello di uno stato di *guerra aperta*).

In ogni caso, ciò che preoccupa maggiormente coloro che si occupano di questa tematica con accenti marcatamente critici è che la confisca dei 350000 milioni di dollari congelati alla Banca Russa potrebbe violare il regime di immunità stabilito dalla apposita Convenzione delle Nazioni Unite del 2005 a beneficio degli Stati e dei beni di loro titolarità. Orbene, a nostro avviso, detta immunità non può essere invocata quando l'evento che ha dato origine alla confisca è costituito da una guerra di aggressione e dalla distruzione massiccia delle proprietà dello Stato attaccato. Inoltre, deve ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione del regime di immunità la reazione di uno Stato che agisce per proteggere la vittima di un crimine attribuibile agli attori di un altro Stato. Ci pare che molti degli internazionalisti che criticano la proposta di confiscare i beni sequestrati a uno Stato sovrano trascurino alcuni principi fondamentali del diritto sia nazionale sia internazionale, soprattutto quelli relativi alla legittima difesa (propria e di terzi). Tra le prerogative di chi agisce nei limiti della legittima difesa rientra senza dubbio quella di proteggere la vittima di un'aggressione illegittima, fornendole armamenti, congelando i beni dello Stato responsabile dell'aggressione e degli individui o dei gruppi complici delle violazioni del diritto internazionale, nonché eventualmente confiscando tali beni allo scopo di garantire il risarcimento dei danni cagionati alla vittima dell'aggressione.

Pertanto, l'UE non deve limitarsi ad armonizzare le condotte di elusione delle sanzioni in questione: tra quelle suscettibili di fungere da presupposto della confisca, essa deve incorporare anche le violazioni gravi dei diritti umani. Violazioni, queste, integrate non soltanto dalla commissione di crimini di genocidio o contro l'umanità, ma altresì dalla conduzione di un conflitto armato di aggressione e dalla realizzazione di crimini di guerra. Sarebbe dunque necessario inserire nel regolamento (UE) 2020/1998 "relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani" una clausola in forza della quale "quando le azioni costituenti un abuso o una violazione di diritti umani alla base dell'adozione di misure restrittive si protraggano nel tempo, i fondi e le risorse economiche saranno confiscati e destinati al risarcimento dei danni prodotti o alla compensazione dei costi generati da tali azioni, in relazione ad una guerra illegalmente dichiarata contro un altro Paese. Il Consiglio UE è titolare di tutte le competenze di amministrazione e di destinazione"<sup>27</sup>.

## 3.2.

### *Rilevanza del dolo e della colpa grave ai fini dell'imputazione e la clausola necessaria dell'ignoranza deliberata.*

Dal punto di vista criminologico, ulteriori questioni problematiche da affrontare lungo il cammino verso l'armonizzazione penale dei comportamenti elusivi delle misure restrittive emergono sul piano dell'elemento soggettivo. L'art. 3.1 della proposta di direttiva "relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione" intende obbligare gli Stati membri ad adottare "le misure necessarie per garantire che la violazione di una misura restrittiva dell'Unione costituisca reato se commessa intenzionalmente". Ai sensi dell'art. 5, tali misure dovranno consentire l'applicazione di "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive". Inoltre, l'art. 3.3 dispone che "[i] comportamenti di cui al paragrafo 2, lettere da a) a g), costituiscono reato anche se commessi per grave negligenza", senza fornire ulteriori precisazioni sul duplice piano definitorio e sanzionatorio.

Ciò suscita una considerazione di segno critico: le pene previste per i reati colposi sono tendenzialmente esigue, meno carcerocentriche ed incentrate sostanzialmente sulla pena pecuniaria, la quale in non poche occasioni può risultare inferiore alla sanzione amministrativa eventualmente prevista per infrazioni simili o analoghe. Inoltre, nella casistica di riferimento – nella quale il disvalore di azione si esaurisce sostanzialmente nell'inosservanza di una norma – appare viepiù complesso provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la condotta sia stata realizzata con la piena rappresentazione dei presupposti, della situazione tipica e della proibizione della condotta stessa. Nella maggior parte dei casi, chi agisce in violazione di norme amministrative o commerciali come quelle che dispongono il congelamento dei beni si mantiene in uno stato di ignoranza deliberata rispetto alla concorrenza, nel caso concreto, degli elementi fattuali e normativi che assumono rilevanza sul piano giuridico. Si tratta, in

<sup>27</sup> Cfr. MOISEINENKO (2023).

buona sostanza, di un comportamento ponderato mediante il quale il soggetto attivo rifiuta di constatare il contenuto di una determinata misura restrittiva di cui è il destinatario e realizza comunque atti di disposizione dei beni immobilizzati<sup>28</sup>.

Il diritto nazionale e quello europeo non possono trascurare questa tendenza. Condotte siffatte, che mirano a eludere la responsabilità penale, sono particolarmente frequenti nell'ambito dei reati economici, del mercato dei beni culturali e, più in generale, delle attività professionali regolamentate esercitate da organizzazioni complesse. A titolo esemplificativo, gli studi criminologici evidenziano che i mercanti d'arte in non poche occasioni ignorano la natura di beni culturali protetti degli oggetti commercializzati come conseguenza della decisione di non comprovare le loro caratteristiche materiali, a discapito della presenza di segnali di allarme, lasciando tali beni sostanzialmente sprovvisti di adeguate forme di protezione<sup>29</sup>.

Risulta dunque opportuno introdurre nelle norme minime di armonizzazione penale nel settore dell'elusione delle misure restrittive una clausola volta ad evitare la riconduzione automatica degli abusi commessi approfittando di una condizione di ignoranza deliberata nell'ambito della responsabilità per colpa. A tal fine, basterebbe aggiungere un paragrafo 4-*bis* nell'art. 5, prevedendo che “[l]e stesse sanzioni di cui ai due paragrafi precedenti si applicheranno quando le condotte vengano commesse ignorando deliberatamente il fatto che i beni o fondi sono sottoposti a misure restrittive o l'ambito di applicazione e il contenuto di tali misure”.

La ragion d'essere di questa clausola può risultare familiare ad alcune tradizioni penali-stiche del Vecchio Continente, soprattutto di quella anglosassone. Per vero, l'ignoranza deliberata solleva questioni estremamente complesse sul piano teorico, soprattutto per quanto riguarda le note difficoltà che emergono nel tentativo di individuare criteri distintivi netti tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, nonché di qualificare adeguatamente – sul duplice piano interpretativo e dogmatico – le condotte manifestamente temerarie, elaborando criteri di imputazione capaci di riflettere il diverso disvalore sotteso a ciascuna di queste categorie. Al riguardo, pare opportuno precisare che la clausola proposta in questa sede non sarebbe finalizzata a equiparare automaticamente l'ignoranza deliberata al dolo eventuale: una simile presunzione risulterebbe infatti costituzionalmente illegittima sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale. Lo scopo della clausola sarebbe piuttosto, in via di estrema approssimazione, quello di riconoscere nel diritto positivo la *possibilità* di equiparare l'ignoranza deliberata e il dolo eventuale sul piano sanzionatorio; sempre che non si voglia adottare, beninteso, un concetto più flessibile di dolo eventuale, in quanto tale capace di dare cittadinanza ad alcuni casi di ignoranza deliberata<sup>30</sup>.

## 4.

### Conclusioni.

Per quanto riguarda la nostra disciplina (il diritto penale), la prevenzione e la repressione sanzionatoria delle guerre e delle atrocità non devono essere perseguite ad ogni costo, bensì in modo riflessivo e contestualizzato: è questa la missione della *criminologia* come scienza che deve essere sviluppata e impiegata a supporto di quella giuridica. La criminologia ci insegna che, nell'ambito dei conflitti armati, l'impunità per le atrocità realizzate è il fattore criminogeno più influente. Per questo motivo, il ruolo della giustizia penale – a seconda dei casi, della Corte penale internazionale, dei tribunali internazionali *ad hoc* o delle corti nazionali – resta imprescindibile.

Dall'analisi del conflitto che ha costituito l'oggetto principale del presente lavoro (la guerra in Ucraina) sono altresì emersi il ruolo svolto dai mercenari e la necessità di armonizzare il diritto penale su scala internazionale, nella direzione di un'ulteriore restrizione al loro impiego. Per il resto, occorre sottolineare che non paiono esservi alternative verosimilmente percorribili a quelle della fornitura di armi e di una politica sanzionatoria nei confronti dei Paesi aggressori e delle *élites* – individui, gruppi e imprese – che favoriscono la commissione di crimini internazionali o di altre gravi violazioni di diritti umani: politica, questa, strumentale all'adozione di provvedimenti di confisca e finalizzata all'attuazione di meccanismi riparativi a favore del

<sup>28</sup> Sulla consolidata esperienza tedesca in questo ambito, specialmente in relazione ai provvedimenti di embargo, si veda TIEDEMANN (2017), in particolare pp. 257 ss.

<sup>29</sup> V. MANACORDA e CHAPPELL (2011); POLK e CHAPPELL (2009); CHAPPELL e POLK (2014).

<sup>30</sup> Sul tema, cfr. per tutti, con varietà di accenti e soluzioni, ROSSI (2022); RAGUÉS I VALLÈS (2008); MARCUS (1993); SARCH (2019).

Paese-vittima (sgravando in parte l'UE, nel caso della guerra in Ucraina, degli oneri finanziari di cui la Piccola Europa si è dovuta far carico per sostenere lo Stato invaso). L'unica alternativa, in risposta a politiche belliche di segno imperialista, sarebbe quella di avviare conflitti mondiali ancor più pericolosi e da ripudiare.

L'Unione europea dovrà dunque fare fronte comune contro le violazioni del diritto internazionale, perfezionando i pacchetti di sanzioni esistenti e potenziando la confisca in una direzione – essenzialmente riparativa – che risulti in linea con l'obbligo di tutelare i diritti umani. Perché possano raggiungersi simili obiettivi, sul piano giuridico occorre principalmente includere la guerra di aggressione e i crimini di guerra tra i reati che giustificano l'adozione di misure restrittive ai sensi del regolamento (UE) 2020/1998, nonché disciplinare al suo interno il potere di confiscare definitivamente i beni oggetto di tali misure. Lo stesso dovrà farsi, *mutatis mutandis*, con la futura direttiva UE di armonizzazione penale in tema di sequestro e confisca. Infine, per quanto riguarda la proposta volta ad adottare una direttiva di armonizzazione penale sull'elusione delle misure restrittive UE, si è sottolineata l'importanza di includere previsioni volte a disciplinare le condotte realizzate in uno stato di ignoranza deliberata, distinguendo i casi che meritano (la stessa qualificazione o) la stessa pena di quella prevista per le fattispecie dolose da quelli che invece devono essere ricondotti nell'alveo della responsabilità colposa propriamente detta (per la quale sono però comunemente previste, è bene ricordare, pene particolarmente lievi).

Come si è visto, la “criminologia della guerra” e gli studi sui *corporate crimes* forniscono validi argomenti a sostegno dell'esigenza di criminalizzare le condotte elusive delle misure restrittive in maniera uniforme su scala europea, prevedendo pene detentive che rispecchino adeguatamente la gravità dell'illecito. La ancora breve ma positiva esperienza maturata dalla Procura europea nell'esercitare l'azione penale nell'ambito dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione ha indotto il Ministro della giustizia francese e quello tedesco a proporre un ampliamento della competenza della Procura stessa, volto a includervi l'inosservanza delle sanzioni UE<sup>31</sup>. La proposta deve essere accolta con favore, considerato che, in assenza di un approccio investigativo condiviso su scala europea, l'armonizzazione penale non sarà mai davvero effettiva. Sono questi gli obiettivi e le sfide futuri per il legislatore europeo e la dottrina, nello scenario di una *postnational criminal justice era* e di un diritto penale sempre più globale<sup>32</sup>.

## Bibliografia

APARAC, Jelena (2020): “Business and Armed Non-State Groups: Challenging the Landscape of Corporate (Un)accountability in Armed Conflicts”, *Business and Human Rights Journal*, 5, 2, pp. 270-275

ARROYO ZAPATERO, Luis e MUÑOZ MORALES, Marta (2012): “L'harmonisation autonome”, in GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève e LAZERGES, Christine, *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* (Parigi, Société de Législation Comparée), pp. 113-139

BEAUMONT, Peter (2023): “The invasion of Iraq was a turning point on to a path that led towards Ukraine”, *The Guardian*, [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)

BRANTS, Chrisje (2007): “Gold-Collar Crime: The Peculiar Complexities and Ambiguities of War Crimes, Crimes Against Humanity, and Genocide”, in PONTELL, Henry N. e GEIS, Gilbert (editors), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime* (New York, Springer), pp. 309-326

BREHM, Hollie Nyseth (2017): “Re-examining risk factors of genocide”, *Journal of Genocide Research*, 19, 1, pp. 61-87

<sup>31</sup> DUPOND-MORETTI e BUSCHMANN (2022).

<sup>32</sup> NIETO (2022).

CHAPPELL, Duncan e POLK, Kenneth (2014): “The Peculiar Problem of Art Theft”, in CHAPPELL, Duncan e HUFNAGEL, Saskia (editors), *Contemporary Perspectives on the Detection, Investigation and Prosecution of Art Crime* (Londra-New York, Routledge)

CHAUMETTE, Anne-Laure (2022): “Crimes de guerre en Ukraine: que peut la justice?”, *Le Blog des Juristes*, 18 marzo, [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

DE MIGUEL, Bernardo (2022): “La UE promueve la confiscación de bienes rusos para pagar la reconstrucción de Ucrania”, *El País*, 9 maggio, [elpais.com](http://elpais.com)

DELAFORCE, Ruth (2016): “Police Pluralisation and Private Security”, in MCGARRY, Ross e WALKLATE, Sandra (editors), *The Palgrave Handbook of Criminology and War* (Londra, Palgrave Macmillan)

DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH, Mark e SIEBER, Ulrich (editors, 2008): *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising Criminal Law* (Parigi, Société de législation comparée)

DORNBIERER, Andrew (2023): “From sanctions to confiscation while upholding the rule of law”, *Basel Institute on Governance Working Paper*, 42, [baselgovernance.org](http://baselgovernance.org)

DUPOND-MORETTI, Eric e BUSCHMANN, Marco (2022): “L'appel des ministres français et allemand de la justice: «Nous souhaitons l'extension de la compétence du parquet européen aux violations des sanctions prises par l'UE»”, *Le Monde*, 29 novembre, [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)

GAUTIER, Louis (2021): *Mondes en Guerre. Guerre sans frontières* (Parigi, Passés/Composés)

GAUTIER, Louis (2022): “La guerre bâtarde, Ukraine, guerre hybride, guerre ouverte et technologie”, *Revue Défense Nationale*, 6, 851, pp. 15-32

GLUECK, Sheldon (1944): *War criminals. Their prosecution and Punishment* (New York, Alfred A. Knopf)

HOLA, Barbora, NYSETH NZITATIRA, Hollie e WEERDESTEIJN, Maartje (editors, 2022) *Oxford Handbook of Atrocity Crimes* (Oxford, Oxford University Press)

HOOD, Roger (2004): “Hermann Mannheim and Max Grünhut: Criminological Pioneers in London and Oxford”, *British Journal of Criminology*, 4, pp. 469-495

JAMIESON, Ruth (editor, 2014): *The Criminology of War* (Londra & New York, Routledge)

JAMIESON, Ruth (1998): “Towards a Criminology of War in Europe”, in RUGGIERO, Vincenzo *et al.* (editors), *The New European Criminology: Crime and Social Order in Europe* (Londra & New York, Routledge), pp. 480-506.

KILCHLING, Michael (2022): “Beyond Freezing? The EU's Targeted Sanctions against Russia's Political and Economic Elites, and their Implementation and Further Tightening in Germany”, *eucri*, 2, pp. 136-146

KNUST, Nandor (2013): *Strafrecht und Gacaca – Entwicklung eines pluralistischen Rechtsmodells am Beispiel des ruandischen Völkermordes* (Berlino, Duncker & Humblot)

KRAHMANN, Elke e FRIESENDORF, Cornelius (2011): “The Role of Private Security Companies (PSCs) in CSDP Missions and Operations”, *Directorate-General for External Policies of the Union*, pp. 1-45.

LANCEREAU, Guillaume (2023): “El discurso de Putin: la política interior del agresor”, *Le grand Continent*, [legrandcontinent.eu](http://legrandcontinent.eu)

LAUTERPACHT, Elihu (2010): *The Life of Hersch Lauterpacht* (Cambridge, Cambridge University Press)

- LAVAL, Pierre-François (2022): “Guerre en Ukraine: faut-il créer un tribunal spécial international pour juger le crime d’agression commis par la Russie?”, *Le Blog des Juristes*, 9 dicembre, [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)
- MANACORDA, Stefano e CHAPPELL, Duncan (editors, 2011): *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property* (New York, Springer)
- MANNHEIM, Hermann (1941): *War and Crime* (Londra, Watts & Co.)
- MARCUS, J.L. (1993), “Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness”, *The Yale Law Journal*, 102, 8, pp. 2231-2257
- McFADYEAN, Andrew (1938): “International Sanctions. A Report by a Group of Members of the Royal Institute of International Affairs”, *International Affairs*, 17, 3, pp. 432-433.
- McGARRY, Ross e WALKLATE, Sandra (editors, 2016): *The Palgrave Handbook of Criminology and War* (Londra, Palgrave Macmillan)
- MOISEIENKO, Anton (2023): “Sanctions, Confiscation and the Rule of Law”, *Revue Européenne du Droit*, 5, [geopolitique.eu](http://geopolitique.eu)
- MULDER, Nicholas (2022): *The Economic Weapon. The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War* (New Haven, Yale University Press)
- MUÑOZ DE MORALES, Marta e ARROYO ZAPATERO, Luis (2010): “Le contrôle des choix de Pénalisation : effets directs et indirects”, in GIUDICELLI DELAGE, Geneviève (directrice) et al. (2010), *Cour de Justice et Justice Pénal* (Parigi, Société de Législation Comparée), pp. 23-55
- NIELSEN, Jeff (2022): “Considering the EU Commission’ proposal on its Directive for Criminal Penalties for Violations of Restrictive Measures in the Context of a Comparative Analysis with United States Sanction Enforcement”, 22 novembre, [ssrn.com](http://ssrn.com)
- NIETO, Adán (2022): *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century* (Londra, Palgrave Macmillan)
- PIERRE, Alexia (2015): “Le crime de masse en criminologie”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, pp. 627-637
- PINGEN, Anna (2023): “Annulment of Restrictive Measures Applied to Mother of Wagner Group Founder”, *eucri*, 10 marzo, [eucri.eu](http://eucri.eu)
- POLK, Kenneth e CHAPPELL, Duncan (2009): “Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud”, *Current Issues in Criminal Justice*, 20, 3, pp. 393-412
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (2008): *La ignorancia deliberada en Derecho penal* (Barcelona, Atelier)
- REBUT, Didier (2022): “L’ajout de la violation des sanctions européennes contre la Russie à la liste des infractions pénales de l’Union européenne: Signification, portée et perspective”, *Le Blog des Juristes*, 2 dicembre, [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)
- ROSSI, Francesco (2022): “Un’introduzione al problema dell’‘ignoranza deliberata’ nella teoria dell’elemento soggettivo del reato”, *La legislazione penale*, 27 settembre, pp. 1-42
- SANDS, Philippe (2017): *Calle Este-Oeste. Sobre los orígenes de genocidio y crímenes contra la humanidad* (Barcelona, Anagrama)
- SARCH, Alexander (2019): *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don’t* (Oxford, Oxford University Press)
- SCHABAS, William (2022): “La Justice pénale et la guerre en Ukraine”, *Le Club des Juristes*, 19 marzo, [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

SMEULERS, Alette e GRÜNFELD, Fred (2011): *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations: A Multi- and Interdisciplinary Textbook* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers)

SMEULERS, Alette e HAVEMAN, Roelof (editors, 2008): *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes* (Antwerp, Intersentia)

TIEDEMANN, Klaus (2017): *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed. (Monaco, Vahlen)

TIEDEMANN, Klaus (director) e NIETO, Adán (coordinador, 2005): *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha)

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY (2022): “Russian Elites, Proxies, and Oligarchs Task Force Joint Statement”, 29 giugno, *home.treasury.gov*

ZAFFARONI, Raúl (2009): “Can Criminal Law Really Contribute to the Prevention of Crimes against Humanity?”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 10, pp. 2-25

ZAFFARONI, Raúl (2007): “El crimen de Estado como objeto de la criminología”, in García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coordinadores), *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología* (Città del Messico, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 19-34

## INTERPRETAZIONE E DIRITTO PENALE

### *INTERPRETACIÓN Y DERECHO PENAL*

### *INTERPRETATION AND CRIMINAL LAW*

- 16 **L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto.**  
**Alcune vicende esemplari**  
*La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto.*  
*Algunos casos ejemplares*  
*Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case.*  
*Some Exemplary Cases*  
Giovanni Cocco
- 31 **Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea**  
*Nuevos problemas y nuevas soluciones para el derecho penal contemporáneo*  
*New Problems and New Solutions for Contemporary Criminal Law*  
Massimo Vogliotti
- 54 **L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore**  
*La analogía in bonam partem en el derecho penal. Una reflexión sobre la naturaleza "excepcional" de las normas penales favorables*  
*Analogy in Bonam Partem in Criminal Law. A Reflection on the "Exceptional" Nature of Favorable Criminal Laws*  
Roberto D'Andrea

# L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari

*La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto. Algunos casos ejemplares*

*Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case. Some Exemplary Cases*

GIOVANNI COCCO

*Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Padova  
giovanni.cocco@unipd.it*

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE,  
DIRITTO PENALE COMPARATO

INTERPRETACIÓN LEGAL,  
DERECHO PENAL COMPARADO

LEGAL INTERPRETATION,  
COMPARATIVE CRIMINAL LAW

---

---

## ABSTRACTS

Il saggio propone – con l'approfondimento di alcuni casi esemplari, statunitensi e italiani – la regola interpretativa secondo cui i giudici debbono guardare oltre i casi concreti di volta in volta esaminati verso l'intera classe dei casi delimitati dalla descrizione legislativa per attribuire al testo normativo un significato preciso che consenta la soluzione corretta del caso e si proponga come valido precedente per le decisioni future.

El ensayo propone, a través del análisis de algunos casos ejemplares, tanto estadounidenses como italianos, la regla interpretativa según la cual los jueces, en lugar de mirar exclusivamente los casos específicos examinados en cada momento, debieran tener en consideración toda la clase de casos delimitada por la descripción legislativa, para así atribuir al texto normativo un significado preciso que permita la solución correcta del caso y sirva como precedente válido para futuras decisiones.

The essay proposes – through the analysis of some exemplary cases, both American and Italian – the interpretative rule according to which judges must look beyond the specific cases examined from time to time towards the entire class of cases delimited by legislative description to attribute to the legal text a precise meaning that allows the correct solution of the case and serves as a valid precedent for future decisions.



## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. Da Margiotta v. United States (1983) a Skilling v. United States (2010). – 3. La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. La decisione della Corte Suprema USA Percoco v. United States (2023). – 4. Alcuni casi esemplari italiani. Le peculiarità del concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta. – 5. Alcuni casi esemplari italiani. La "prostituzione" minorile. – 6. Conclusioni.

## 1.

## Introduzione.

Nell'ambito della ricostruzione delle regole interpretative in materia penale proprie dello stato di diritto e della *rule of law*, in conformità al principio di legalità, declinato come riserva di legge, tassatività e determinatezza, in particolare marcando la differenza con la *common law*<sup>1</sup>, può porsi la regola secondo la quale il giudice, quando ricerca il principio in diritto utile per la decisione, non solo deve interrogarsi sulle finalità legislative<sup>2</sup>, ma deve anche seguire la logica del legislatore, cioè, deve guardare oltre il caso al suo esame verso l'intera classe di casi delimitati dalla descrizione legislativa<sup>3</sup>, affinché la sua interpretazione attribuisca un significato al testo normativo in grado di renderlo più preciso e determinato ovvero certo in termini generali e astratti<sup>4</sup>. Insomma, nello stato di diritto la interpretazione giudiziale non è la ricerca di un principio che, specificando la legge, si accontenti di risolvere il caso concreto nei termini ritenuti corretti, ma è l'individuazione di un principio che, oltre a consentire la soluzione corretta del caso *sub iudice*, costituisca un valido precedente per le decisioni future, puntualizzando l'ambito del penalmente rilevante. Procedendo nel percorso dalla casistica alle regole che ha segnato il superamento dell'*Ancien Régime*<sup>5</sup>.

Pur non essendo molto dissimile, in sostanza, dalla definizione di precedente della *common law*<sup>6</sup>, l'assunto si oppone all'affermazione della creatività della giurisdizione che procede dal carattere di *case law* del diritto giurisprudenziale vivente affermatosi in Italia negli anni Duemila<sup>7</sup>, che non pare in sintonia (oltre che con i nostri valori in materia penale) con l'esemplare progredire della elaborazione statunitense, che all'epoca il *case law* abbandonava<sup>8</sup>, mentre da noi si guardava come chiave di lettura della contemporaneità a un diritto ormai moribondo.

In estrema sintesi, parimenti, l'assunto pare porsi in contrasto con la affermazione, da un lato, aristotelica, e, dall'altro, gadameriana, dell'equità in contrapposizione alla legge generale e astratta, vista come una «lacuna» o «insufficienza», o addirittura un'«omissione», un «errore», o una manchevolezza; cosicché, della legge, l'equità sarebbe «un correttivo» o «un mezzo di completamento» o «un perfezionamento creativo»<sup>9</sup>. Si tratta, in particolare, del coerente superamento (anche logico, confermato dall'esperienza statunitense) dell'argomento aristotelico-tomista dell'equità che giustificava nell'antico regime la giurisprudenza creatrice, contro cui si opposero gli illuministi<sup>10</sup>, che, in definitiva, segna la nascita del diritto penale liberale.

In altre parole, il principio utilizzato per la decisione non deve essere, per ampiezza e inde-

<sup>1</sup> Affronto il tema nei recenti saggi: Cocco (2023e); Cocco (2023a). Per la base di tutte le riflessioni sull'interpretazione rinvio a Cocco (2023b), pp. 1398 ss. In tali scritti sono contenuti ampi riferimenti a letteratura e giurisprudenza (anche statunitense) implicitamente richiamate nel presente.

<sup>2</sup> Come sottolineato in particolare nel saggio Cocco (2023e), loc. cit.

<sup>3</sup> Non si può non convenire con MANZINI (1920), p. 234, n. 137, quando contesta a FERRI, (1928), pp. 184 ss. (ampi stralci del § 45, su *Interpretazione della legge penale*, in *DPUomo* 14.4.2021) di confondere interpretazione con applicazione, perché quest'ultimo afferma che il giudice «deve dare a tale norma un'interpretazione restrittiva, cioè più favorevole, all'imputato, quando si tratti dei delinquenti meno pericolosi ed una interpretazione estensiva, cioè più favorevole alla difesa sociale, quando si tratti dei delinquenti più pericolosi».

<sup>4</sup> Il principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge (che ho approfondito nel saggio Cocco (2023e), cit., a cui rinvio per i riferimenti dottrinali) passa attraverso la individuazione di vincoli interpretativi per il giudice (tra i tanti, in sintesi, HASSEMER (1992), pp. 199 ss.) uno dei quali sottolineo in questo saggio.

<sup>5</sup> Una interessante recente lettura storica in PIFFERI (2023), pp. 401 ss., che si misura con il pensiero di Filangieri (su cui anche Cocco (2016), pp. 9 ss.). Sul concetto di caso la originale riflessione di DI MARTINO (2020), pp. 357 ss.

<sup>6</sup> Cfr. DAMOSSO (2022), pp. 24 ss., che riprende la definizione di SALMOND (1901), p. 174.

<sup>7</sup> Pur magistralmente proposta da GALGANO (2005), p. 154.

<sup>8</sup> V. Cocco (2023e), loc. cit.

<sup>9</sup> Per una sintesi critica di tali posizioni v., per tutti, FERRAJOLI (2016), p. 28.

<sup>10</sup> V. una ricostruzione in Cocco (2016), in part. §§ 2 e 3. La critica pare potersi estendere, *mutatis mutandis*, agli studiosi contemporanei per i quali nessuna regola potrebbe essere interpretata prima, e al di fuori, della sua applicazione ai casi (tra gli altri, pur con differenti accenti, CARLIZZI (2010), pp. 92 ss.; DI GIOVINE (2006), pp. 18 ss., cap. II e III, e pp. 253 ss.; FIANDACA (2001), pp. 353 ss.; VOGLIOTTI (2011), pp. 53 ss.; VOGLIOTTI (2015), pp. 131 ss., pp. 162 ss.; nonché TRAPANI (2017), spec. p. 17; e RONCO (2006), pp. 693 ss.). Cenni critici su tali posizioni anche in DONINI (2018), pp. 86 ss..

terminatezza, che comunemente l'adattabilità al caso concreto non evidenzia, tale da gettare un'ombra su altre attività estranee alla sfera dell'illecito, con l'effetto di comportare, come si sottolinea <sup>11</sup>, il rischio di una definizione del reato che si presti a future decisioni individualizzate e non disinteressate, sul piano politico, economico, sociale, culturale, etc.; ma, soprattutto, non deve essere l'effetto della creazione di una norma strettamente legata al caso e, dunque, *ad personam* che viola alla radice lo stesso concetto di legge, destinata ad alimentare ulteriori innovazioni su altri fatti, implicando un carattere aperto, flessibile, progressivo, contrario agli appropriati vincoli dello Stato di diritto sull'uso delle sanzioni penali

Siffatte interpretazioni, con l'ampliamento non ponderato della responsabilità penale, oltre a generare procedimenti penali di estrema incertezza e onerosità, si riverberano spesso, per non dire sempre, in termini negativi sui diritti di libertà dei cittadini e sullo svolgimento di attività socialmente utili, da quella politica a quella economica. D'altra parte, la usuale pretesa, che ne è alla base, di colmare lacune legislative non solo non le giustifica perché viola la divisione dei poteri, ma è anche deprecabile sul piano politico-criminale, a maggior ragione in presenza dell'evidente eccesso dell'uso del diritto penale che caratterizza l'attuale situazione degli ordinamenti penali dei paesi liberaldemocratici.

Insomma, l'interpretazione della fattispecie incriminatrice deve essere capace di offrirne una lettura che escluda ambiguità puntualizzandone i contorni e, perciò, eviti per il futuro abusi, non deve quindi essere rivolta alla mera soluzione del caso concreto, la cui correttezza altrimenti potrebbe darle una apparente legittimazione, sebbene in realtà, oltre a essere *ad personam* e dunque in violazione del principio di eguaglianza, per la sua limitata prospettiva potrebbe non garantire una puntuale e omogenea applicazione della legge.

È nota la reciproca interdipendenza nel processo tra l'operazione diretta a ricostruire il fatto e quella che ha a oggetto la qualificazione giuridica dello stesso, a cui fanno riferimento alcune teorizzazioni proposte dai processualisti <sup>12</sup>. È chiaro però che, qualunque utilizzo si voglia fare di siffatta constatazione, per le regole dello stato di diritto la interpretazione della legge non può essere forzatamente adattata al fatto, come invece in qualche misura consente la logica della *common law*, quanto meno secondo la classica lettura di Blackstone <sup>13</sup>, sempre pronta strutturalmente a riconoscere l'erroneità della scoperta e della dichiarazione del diritto da parte del giudice del singolo caso (il precedente di *common law*) <sup>14</sup>.

## 2.

### La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. Da *Margiotta v. United States* (1983) a *Skilling v. United States* (2010).

In questa prospettiva mi appare assumere un significato esemplare la vicenda giudiziaria statunitense in materia di frode postale c.d. "in servizi onesti" (*honest-services fraud*) (18 USC § 1841), ovvero che priva l'ente governativo competente (e quindi, per estensione, il pubblico) del diritto a ricevere servizi onesti. Vicenda recentemente conclusasi (ma non è detta l'ultima parola), in cui si susseguono per quarant'anni discordanti interpretazioni, a partire dalla decisione della Corte d'appello Secondo circuito, *United States v. Margiotta* del 1982 <sup>15</sup>, che applica la previsione della frode postale alla lesione con siffatto mezzo del diritto dei cittadini al buon governo (c.d. *frode in servizi onesti*) - fino ad allora applicata ai soli pubblici funzionari <sup>16</sup> - a un privato cittadino, influente politico, che partecipa in modo sostanziale all'attività di governo,

<sup>11</sup> JEFFRIES (1985), pp. 220-221, pone l'accento su tale aspetto.

<sup>12</sup> UBERTIS (1979), pp. 25 ss.; MAZZARESE (1992), pp. 294 ss.; VOGLIOTTI (2007), pp. 54 ss.; ORLANDI (2007), pp. 3 ss.; QUATTROCOLO (2011), pp. 61 ss.; CASSIBBA (2016), pp. 66-67.

<sup>13</sup> BLACKSTONE (1765-1769), pp. 70-71.

<sup>14</sup> Approfondisco il tema in Cocco (2023e), loc. cit.. In argomento, in una differente prospettiva, cfr., recentemente, CATERINI e ZINGALES (2023), p. 6.

<sup>15</sup> United States Court of Appeals, Second Circuit, *United States v. Margiotta* (27.7.1982), 688 F.2d 108. La Suprema Corte USA rifiutò di rivedere detta decisione [cert. denied, 461 U.S. 913 (1983)].

<sup>16</sup> La stessa rilevanza penale della frode (postale) ai cittadini del loro diritto al buon governo, affermata dalla giurisprudenza precedente alla decisione Margiotta del 1982 con riguardo ai pubblici funzionari, appare di per sé molto discutibile per la sua indeterminatezza (cfr., tra gli altri all'epoca, GRAY (1980), pp. 562 ss.), come poi affermato dalla Corte Suprema USA, *McNally v. United States* (24.6.1987), 483 U.S. 350 ss. (v. avanti, in questo par.), nonché dall'opinione del giudice Gorsuch in Corte Suprema USA, *Percoco v. United States* (11.5.2023), No. 21-1158 (v. *infra*, par. seg.).

a cui si attribuisce il dovere fiduciario verso la generalità della cittadinanza di non privarla di alcuni diritti politici intangibili<sup>17</sup>. Il fatto imputato al privato consiste nell'aver influenzato scelte della amministrazione pubblica, favorendo interessi privati o comunque ad essa estranei, in particolare, con l'indicazione ai funzionari pubblici, sui quali il privato ha influenza per il suo ruolo politico, di un broker per le assicurazioni dei beni della città e della contea in cui opera, broker che poi trasferisce parte delle provvigioni a soggetti terzi indicati dal politico, nonché condizionando assunzioni e promozioni di dipendenti pubblici nell'ambito della pubblica amministrazione locale.

Il punto interessante ai nostri fini della decisione non concerne tanto il difetto di prevedibilità (o del giusto avvertimento) per l'agente della rilevanza penale del suo comportamento, la cui sussistenza potrebbe essere argomentata sulla base del comportamento tenuto non certamente ortodosso, quanto l'ampiezza del suo raggio d'azione come precedente. La decisione Margiotta abbandona la limitazione della responsabilità per frode in servizi onesti ai pubblici funzionari per estenderla a quei soggetti politicamente importanti servendosi delle "linee guida" dell'affidamento che i terzi fanno sull'agente a causa di una relazione speciale con il governo e del controllo di fatto delle decisioni di governo, caratteri molto generici e ampi attribuibili a chiunque abbia un ruolo politicamente importante, che accomuna i politici di ogni colore e, tra gli altri, i sindacalisti<sup>18</sup>.

Il risultato è una prospettiva estremamente mal definita di responsabilità penale concernente influenti cittadini privati la cui partecipazione alla vita politica si presenti al di sotto degli standard della corretta educazione civica<sup>19</sup>.

L'opinione dissenziente dal giudice Winter evidenzia, infatti, che la decisione trasforma la frode postale in «un divieto assoluto di falsità politica», poiché è sufficiente perché sussista la responsabilità penale l'uso della corrispondenza per scopi politici da parte di un soggetto sufficientemente importante da essere trattato come un fiduciario e l'omissione da parte sua della rivelazione di un fatto materiale noto, ovvero è sufficiente che un leader politico sostenga il candidato meno qualificato perché promette di collaborare con l'organizzazione del partito se tale fatto non venga reso pubblico.

Viene fornita, insomma, una interpretazione della fattispecie incriminatrice (evidentemente determinata dalla figura dell'accusato) incapace di escludere ambiguità e, perciò, di evitare per il futuro abusi e che produce un ampliamento indeterminato della responsabilità per frode postale tale da incidere negativamente sullo svolgimento di una attività socialmente utile quale quella politica, oltre a generare procedimenti penali di estrema incertezza e onerosità<sup>20</sup>, in assenza oltretutto di una effettiva carenza di tutela contro i comportamenti più insidiosi dei privati<sup>21</sup>.

In definitiva, si evidenzia un *errore cruciale* costituito dall'incapacità di valutare i pericoli della reintroduzione giudiziaria della metodologia della *common law*, strettamente legata al caso, così offendendo in modo significativo e in gran parte inutile i valori della *rule of law*<sup>22</sup>.

Dalla decisione *Margiotta* del 1983 si avvia negli U.S.A. una vicenda giurisprudenziale e legislativa che presenta profili di grande interesse e attualità. Pochi anni dopo, con la decisione sul caso *McNally* del 1987<sup>23</sup>, la Corte Suprema USA - essenzialmente mossa da preoccupazioni di indeterminatezza<sup>24</sup> - nega radicalmente la legittimità allo stesso concetto di frode (postale) in servizi onesti, evidenziando che il §1341 protegge «chiaramente i diritti di proprietà» e non tutela interessi più astratti come il diritto a un «onesto governo»<sup>25</sup>. Invita pertanto il Congresso, laddove intenda estendere la tutela della legge a qualcosa di più dei soli diritti di proprietà, a «parlare più chiaramente di quanto ha fatto».

Il Congresso risponde immediatamente introducendo nel 1988 la previsione del 18 U.S.C.

<sup>17</sup> L'accusa per frode postale concerne specificamente l'utilizzo di detto mezzo privando i cittadini del diritto a che i loro affari siano condotti «onestamente, imparzialmente, liberi da concussione, corruzione, frode, disonestà, parzialità e inganno», nonché del diritto alla partecipazione «onesta e fedele» del Margiotta alle loro vicende.

<sup>18</sup> V. COFFEE (1981), pp. 117 ss., in part. pp. 144 ss..

<sup>19</sup> Cfr. JEFFRIES (1985), pp. 220 ss..

<sup>20</sup> JEFFRIES (1985), loc. cit.

<sup>21</sup> Si sottolinea, infatti, che non contengono significative lacune di tutela l'insieme delle leggi esistenti contro la corruzione, l'estorsione, le false dichiarazioni e l'ostruzione alla giustizia, nonché la stessa applicazione della teoria della frode postale in servizi onesti ai pubblici agenti (v. GRAY (1980), pp. 562 ss.).

<sup>22</sup> Cfr. JEFFRIES (1985), loc. cit.

<sup>23</sup> Corte Suprema USA, *McNally v. United States* (24.6.1987), 483 U.S. 350.

<sup>24</sup> Corte Suprema USA, *McNally v. United States*, 483 U.S. 360.

<sup>25</sup> Corte Suprema USA, *McNally v. United States*, 483 U.S. 355, 356.

§1346, la quale prevede che il termine «sistema o artificio per frodare», che appare sia nel §1341 (frode postale) che nel §1343 (frode via cavo), «comprende un sistema o artificio per privare altri del diritto intangibile a servizi onesti»<sup>26</sup>. La nuova legge dissipa ogni dubbio sulla volontà del Congresso di tutelare il diritto a «servizi onesti» con le norme sulle frodi postali e sulle frodi via cavo, ma non affronta la preoccupazione della decisione *McNally v. United States* relativa alla indeterminatezza della frase «frode in servizi onesti». Niente, infatti, nella nuova legge tenta di determinare quando sorga il dovere di servizi onesti, quali fonti di legge creino tale dovere o in che cosa consista la sua violazione. Né la nuova legge fa riferimento ad alcuna parte del codice penale federale che possa chiarire il concetto.

Ma la storia prosegue. Vent'anni dopo, nel caso *Skilling* del 2010<sup>27</sup>, la Corte Suprema USA respinge la contestazione di indeterminatezza del §1346 e chiarisce, in uno sforzo di delimitazione della fattispecie, che «il diritto intangibile a servizi onesti» ivi previsto<sup>28</sup> si riferisce a «sistemi fraudolenti per privare altri di servizi onesti attraverso tangenti o mazzette fornite da una terza parte che non è stata ingannata»<sup>29</sup>, ritenendo che chi attui tali sistemi abbia ragioni sufficienti per sapere che la condotta è vietata.

Peraltro, si tratta di una decisione a maggioranza: i giudici Scalia, Kennedy e Thomas non aderiscono al *salvataggio* della previsione operata dalla maggioranza e considerano la decisione *Skilling* come un atto «non di interpretazione ma di invenzione» (“not interpretation but invention”). In particolare, escludono che la legge limiti alla presenza di tangenti o bustarelle le violazioni del dovere di servizi onesti, rilevando che nessun tribunale di grado inferiore ha in precedenza così limitato il concetto, e negano, comunque, che il potere giudiziario possa «sostituire un vago standard penale adottato dal Congresso con uno più ristretto (incluso in quello vago)»<sup>30</sup>. Per altro verso, i giudici dissenzienti evidenziano che la decisione non risolve l'indeterminatezza più grave della teoria della frode in servizi onesti, poiché non viene spiegato quali siano i tipi di rapporto fiduciario sufficienti a far sorgere un dovere di servizi onesti, in particolare quali soggetti vi siano tenuti (agenti governativi o anche privati che contraggono con il pubblico o chi comunque abbia una sorta di responsabilità fiduciaria nei confronti di altri come un dirigente d'azienda) e quali siano le fonti normative del dovere fiduciario.

### 3. La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. La decisione della Corte Suprema USA *Percoco v. United States* (2023).

Tuttavia, nemmeno lo sforzo della decisione *Skilling* di delimitare la fattispecie incriminatrice appare decisivo nella recente vicenda che vede accusato Joseph Percoco, tra l'altro, di associazione a delinquere finalizzata a commettere frode telematica in servizi onesti ai sensi dei 18 U.S.C. §§1343, 1346 e 1349, a causa della sua interferenza, nel breve periodo in cui è privo di un ruolo pubblico, nei rapporti tra un privato ed un ente pubblico.

Percoco è vice-segretario esecutivo del governatore di New York Andrew Cuomo dal 2011 al 2016, posizione che gli conferisce un'ampia sfera di influenza sul processo decisionale statale. Nel 2014, per un breve periodo di otto mesi, Percoco si dimette dal servizio governativo dovendo gestire la campagna di rielezione di Cuomo, riletto il quale riassume nel dicembre 2016 il ruolo pubblico precedente. Nel breve periodo da privato Percoco accetta pagamenti per un totale di 35.000 dollari per assistere una società di sviluppo immobiliare nei suoi rapporti con l'agenzia statale *Empire State Development (E.S.D.)* ed accade che - il giorno successivo all'esortazione di Percoco, rivolta a un alto funzionario dell'*E.S.D.*, a rinunciare a richiedere alla società assistita la stipula con i sindacati locali di un “accordo di pace sul lavoro” quale condizione per ricevere finanziamenti statali - l'*E.S.D.* informi detta società che l'accordo

<sup>26</sup> La previsione, introdotta il 18.11.1988, recita: «For the purposes of this chapter, the term “scheme or artifice to defraud” includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services».

<sup>27</sup> Corte Suprema USA, *Skilling v. United States* (24.6.2010), 561 U.S. 358.

<sup>28</sup> Che la Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., esclude possa essere ritenuto indeterminato a causa di alcune decisioni precedenti alla citata decisione *McNally*.

<sup>29</sup> Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., 561 U.S. 404: «fraudulent schemes to deprive another of honest services through bribes or kickbacks supplied by a third party who had not been deceived»; inoltre, 407, 410, 412.

<sup>30</sup> Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., 561 U.S. 422, 423: opinione di Scalia.

non è più necessario.

Percoco subisce, dunque, una condanna in primo grado sulla base dell'indicazione alla giuria che l'accusato avrebbe dovuto fornire servizi onesti al pubblico durante il periodo in cui non prestava servizio come pubblico agente qualora la giuria concluda, in primo luogo, che «dominava e controllava qualsiasi attività governativa» e, in secondo luogo, che «le persone che lavoravano nel governo in realtà contavano su di lui a causa del rapporto speciale che aveva con il governo».

Nel 2021, la Corte d'appello U.S.A., Secondo circuito, conferma la condanna affermando che il Congresso con la previsione del 1988 sopra citata ha effettivamente ripristinato i principi della nota decisione *Margiotta* del 1983<sup>31</sup>.

Infine, la decisione della Corte Suprema U.S.A. *Percoco v. United States*, No. 21-1158, dell'11.5.2023, estensore il giudice Alito - pur non accogliendo l'argomentazione del ricorrente Percoco<sup>32</sup>, che nega la possibilità che un privato cittadino possa essere condannato per aver privato il pubblico di servizi onesti - esclude, tuttavia, che «il dovere immateriale di servizi onesti» codificato nel §1346 si estenda a tutti i privati<sup>33</sup>. In particolare, in primo luogo, afferma l'erroneità delle istruzioni date alla giuria nel giudizio di primo grado, basate sulla *teoria Margiotta*, perché il criterio ricavato dalla decisione *Margiotta* è troppo vago e implica che il pubblico abbia diritto ai servizi onesti di un privato ogni volta che il peso di quel privato supera una soglia mal definita. Inoltre, afferma - richiamando il proprio precedente *McDonnell v. United States* del 2016<sup>34</sup>, che a sua volta rinvia alla sopra citata decisione *Skilling*<sup>35</sup> - che le istruzioni alla giuria non hanno definito il diritto intangibile a servizi onesti «con sufficiente chiarezza affinché la gente comune possa capire quale condotta è vietata» o «in un modo che non incoraggi un'applicazione arbitraria e discriminatoria»<sup>36</sup>.

La decisione *Percoco* evidenzia che la decisione *Margiotta* fissa un limite basso per la rilevanza penale del comportamento del privato, vale a dire il punto oltre il quale l'influenza di un imputato supera la «partecipazione minima ai processi di governo». Nota, peraltro, che le istruzioni date dal primo giudice nel caso Percoco richiedono qualcosa di più, vale a dire la prova del «dominio», ma si chiede cosa significhi ciò in termini concreti, se sia sufficiente che un funzionario eletto segua quasi sempre le indicazioni di un consigliere politico di lunga data, o che un funzionario si affidi fortemente alle raccomandazioni proposte da un predecessore, un familiare o un vecchio amico molto rispettato, concludendo per l'indeterminatezza del criterio.

Il Governo U.S.A. non difende, d'altra parte, le istruzioni date alla giuria in questione come esatta affermazione della legge, ma sostiene che l'imprecisione delle istruzioni costituiscono un errore irrilevante, precisando che un privato ha il dovere di fornire servizi onesti in due circostanze specifiche: «quando la persona è stata selezionata per lavorare per il governo» in futuro, nonché «quando la persona esercita (di fatto) le funzioni di una posizione governativa con l'acquiescenza del personale governativo interessato». Par contro, della prima circostanza la Corte Suprema evidenzia l'estraneità alle istruzioni date alla giuria, mentre alla seconda obietta di riaffermare la errata interpretazione della legge della decisione *Margiotta*.

In conclusione, la Suprema Corte annulla la decisione della Corte d'appello, con rinvio ad un nuovo giudizio che si esprima coerentemente con l'opinione espressa.

L'opinione del giudice Gorsuch<sup>37</sup>, pur concordante con la decisione, è ancora più netta, perché reputa che nessun tipo di istruzione alla giuria possa migliorare le cose, in quanto «ad oggi, nessuno sa cosa comprenda la «frode in servizi onesti». Gorsuch ripercorre la storia della frode in servizi onesti risalente ai primi anni '40, quando un gruppo di tribunali di grado inferiore iniziarono a forzare la frase «sistema o artificio per frodare» della legge federale sulle frodi postali (18 USC §1341), ed afferma che, pur essendo compreso da tutti che la frase riguarda

<sup>31</sup> United States Court of Appeals, Second Circuit, *United States v. Percoco et al* (8.9.2021), 13 F. 4th 180, 196: «Congress effectively reinstated the *Margiotta*-theory cases by adopting statutory language that covered the theory».

<sup>32</sup> Percoco chiede alla Corte Suprema di decidere se un privato cittadino che «ha un'influenza politica informale o di altro tipo sul processo decisionale governativo» possa essere condannato per frode in servizi onesti.

<sup>33</sup> Afferma, infatti, la Corte Suprema che: «Through principles of agency, an individual who is not a formal employee of a government may become an actual agent of the government by agreement, and thereby have a fiduciary duty to the government and thus to the public it serves».

<sup>34</sup> Corte Suprema USA, *McDonnell v. United States* (27.6.2016), 579 U.S. 550, 576.

<sup>35</sup> Corte Suprema USA, *Skilling v. United States* (24.6.2010), 561 U.S. 402-403.

<sup>36</sup> Sullo stretto rapporto tra principio di determinatezza e principio di eguaglianza, affermato dalla Corte Suprema v. Cocco (2023a), loc. cit., e la giurisprudenza della Corte Suprema USA ivi citata.

<sup>37</sup> Delinea i tratti essenziali del pensiero dei giudici Scalia e Gorsuch INSOLERA (2017), pp. 134 ss.

i tentativi di truffare denaro o proprietà, quei tribunali estesero il significato della frase anche ai programmi volti a privare altri di “diritti immateriali”, compreso il diritto a “servizi onesti”, non avendo peraltro una visione omogenea del nuovo concetto di “frode in servizi onesti” e scontrandosi su tutto: su chi ha il dovere di rendere servizi onesti, sulle fonti di diritto che possono dare origine a tale dovere, sui tipi di azioni che ne costituiscono una violazione<sup>38</sup>. Conclude, di conseguenza, Gorsuch che la promessa costituzionale di un giusto processo non tollera questo tipo di incertezza nelle leggi statunitensi, soprattutto in materia penale, perché leggi vaghe, inammissibilmente, «consegnano la responsabilità del legislatore di definire il comportamento criminale a pubblici ministeri e giudici non eletti, e non lasciano alle persone alcun modo sicuro per sapere quali conseguenze avrà la loro condotta»<sup>39</sup>.

Gorsuch critica, comunque, la motivazione maggioritaria della decisione perché, se in qualche misura specifica quando non sussista un dovere di servizi onesti, non specifica invece quando sussista. In particolare, esclude la validità dei criteri indicati nelle istruzioni alla giuria perché potrebbero portare alla condanna di soggetti «il cui peso superi una soglia indefinita» e, quindi, coinvolgere “lobbisti efficaci” che esercitano il diritto del Primo Emendamento di presentare petizioni al governo, e critica il secondo test proposto dal Governo, lamentando che i pubblici ministeri e i tribunali di grado inferiore rimangono in un vicolo cieco, perché debbono continuare a indovinare quale tipo di rapporti fiduciari saranno ritenuti dalla Corte Suprema sufficienti per dar luogo a un dovere di servizi onesti.

D'altra parte, Gorsuch afferma che la legge penale non fornisce «alla gente comune un'equa notifica della condotta che punisce»<sup>40</sup>, in quanto ad ottant'anni dalla adozione della teoria della frode in servizi onesti nei tribunali di grado inferiore, nessuno è in grado di dire quale tipo di rapporto fiduciario sia sufficiente per giustificare una condanna per un crimine federale e decenni di prigione federale. Gorsuch intravede il pericolo che la Corte Suprema con la sua giurisprudenza stia effettivamente, a poco a poco, riscrivendo il §1346 in decisioni che abbracciano decenni con l'aiuto di pubblici ministeri e tribunali di grado inferiore che le presentano un'opzione dopo l'altra, sottolineando che non è una strada tollerata dalla Costituzione. «Nel nostro sistema di separazione dei poteri, il ramo legislativo deve svolgere il duro lavoro di scrivere le leggi penali federali. Il Congresso non può dare alla magistratura il marmo grezzo con istruzioni di sgretolare tutto ciò che non somiglia al David»<sup>41</sup>. Ponendo, dunque, la questione dei limiti della puntualizzazione del significato della legge per il tramite della interpretazione della Corte<sup>42</sup>.

Conclusivamente, nella esemplare vicenda della frode in servizi onesti sono rappresentati i limiti delle interpretazioni legate alla soluzione del singolo caso e la necessità, invece, di fornire soluzioni idonee a costituire un valido precedente che detti puntuali regole di condotta ai cittadini per il futuro e assicuri la prevedibilità delle decisioni, con a monte la necessità che il legislatore fornisca precise regole di comportamento.

<sup>38</sup> Cfr. Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., 561 U.S. 358, 400, 416–420, nonché la già citata opinione del giudice Scalia (v., sopra, par. prec. in fine).

<sup>39</sup> Così il giudice Gorsuch, richiamando la decisione della Corte Suprema USA, *United States v. Davis* (23.6.2019), 588 U. S. \_ (2019).

<sup>40</sup> Riprendendo le decisioni della Corte Suprema USA, *Johnson v. United States* (26.6.2015), 576 U.S. 591, 595 (su cui Cocco (2023a), nn. 29 ss.), stesa dal giudice Scalia, secondo cui la clausola di chiusura, la cui legittimità costituzionale è valutata, viola il Quinto emendamento perché gli individui sono privati del giusto processo quando sono condannati in base a «una legge penale così vaga che non riesce a dare alla gente comune un giusto preavviso della condotta che punisce»; nonché *Connally v. General Constr. Co.* (4.1.1926), 269 U.S. 385, 391 (su cui Cocco (2023a), nn. 9 e 10) secondo cui una legge penale va annullata quando «proibisce o richiede il compimento di un atto in termini così vaghi che uomini di comune intelligenza debbono necessariamente indovinare il suo significato e divergere quanto alla sua applicazione».

<sup>41</sup> Richiamando le storiche decisioni della Corte Suprema USA, *United States v. Reese* (27.3.1876), 92 U.S. 214, 221, secondo cui «[s]arebbe certamente pericoloso se il legislatore potesse stabilire una rete abbastanza grande da catturare tutti i possibili trasgressori, e lasciare che i tribunali intervengano e dicano chi potrebbe essere giustamente detenuto e chi dovrebbe essere liberato»; nonché, *United States v. Wiltberger*, 5 Wheat. 76, 95, del 1820 (estensore Marshall), la quale afferma che è «il legislatore, non la Corte, che deve definire un crimine e ordinarne la punizione».

<sup>42</sup> Per la Corte cost. n. 139/2019 non viola il principio di determinatezza l'uso, «nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la sentenza n. 42 del 1972), tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale», potendo fornire il diritto vivente - come si è in altra sede evidenziato (v. Cocco (2023b), § 2, n. 39 e seg.) - un contributo in termini di “rafforzamento” della determinatezza della fattispecie (cfr., tra gli altri, di recente, V. MANES (2019), p. 371 n. 664). Una recente decisione della CGUE I, 11.6.2020, C-634/18, §§ 50-51 (v. anche CGUE GS, 28.3.2017, C-72/15, *Rosneft*, § 167, e giurisprudenza ivi citata) su rinvio pregiudiziale in un procedimento penale polacco, decide sulla conformità agli artt. 20, 21 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE della sanzione penale della detenzione di un rilevante quantitativo di prodotti stupefacenti o di sostanze psicotrope, ai sensi della decisione quadro 2004/757/GAI (spec. art. 4, § 2, lett. a) e del diritto penale polacco. La Corte di giustizia chiarisce che il principio di precisione della legge non va letto nel senso che vieti il chiarimento graduale delle norme sulla responsabilità penale mediante interpretazioni giurisprudenziali, purché queste ultime siano ragionevolmente prevedibili.

## 4.

**Alcuni casi esemplari italiani. La definizione del concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta.**

Critiche di tal genere possono esemplificativamente muoversi ad alcuni principi/massime giurisprudenziali italiani<sup>43</sup>, tra gli altri, in materia di concorso di persone nella bancarotta fraudolenta patrimoniale<sup>44</sup> e di prostituzione minorile<sup>45</sup>, che - come il parallelismo con l'esperienza statunitense consente di meglio comprendere - paiono costruiti sulla soluzione dei casi concreti *sub iudice*, ma con l'ambizione o, comunque, l'effetto di assumere un valore generale, i quali producono effetti espansivi delle fattispecie incriminatrici in termini incalcolabili e tali da riverberarsi negativamente su attività economicamente utili o limitare diritti di libertà o, comunque, da determinare una applicazione arbitraria e diseguale delle fattispecie incriminatrici.

Una prima questione può porsi con riguardo ad un tratteggio principio/ massima giurisprudenziale, asseritamente basato sui principi generali del concorso eventuale di persone nel reato, il quale si limita a richiedere per il concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale che egli dia un apporto alla condotta dell'*intranseus* (imprenditore o amministratore di società), con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, escludendosi, invece, la specifica conoscenza del dissesto della impresa<sup>46</sup>. Principio che per come formulato è errato e presenta una estrema ampiezza idonea a ricomprendere fatti di estremamente varia natura, financo leciti.

Le generiche espressioni, in particolare, evidentemente ricomprendono sia le condotte di concorso eventuale nella bancarotta fraudolenta patrimoniale sia le condotte di ricettazione nell'insolvenza dell'estraneo senza concorso con l'imprenditore in liquidazione giudiziale prevista dal nuovo codice dell'insolvenza nell'art. 338, co. 3, lett. b) c.c.i. (*ricettazione nell'insolvenza, già ricettazione fallimentare*)<sup>47</sup>, sanzionate ben diversamente. Il cui elemento distintivo ben può essere individuato, essenzialmente, nella presenza (*concorso di persone nella bancarotta fraudolenta*) o meno (*ricettazione nell'insolvenza*) dell'accordo dell'estraneo con l'imprenditore insolvente (ovvero con l'amministratore della società insolvente) volto al perseguimento degli obiettivi propri dell'intranseus. Accordo che costituisce un *quid pluris* rispetto al mero contributo al fatto perché il mero acquisto a prezzi notevolmente inferiori a quelli di mercato di beni dell'impresa insolvente - sebbene la speculare condotta di cessione rovinosa di tali beni integri la bancarotta fraudolenta patrimoniale anche se realizzata fuori dall'insolvenza - costituisce

<sup>43</sup> La tradizione scientifica italiana non attribuisce in verità un particolare rilievo alla massime, eppure esse «rappresentano la traduzione in forma chiara, precisa e succinta del *dictum*, cioè del principio necessario a decidere la questione sottoposta al giudice di legittimità», «attraverso questa ed altre attività ..., il Massimario provvede alla raccolta elettronica e alla diffusione dei precedenti, ovvero provvede alla formazione di archivi sui quali viene raccolta, con la maggiore completezza possibile, l'esperienza giurisprudenziale della S.C., per fornire alla stessa e a tutti gli operatori del diritto uno strumento di rapida informazione sugli orientamenti relativi alle più diverse questioni interpretative» (ampiamente in tema MELONI (2005), pp. 163 ss., in part. p. 166). È, dunque, evidente che le massime sono di notevole rilievo nella vita giurisprudenziale, in esse infatti si sostanzia nella e per la prassi il c.d. *precedente* (più correttamente costituito dalla decisione), ovvero il principio di diritto avente pretesa di generalità e astrattezza che deve consentire la soluzione del problema giuridico, conseguente alla interpretazione della previsione incriminatrice con riferimento alla soluzione della questione della sussumibilità o meno in essa di determinati comportamenti, pertanto alle massime si estende la necessità che delimitino e puntualizzino i confini della responsabilità penale e non siano, invece, un ulteriore fattore di incertezza e di potenziale abusiva espansione dell'ambito del penalmente rilevante.

<sup>44</sup> Già approfondito in Cocco (2021), pp. 682 ss., nonché, in una versione più aggiornata, in Cocco (2023c), pp. 283 ss., in cui vi è uno specifico paragrafo intitolato, *Alla ricerca di un principio giurisprudenziale (e correlativa massima) rispettoso del principio di prevedibilità*.

<sup>45</sup> Già approfondito in Cocco (2014), pp. 1072 ss..

<sup>46</sup> Di recente ricostruisce i criticabili principi/massime giurisprudenziali C. V, 30.11.2020, n. 13382/2021, Verdini e altri, in cui si afferma che «al fine di configurare la responsabilità concorsuale dell'*extraneus* nel reato proprio di bancarotta fraudolenta sono sufficienti - secondo i principi più volte affermati da questa Corte - l'incidenza causale dell'azione dello stesso "extraneus", nonché la sua consapevolezza del fatto illecito e della qualifica del soggetto attivo che ha posto in essere il fatto tipico (cfr. Cass., sez. 5, 26/06/1990, Bordoni e altri; Sez. 5, n. 40332 del 2013; Sez. 5, n.18517 del 22/02/2018, Rv. 273073; Sez. 5, n. 37194 del 11/07/2019 Rv. 277340). Pertanto, il concorso nella bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento, in tanto è configurabile, in quanto l'attività di cooperazione col fallito sia stata efficiente per la produzione dell'evento (Sez. 5, n. 27367 del 26/04/2011 Rv. 250409), ovvero abbia realizzato con la sua condotta un apporto causale alla realizzazione dell'illecito (Sez. 3, n. 195 del 09/12/1991, Rv. 188871)». Massima riproposta, recentemente, da Cass. V, 29.9.2023, n. 45473, che pure ha ben chiaro in che cosa consista il concorso dell'estraneo e come si differenzi dalla ricettazione fallimentare (v. *infra*, nota 48); conf. Cass. V, 14.10.2019, dep. n. 4710/2020, Falcioni, Rv. 278156 - 02; Cass. V, 8.4.2019, n. 32003, che pure evidenzia come l'operazione distrattiva *sub iudice* sia stata architettata tra le due società, cedente e cessionaria, e che la seconda è stata appositamente costituita pochi giorni prima, quindi ben individuando nella specie la base significativa di un comportamento effettivamente di concorso eventuale nella bancarotta fraudolenta patrimoniale; Cass. V, 17.5.2017, n. 54291, Rv. 271837 - 01.

<sup>47</sup> Recita il testo: «È punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque: ... b) essendo consapevole dello stato di dissesto dell'imprenditore distrae o ricetta merci o altri beni dello stesso o li acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se la apertura della liquidazione giudiziale si verifica», identica nella formulazione (salvo che per il riferimento alla procedura) alla previsione dell'art. 232 l. fall..

condotta tipicamente integrante la c.d. *ricettazione nell'insolvenza*<sup>48</sup>.

Essendo, peraltro, ricomprese nella massima criticata - come vedremo meglio in seguito - persino condotte dell'estraneo di partecipazione ad una operazione bancarottiera non punibili, non potendo essere individuato nella mera partecipazione ad una operazione economica con l'impresa *in bonis*, non sanzionata nemmeno a titolo di ricettazione nell'insolvenza e di per sé espressione della libera contrattazione, un contenuto che possa giustificare la sanzione penale.

Per fondare la responsabilità dell'estraneo quale concorrente nel reato proprio di bancarotta fraudolenta è necessaria la sussistenza di un elemento significativo sul piano oggettivo e soggettivo capace di estendere all'estraneo la violazione del dovere personale dell'intraneo (titolare o amministratore dell'impresa poi insolvente), ovvero la convergenza non solo di condotte ma anche di conoscenze, intenti e volontà di intraneo ed estraneo per il raggiungimento degli obiettivi propri dell'intraneo a cui l'estraneo aderisce e che viene espressa dal comportamento tenuto, che può sussistere - per l'appunto - solo in presenza di un *accordo* in tali termini orientato<sup>49</sup>. Mentre la condotta dell'autore nel delitto di cui all'art. 338, co. 3, lett. b) c.c.i., estraneo alla gestione dell'impresa insolvente e sua controparte contrattuale, si caratterizza per l'autonomo determinarsi dell'estraneo alla adesione al negozio bilaterale nel proprio esclusivo interesse, in sostanza profittando dell'altrui situazione, così giustificandosi la sanzione meno severa per un comportamento che pur costituisce un contributo materiale necessario alla condotta dell'insolvente<sup>50</sup>.

D'altra parte, fuori dall'insolvenza la stessa condotta dell'estraneo - in assenza di qualsivoglia concertazione con l'imprenditore poi insolvente per il perseguimento dei suoi scopi - costituisce concorso necessario non punibile perché manifestazione del libero mercato. In effetti, la previsione della responsabilità in proprio dell'estraneo - che di norma non è garante del patrimonio dell'impresa controparte nei confronti dei creditori - esclusivamente per le operazioni di *profittamento dello stato di dissesto* dell'impresa contraente evidenzia che il dissesto costituisce il limite al suo libero atteggiarsi nei confronti dell'impresa controparte, tipico del libero mercato. Del resto, molte delle attività distrattive, in particolare quelle di tipo contrattuale - espressamente previste quale bancarotta fraudolenta patrimoniale in altri ordinamenti<sup>51</sup> - richiedono la partecipazione materiale necessaria di una controparte negoziale, di per sé del tutto estranea ai disegni bancarottieri dell'autore proprio e legittimamente protesa a trarre il massimo vantaggio economico dalla transazione commerciale e, dunque, non punibile, come puntualmente sottolinea la giurisprudenza elvetica in un contesto normativo analogo al nostro<sup>52</sup>.

Insomma, si deve affermare la limitazione del concorso eventuale dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta ai soli casi in cui vi sia accordo ovvero la comune finalizzazione delle condotte al soddisfacimento degli scopi prefissati dall'imprenditore bancarottiere, ad es. nel caso in cui l'estraneo accetti di farsi intestare fittiziamente i beni dell'impresa, il che non esclude peraltro che l'estraneo ne possa trarre un qualche vantaggio, anzi sarà normalmente così come in buona parte delle ipotesi di concorso eventuale.

Alla adesione dell'estraneo al disegno dell'intraneo va correlata anche la sua consapevolezza del dissesto dell'imprenditore o, quanto meno, se le condotte realizzate riguardino una impresa *in bonis*, la piena consapevolezza del disegno dell'imprenditore di sottrarre beni alla garanzia dei creditori e della efficienza causale delle operazioni rispetto al dissesto dell'impresa o, comunque, della loro preordinazione al dissesto, che sostanziano la consapevolezza del particolare dolo dell'imprenditore e la volontà di cooperare con lui nella attività bancarottiera<sup>53</sup>. Infatti, non vi può essere la «volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*»<sup>54</sup>, senza

<sup>48</sup> Come puntualmente coglie recentemente la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. V, 29.9.2023, n. 45473, che individua la sussistenza del concorso nel fatto che la condotta del concorrente «fosse sorretta, già nella fase genetica del rapporto, da piena condivisione dell'intento fraudolento del coimputato [l'intraneo], con il cui accordo ha dunque agito»; conf. Cass. V, 19.9.2022, n. 40023, Rv. 283757-01.

<sup>49</sup> V., ad es., in tal senso nella dottrina spagnola FARALDO CABANA (2003), pp. 142-149; da ult. MAGDALENA CÁMARA (2018), p. 49.

<sup>50</sup> Cfr. anche PEDRAZZI (1995), p. 85.

<sup>51</sup> Trib. fed. 1.2.2000 [BGE 126 IV 5]; in prec. Trib. fed. 24.3.1948 [BGE 74 IV 40]; Trib. fed. 7.10.1949 [BGE 75 IV 106] che considera una ipotesi di concorso necessario non punibile il comportamento di chi acquisti a prezzi notevolmente inferiori che si limiti a quanto necessario per l'integrazione del tipo (*amplius* in Cocco (2021), pp. 696 ss.).

<sup>52</sup> Basti far riferimento alle operazioni azzardate, di natura dissipativa, per l'impresa poi insolvente che per la controparte negoziale possono rappresentare semplicemente un affare rientrante nella comune attività d'impresa.

<sup>53</sup> Profili che sono evidenziati, del resto, dalla stessa C. V, 30.11.2020, Verdini e altri, n. 13382/2021: «La conoscenza dello stato di dissesto può costituire un elemento sintomatico della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori, ma ciò non significa che tale consapevolezza non possa essere ricavata da altri fattori, quali l'entità delle operazioni economiche e la loro negativa incidenza sul patrimonio dell'impresa (Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010 Rv. 246879)». Sottolinea la necessità di tale profilo anche ALESSANDRI (2019), p. 114.

<sup>54</sup> Ribadisce, di recente, C. V, 30.11.2020, n. 13382/2021, Verdini e altri, che «alla volontarietà della condotta di apporto a quella dell'*intraneus*,



essere compiutamente informati degli obiettivi della attività dall'intraneo cui l'estraneo contribuisce materialmente e ciò può avvenire esclusivamente nel contesto di un accordo all'uopo.

È, dunque, necessaria una più precisa espressione del principio-massima che sia davvero coerente con i principi e le regole del concorso di persone – la cui previsione generale va a costituire una nuova fattispecie incriminatrice unendosi alla previsione delle distinte fattispecie incriminatrici monosoggettive o plurisoggettive necessarie – e che proponga una più precisa delineazione dei contorni dei vari tipi di responsabilità. Del resto, non manca la giurisprudenza a cui sono chiari gli elementi distintivi delle diverse fattispecie.

Solo in tal modo può essere garantita una corretta e uniforme applicazione delle norme e la prevedibilità degli esiti del proprio comportamento da parte dell'estraneo, venendo altrimenti sostanzialmente creata nell'occasione del giudizio la specifica regola cui assoggettare il fatto, a fronte dell'amplissimo principio/massima che richiede la mera necessità di un contributo materiale alla condotta del bancarottiere e la rappresentazione di un generico e indeterminato "danno ai creditori".

## 5. Alcuni casi esemplari italiani. La definizione della prostituzione minorile.

Analoghi problemi pongono i principi/massime in materia di prostituzione minorile<sup>55</sup>, con particolare riguardo alla stessa definizione del concetto di prostituzione, che si vuole ampliato dalla specifica previsione<sup>56</sup>. La Cassazione a Sezioni Unite penali del 19.12.2013, depositate il 14.4.2014, n. 16207/14, al quesito «se la condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integra gli estremi della fattispecie di cui al comma 1 o di cui al comma 2 dell'art. 600 bis cod. pen.» risponde che «integra la fattispecie di cui al comma secondo dell'art. 600-bis cod. pen.» e definisce l'art. 600-bis, co. 2°, c.p. «funzionale alla punizione di coloro che si limitano a compiere atti sessuali a pagamento con soggetti minorenni, indipendentemente dal fatto che questi ultimi siano o meno già dediti ad attività di mercimonio sessuale del proprio corpo»<sup>57</sup>. Ascrivendo al quadro normativo internazionale e sovranazionale in materia di sfruttamento della sessualità dei minori, la imposizione di «una tutela penale più pregnante per i minori, rispetto agli adulti, perché i primi sono soggetti manipolabili, inadeguati ad autodeterminarsi, facilmente influenzabili ed inducibili ad atti sessuali che possono avere ricadute negative, anche non emendabili, sul loro futuro sviluppo psico-fisico»<sup>58</sup>.

Rispetto a cui va precisato che, se la tutela rafforzata del minore conduce legittimamente alla sanzione del cliente al fine della contrazione del mercato della prostituzione minorile, in ciò nettamente differenziandosi dalla prostituzione di adulti, di cui è riconosciuta la legittimità<sup>59</sup>, ciò non significa però che sia consentita in assenza di una base legislativa la riscrittura in

---

con la consapevolezza del depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non deve accompagnarsi la specifica conoscenza del dissesto della società, poiché l'evento del reato non è costituito dal fallimento ma dalla lesione dell'interesse patrimoniale dei creditori». V. anche C. V, 17.2.2020, n. 15406; C. S.U., 31.3.2016, n. 22474, ced rv 266804; C. V, 26.1.2016, n. 12414, ced rv 267059; C. V, 4.7.2014, n. 41055, ced rv 260932.

<sup>55</sup> L'art. 600-bis c.p., come interamente riscritto dalla legge n. 172/2012, prevede due automi delitti. Il comma 1° sanziona con la reclusione da 6 a 12 anni e la multa da € 15 mila a 150 mila, chiunque (n. 1) recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni 18, ovvero (n. 2) favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni diciotto. Pur collocate sotto due distinti numeri, tali condotte paiono costituire fattispecie alternative di un unico delitto, cosicché laddove commesse con unica azione ed un'unica persona offesa non sussiste il concorso tra le medesime. Il comma 2°, invece, salvo che il fatto costituisca più grave reato, sanziona con la reclusione da 1 a 6 anni e con la multa da € 1.500,00 a 6.000,00, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi, cioè il cd. *cliente*. La sanzione del cliente in termini così ampi è stata introdotta solo dalla legge n. 38/2006, che ha esteso la tutela al minore infradiciottenne, mentre la previsione introdotta nel 1998 limitava la sanzione del cliente al caso in cui il minore avesse una età compresa tra i quattordici e i sedici anni. La citata riforma del 2012 ha, inoltre, raddoppiato la sanzione detentiva.

<sup>56</sup> Rinvio, per i riferimenti a dottrina e giurisprudenza, al saggio Cocco (2014), loc. cit.

<sup>57</sup> Nel senso che sussiste la prostituzione minorile anche nella ipotesi in cui gli atti sessuali a pagamento siano realizzati in una unica occasione con il solo autore del reato: Cass. pen. III, 19.5.2010, n. 26216, in *Cass. pen.*, 2011, 1441; ced rv 247696; Cass. pen. III, 4.7.2006, ced rv 235787.

<sup>58</sup> Cass. pen. III, 11.1.2011, n. 4235, ced rv. 249316, e in *Riv. pen.*, 2011, 404.

<sup>59</sup> Sono le stesse Sezioni Unite in esame a ricordare che un punto fermo in giurisprudenza sulla prostituzione di adulti è «rappresentato dalla scelta del legislatore di considerare attività non vietata, e dunque in sé lecita, quella che la persona liberamente svolge scambiando la propria fisicità contro denaro», e che «le sanzioni penali fissate dalla legge 20 gennaio 1958, n. 75, debbono essere applicate a coloro che condizionano la libertà di determinazione della persona che si prostituisce, a coloro che su tale attività lucrano per finalità di vantaggio e, infine, a coloro

sede giurisprudenziale della stessa nozione di prostituzione, la quale implica una offerta indiscriminata (reale o potenziale) della prestazione sessuale <sup>60</sup>, a cui rinvia anche la previsione del comma 2°.

Indubbiamente la previsione del comma 2, sanzionando «chi compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità», presenta margini di ambiguità che impongono di definire in sede applicativa il concetto di corrispettivo, in particolare nei casi in cui si tratti di un rapporto esclusivo.

Occorre, in particolare, rappresentare anche in termini di principi/massime giurisprudenziali, specificanti la espressione normativa, la netta distinzione tra i rapporti esprimenti la libertà sessuale del minore e di scelta del partner <sup>61</sup>, riguardo a cui il diritto penale non può svolgere una funzione repressiva, ed i rapporti in cui il denaro coarti e condizioni in modo determinante le scelte sessuali del minore, in definitiva nient' affatto libere.

In altre parole, la norma sanziona senz'altro tutti i clienti, occasionali o abituali, cui indiscriminatamente sia offerta - e, dall'altra parte, richiesta - la prestazione sessuale, ma ciò non significa affatto che la persona individualmente e liberamente scelta dal minore per compiere atti sessuali possa di per sé essere colpito dalla sanzione in questione, ormai severissima, solo perché il minore tragga dal rapporto una qualsivoglia utilità, elemento quest'ultimo oltretutto reso ancor più indeterminato dalla riforma del 2012.

D'altra parte, la condivisibile considerazione come non libera <sup>62</sup> - diversamente da quella degli adulti - della prostituzione minorile, non implica affatto una diversa definizione dei termini della prostituzione; al contrario, in presenza del diritto di libertà sessuale comunque riconosciuto al minore, l'attribuzione di rilevanza penale alla condotta del cliente impone una ancor più precisa e rigorosa determinazione del concetto di prostituzione e non un ampliamento basato su generiche istanze di tutela che finiscono per configurare con tale libertà.

Va da sé che il punto in discussione non è la necessità perché sussista la prostituzione che il minore sia già dedito ad attività di mercimonio sessuale del proprio corpo, poiché può trattarsi proprio dell'iniziazione ad una tale attività, che di certo costituisce la condotta più grave. È necessario però che di iniziazione ad una attività prostitutiva tradizionalmente intesa si tratti, ovvero di comportamenti in cui la persona offesa offra, o si accinga o venga indotta ad offrire, indiscriminatamente prestazioni sessuali a pagamento.

Né pare sufficiente, senza quest'ultimo elemento, per caratterizzare in termini teorici e

---

che offrono un contributo intenzionale all'attività di prostituzione eccedendo i limiti dell'ordinaria prestazione di servizi». Sottolineando, poi, la necessità di non operare interpretazioni tali «da reintrodurre surrettiziamente presupposti di illiceità "in sé" della prostituzione che vengono formalmente ed espressamente negati e che, invece, potrebbero finire per qualificare come illegali condotte e prestazioni di servizi alla prostituta che non risulterebbero penalmente rilevanti se destinati ad altre attività» (Cass. pen. III, 29.1.2013, n. 20384, ced. rv. 255426). In tema di prostituzione di adulti, di recente, Corte cost. n. 141/2019, la quale alla valutazione di ragionevolezza della fattispecie incriminatrice fa seguire, comunque, la necessità di operare una valutazione della offensività in concreto «e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva», ovvero non coinvolgano negativamente libertà e dignità della persona. Cosicché, se ne può evincere che la Corte, «nella pur opportuna astensione dall'attribuirsi un ruolo attivo nella costruzione della fattispecie incriminatrice, richiedendo la verifica giudiziale "in concreto" dell'offesa a libertà e dignità della persona, non fa altro che introdurre un "astratto" elemento di fattispecie in termini di evento lesivo, implicito nella lettura costituzionalmente orientata della previsione, che in realtà supera anche la lettura del moralismo positivo laico, emergente anche nella citata giurisprudenza di legittimità, per cui l'attività economica della prostituzione costituisce in sé una attività deprecabile, ammettendo che vi possa essere un suo esercizio rispettoso della libertà e dignità della persona» (in tema Cocco (2023d), pp. 7 ss., in part. § 11.

<sup>60</sup> V., tra gli altri, da ult., MAZZACUVA (2023), 179-180.

<sup>61</sup> La quale è pacificamente riconosciuta agli ultraquattordicenni, come evidenzia anche la riforma della previsione sulla corruzione di minorenni attualmente previsto all'art. 609 *quinquies* e concernente i minori di anni quattordici, nonché la previsione nell'art. 609 *quater* c.p. della sanzione degli atti sessuali con l'ultraquattordicenne c.p., limitata a chi si trovi in peculiari relazioni con lo stesso.

<sup>62</sup> Può sottoscrivere quanto affermano le Sezioni Unite in tema di assenza di libertà della prostituzione minorile, intesa nel senso tradizionale, senza che però si possa cogliere nel ragionamento proposto, che riportiamo, quale punto comporti una diversa nozione di prostituzione rispetto a quella degli adulti: «Per il minore, infatti, la prostituzione rappresenta raramente il frutto di una scelta spontanea, essendo prevalentemente determinata da pressioni (o da vere e proprie coercizioni) di fronte alle quali egli non dispone di alcuna valida alternativa, sicché l'atto sessuale compiuto dal minore prostituito non può inquadrarsi in un'area di libertà, area la cui sostanziale inesistenza il "cliente" non può dunque né ignorare, né fingere di non conoscere.

Quand'anche, poi, si dovesse riscontrare l'assenza di interventi esterni di condizionamento di tale spazio di libertà, è comunque ragionevole che l'ordinamento vieti l'acquisto di prestazioni sessuali presso un soggetto che presuntivamente non ha ancora raggiunto quel livello di maturità tale da consentirgli una valutazione davvero consapevole in ordine alle ricadute della mercificazione del proprio corpo sul suo sviluppo psico-fisico; ne consegue che, indipendentemente dal suo atteggiamento psicologico e dalla sua condotta (quand'anche connivente o adescatrice), il minore è reputato sempre e comunque una vittima.

Il carattere "non libero" della prostituzione minorile - ritenuta dal legislatore come condotta che comporta l'annientamento della personalità individuale del minore - spiega, sul piano teorico, la punibilità della condotta del "cliente", del tutto immune da censure sul piano penale se invece rapportata alla prostituzione di soggetto adulto».

pratici il concetto di prostituzione, «la necessaria correlazione causale fra la dazione o la promessa di danaro o di altra utilità e la prestazione sessuale del minore», pur ribadito dalle Sezioni Unite in esame, basti pensare alle tradizioni culturali, pur molto lontane dalle nostre, dell'acquisto della moglie per cammelli, e comunque alla del tutto comune prassi dei doni anche di valore ingente tra fidanzati, e certo il punto di discriminare tra lecito e illecito non possono essere i sentimenti o le intenzioni degli interessati. Tanto poco significativa è tale circostanza, anche in concreto, che si attribuisce rilievo causale alla dazione di piccole cifre di denaro (nella vicenda davanti alle Sezioni Unite di 5, 10, 20 euro), o di vitto, alloggio, vestiario.

Emblematica dei rischi della incertezza della definizione, che incentra in definitiva la nozione di prostituzione sulla presenza di un vantaggio economico, conseguente all'abbandono del classico schema della prostituzione per adulti, è - *mutatis mutandis* - la vicenda Braibanti, che tanto clamore fece nell'Italia degli anni '60, concernente una relazione omosessuale tra un giovane, quanto meno nei primi anni della relazione per i tempi minorenni (ovvero infraventunenne), nella quale, come in qualsiasi relazione tra persone di capacità economica nettamente differente, indubbiamente è presumibile anche qualche utilità per il minore (economica e non), trattandosi di un giovane senza alcuna capacità economica e di un personaggio quarantenne ampiamente affermatosi nella vita culturale nazionale, vicenda che condusse alla condanna di Braibanti per plagio<sup>63</sup>, suscitando allora come oggi sconcerto.

Insomma, ciò che si vuole contestare è l'affermazione *tout court* che il comma 2° dell'art. 600-*bis* c.p. preveda un terzo genere tra il concetto di prostituzione per adulti e la violenza sessuale, perché in assenza di una puntuale definizione del concetto di corrispettivo, la presenza di una qualsivoglia utilità anche non economica in una libera relazione sessuale (eventualmente anche sentimentale, ma certo trasformare il giudice penale nel giudice dei sentimenti suona molto preoccupante) pur esclusiva di cui uno dei protagonisti sia un minore - che legittimamente ne può avere con chicchessia - può far entrare in campo il diritto penale.

Incertezza definitoria che preoccupa, non tanto per gli esiti di un eventuale giudizio, che probabilmente riuscirebbe in fatto a differenziare le situazioni di prostituzione dalle relazioni sessuali/sentimentali, attingendo prevedibilmente alla fenomenologia comportamentale e situazionale della prostituzione comunemente intesa, ovvero quella degli adulti; quanto per gli effetti disastrosi che possono avere sulla vita delle persone e, più in generale, sulla società le indagini e i processi sulle relazioni sessuali/sentimentali percepite come non ortodosse per le più varie ragioni culturali, a cominciare dalla differenza di età dei protagonisti, alla ricerca di eventuali utilità economiche e non, che si pretenda di accreditare quale "corrispettivo" dell'atto sessuale, dove ad essere indagati in definitiva sarebbero la cultura, i sentimenti e la vita sessuale delle persone.

## 6. Conclusioni.

I casi giurisprudenziali esaminati confermano la necessità che la interpretazione giurisprudenziale non si limiti a proporre la soluzione del caso concreto in termini ritenuti convincenti, ma si preoccupi di non lasciare, per ampiezza e indeterminatezza del principio affermato, ampie zone grigie capaci di ricomprendere attività estranee alla sfera dell'illecito; principio, dunque, che non solo è inadeguato a costituire un sicuro precedente per le decisioni future ma, soprattutto, incide negativamente nei rapporti politici come in quelli economici e personali, impedendo di compiere libere e consapevoli scelte d'azione, financo rendendo di incerta valutazione comportamenti altrimenti costituenti esercizio di un diritto.

La quarantennale vicenda statunitense è esemplare dell'ampia sfera di incertezza ingenerata dai principi affermati con riferimento a una specifica vicenda ma che per ampiezza e indeterminatezza ne travalicavano ampiamente l'ambito, rendendo incerto il confine tra attività illecite e lecite in un settore così delicato come l'attività politica, avviando un percorso accidentato che ha segnato la vita politica e giudiziaria di quel Paese fino a interessare in modo significativo gli stessi rapporti tra legislazione e giurisdizione.

Seppure, in maniera meno clamorosa, anche i casi italiani trattati sono paradigmatici dei pericoli per le libertà economiche e civili in cui si incorre con la proposizione di principi/mas-

<sup>63</sup> È ampiamente noto che l'art. 603 c.p., venne poi giudicato incostituzionale dalla Corte costituzionale n. 96/1981, in un'altra vicenda relativa al sacerdote cattolico Grasso, accusato per il suo ascendente sui giovani che li allontanava dalle famiglie.

sime che, facilmente adattabili a specifici casi, magari segnati palesemente dal marchio della illiceità, non sono capaci di fornire un sicuro parametro per le decisioni future mancando di distinguere adeguatamente gli ambiti dell'illiceità da quelli della liceità.

Insomma, resta confermato che l'interpretazione giudiziale deve produrre principi che, puntualizzando l'ambito del penalmente rilevante con riferimento ai casi, costituiscano un valido precedente per le decisioni future attribuendo un significato al testo normativo in grado di renderlo più preciso e determinato ovvero certo in termini generali e astratti. Del resto, solo la formulazione di principi di tale natura, ovvero che si pongano ad una distanza dal caso concreto tale da consentire di vedere in prospettiva tutti ed esclusivamente i casi ricompresi nella previsione legislativa, consente una decisione non condizionata dalla personalità del giudice come da quella del reo, secondo l'antica preoccupazione illuminista.

---

## Bibliografia

ALESSANDRI, Alberto (2019): *Diritto penale commerciale*, IV, *I reati fallimentari* (Torino, Giappichelli)

BLACKSTONE, William (1765-1769): *Commentaries on the laws of England*, vol. I (ristampa 1979, Chicago, The University of Chicago Press)

CARLIZZI, Gaetano (2010): in OMAGGIO, Vincenzo e CARLIZZI, Gaetano, *Ermeneutica e interpretazione giuridica* (Torino, Giappichelli), 92-224

CASSIBBA, Fabio (2016): *L'imputazione e le sue vicende* (Milano, Giuffrè)

CATERINI, Mario e ZINGALES, Diana (2023): "L'interpretazione favorevole all'incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale", in *Archivio Penale*, 2, 1-44

Cocco, Giovanni (2023a): "Il principio di determinatezza quale garanzia di eguaglianza e di tutela dei diritti civili. L'esperienza statunitense", in *Penale Diritto e Procedura*, 3, 367-376

Cocco, Giovanni (2023b): "Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo a un riordino dei principi", in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 1398-1425

Cocco, Giovanni (2023c): "Nuove norme e riflessioni dogmatico-applicative su autori e concorrenti nella bancarotta societaria", in *Scritti in onore di Nicola Mazzacava* (Pisa, Pacini), 283-310

Cocco, Giovanni (2023d): "La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi", in *Penale Diritto e Procedura*, 1, 7-43

Cocco, Giovanni (2023e): "Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense", in corso di pubblicazione in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4

Cocco, Giovanni (2021): "Nuove norme e riflessioni dogmatico-applicative su autori e concorrenti nella bancarotta societaria", in *L'Indice penale*, 2021, 682-709

Cocco, Giovanni (2016): "L'eredità illuministico-liberale: Principi forti per affrontare la realtà contemporanea", in Cocco, Giovanni (eds.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale* (Padova, Cedam), 1-33

Cocco, Giovanni (2014): "Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi Braibanti", in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 1072-1086

COFFEE, John C. jr. (1981): "From Tort to Crime: Some Reflections on the Criminalization of Fiduciary Breaches and the Problematic Line Between Law and Ethics", in *American Criminal Law Review*, vol. 19, 117-172

- DAMOSSO, Francesco Maria (2022): *Il vincolo del precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, (Torino, Giappichelli)
- DI GIOVINE, Ombretta (2006): *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge* (Milano, Giuffrè)
- DI MARTINO, Alberto (2020): "Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)", in BONDI, Alessandro et al (eds.), *Studi in onore di Lucio Monaco* (Urbino, Urbino University Press), 357-373
- DONINI, Massimo (2018): "Fattispecie o case law? La «prevedibilità del diritto» e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza", in *Questione Giustizia*, 4, 79-101
- FARALDO CABANA, Patricia (2003): *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoridad mediata con aparatos organizados de poder* (Valencia, Tirant lo Blanch)
- FERRAJOLI, Luigi (2016): "Contro la giurisprudenza creativa", in *Questione Giustizia*, 4, 13-32
- FERRI, Enrico (1928): *Principi di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza* (Torino, Utet)
- FIANDACA, Giovanni (2001): "Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 353-376
- GALGANO, Francesco (2005): *La globalizzazione nello specchio del diritto* (Bologna, Il Mulino)
- GRAY, W. Robert (1980): "The Intangible-Rights Doctrine and Political-Corruption Prosecutions under the Federal Mail Fraud Statute", in *University of Chicago Law Review*, vol. 47, 562-587
- HASSEMER, Winfried (1992): "Sistema jurídico e codificación: la vinculación del juez a la ley", in
- KAUFFMANN, Arthur et al (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid, Debate), 199-218
- INSOLERA, Pietro (2017): "Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense", in *Rivista di diritti comparati*, 3, 134-224
- JEFFRIES, John C. Jr. (1985), "Legality, vagueness, and the construction of penal statutes", in *Virginia Law Review*, 71, 189-245
- MAGDALENA CÁMARA, Miriam (2018): *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolencias punibles* (Pamplona, Editorial Aranzadi)
- MANES, Vittorio (2019): "La proposizione della questione di legittimità costituzionale e le sue «insidie»", in MANES, Vittorio e NAPOLEONI, Valerio, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, (Torino, Giappichelli), 173-405
- MANZINI, Vincenzo (1920): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, (Torino, Utet), 2 ed.
- MAZZACUVA, Francesco (2023): "I delitti contro lo sviluppo psico-fisico dei minori", in CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo (eds.), *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, vol. II t. II, *I reati contro i soggetti deboli* (Padova, Wolters Kluwer-Cedam), 3 ed., 175-211
- MAZZARESE, Tecla Lucia Pia (1992): "Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 294-320
- MELONI, Maria (2005): "Il ruolo del precedente nella Corte di cassazione", in Cocco, Giovanni (eds.), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (Padova, Cedam), 163-194

ORLANDI, Renzo (2007): “L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale”, in FERRUA, Paolo et al. (eds.), *La prova nel dibattimento penale* (Torino, Giappichelli), 3-70

PEDRAZZI, Cesare (1995): in C. PEDRAZZI, Cesare e SGUBBI, Filippo, *Reati commessi dal fallito, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito* (Bologna, Zanichelli)

PIFFERI, Michele (2023): “Dalla casistica alle regole: La normativizzazione della responsabilità penale tra medioevo e età moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, 52, t. I, *Il diritto come forma di esperienza*, 401-423

QUATTROCOLO, Serena (2011): *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio* (Napoli, Jovene)

RONCO, Mauro (2006): “Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia”, in DOLCINI, Emilio e PALIERO, Carlo Enrico (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale* (Milano, Giuffrè), 693-712

SALMOND, John William (1901): *Jurisprudence* (London, Sweet & Maxwell)

TRAPANI, Mario (2017): “Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico”, in *Archivio Penale*, fasc. 1, 1-90

UBERTIS, Giulio (1979): *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (Milano, Giuffrè)

VOGLIOTTI, Massimo (2015): “Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 44, t. I, 131-181

VOGLIOTTI, Massimo (2011): *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale* (Torino, Giappichelli)

VOGLIOTTI, Massimo (2007): *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica* (Torino, Giappichelli)

# Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea\*

Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite

*Nuevos problemas y nuevas soluciones  
para el derecho penal contemporáneo*

*New Problems and New Solutions  
for Contemporary Criminal Law*

MASSIMO VOGLIOTTI

*Ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università del Piemonte Orientale  
massimo.vogliotti@uniupo.it*

PRINCIPIO DI LEGALITÀ,  
PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI  
GIUDIZIALI

PRINCIPIO DE LEGALIDAD,  
PREVEDIBILIDAD DE LAS DECISIONES  
JUDICIALES

NULLUM CRIMEN PRINCIPLE,  
FORESEEABILITY OF JUDICIAL

## ABSTRACTS

Il passaggio dalla “legalità legale” del paradigma giuridico moderno alla “legalità costituzionale” del nuovo paradigma scientifico fa scorgere al penalista fenomeni – come il diritto giurisprudenziale – che non erano contemplati dalla sua mappa teorica e pone nuovi problemi. Tra questi, i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* e i contrasti di giurisprudenza cui occorre fornire soluzioni coerenti con la nuova cornice teorica. Utili spunti provengono dalle categorie elaborate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui cultura giuridica è espressione del nuovo paradigma scientifico, che affonda le sue radici nella tradizione aristotelica della ragion pratica.

El paso de la "legalidad legal" del paradigma jurídico moderno a la "legalidad constitucional" del nuevo paradigma científico permite al penalista observar fenómenos que no estaban contemplados en su mapa teórico y que plantean nuevos problemas. Entre estos, los cambios jurisprudenciales en *malam partem* y los contrastes jurisprudenciales a los que es necesario proporcionar soluciones coherentes con el nuevo marco teórico. Se pueden encontrar ideas útiles en las categorías elaboradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya cultura jurídica es expresión del nuevo paradigma científico, que tiene sus raíces en la tradición aristotélica de la razón práctica.

The transition from the “legal legality” of the modern legal paradigm to the “constitutional legality” of the new scientific paradigm allows the criminal law scholar to see phenomena – such as judicial lawmaking – that were not contemplated by his theoretical map and poses new problems. Among these, overruling in *malam partem* and conflicting court decisions for which it is necessary to provide solutions consistent with the new theoretical framework. Useful ideas come from the categories developed by the European Court of Human Rights, whose legal culture is an expression of the new scientific paradigm, which has its roots in the Aristotelian tradition of practical reason.

\* Lo scritto trae origine da un intervento tenuto a Roma il 21 aprile 2023 presso l'Università “La Sapienza”, in occasione di un seminario, organizzato dai Professori Massimo Donini e Renzo Orlandi, nell'ambito del progetto di ricerca PRIN Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo. Il seminario era stato preceduto dall'invio ai partecipanti di un questionario particolarmente focalizzato su “Questioni generali di prevedibilità delle nuove interpretazioni e dei mutamenti giurisprudenziali”. Si ringraziano i responsabili della ricerca per l'autorizzazione a pubblicare il saggio su questa Rivista, in attesa della pubblicazione degli Atti.

## SOMMARIO

1. Sulla premessa scientifica della ricerca – 2. La legalità dei moderni e i suoi presupposti teorici – 3. La nuova legalità e i suoi presupposti teorici – 4. Problemi nuovi e nuove soluzioni: l'overruling in malam partem... – 5. ...e i contrasti sincronici di giurisprudenza.

## 1.

## Sulla premessa scientifica della ricerca.

Prima di rispondere ad alcuni dei quesiti sottoposti dai promotori della ricerca, vorrei porre l'accento sulla premessa scientifica richiamata opportunamente nell'*incipit* del questionario: i temi della ricerca hanno un senso, sono tematizzabili come oggetto di un'indagine scientifica, a patto che «si riconosca uno spazio legittimo al diritto giurisprudenziale». Con la precisazione che questo riconoscimento non è pacifico all'interno della comunità scientifica, essendo «oggetto di notevoli controversie».

Il modello delle rivoluzioni scientifiche sviluppato da Thomas Kuhn aiuta il giurista a comprendere il senso dell'attuale momento storico, caratterizzato dal tramonto del paradigma giuridico moderno e dalla formazione di un nuovo paradigma scientifico. È il periodo che Kuhn chiama di «scienza straordinaria», particolarmente fecondo e stimolante perché esige una capacità non comune di mettere in discussione schemi mentali profondamente radicati e un notevole sforzo immaginativo e progettuale. In questa fase, le categorie teoriche e l'immaginario del vecchio paradigma coesistono con nuove categorie e nuovi immaginari che daranno vita a un nuovo paradigma. Alla fase di scienza straordinaria succederà così una nuova fase di «scienza normale». Nel modello di Kuhn, questo tipo di scienza si occupa della «ripulitura» del nuovo paradigma, ossia si impegna «all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite da esso». Una tale attività si presenta «come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; «anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento»<sup>1</sup>.

Nella prospettiva «costruttivistica» di Kuhn, un paradigma non rappresenta oggettivamente una data realtà, non la «descrive» così come essa è, ma la «costruisce» sulla base di determinate premesse teoriche e «mitologiche» (narrazioni, credenze, valori, interessi largamente condivisi). Ciò significa che, dopo una rivoluzione scientifica, gli scienziati (nel nostro caso, i giuristi) vivono in un mondo differente, vedono fenomeni prima invisibili e si devono confrontare con problemi che prima non esistevano. Dopo un mutamento di paradigma, osserva Kuhn, «gli scienziati non possono non vedere in maniera diversa il mondo in cui sono impegnate le loro ricerche. Nei limiti in cui i loro rapporti con quel mondo hanno luogo attraverso ciò che essi vedono e fanno, possiamo dire che, dopo una rivoluzione, gli scienziati reagiscono a un mondo differente»<sup>2</sup>.

Per Kuhn un paradigma è un insieme di «conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca»<sup>3</sup>. Da tale definizione si ricava, innanzitutto, il dato della *storicità* della scienza, il suo essere intimamente connessa a determinati contesti storici e culturali, per loro natura mutevoli. In secondo luogo, essa rivela l'epistemologia costruttivistica che le fa da sfondo: le conquiste scientifiche universalmente riconosciute – storicamente determinate e, quindi, valide per un certo periodo di tempo – costruiscono un mondo in cui gli scienziati devono affrontare problemi nuovi e immaginare soluzioni coerenti con la nuova cornice teorica.

Per avvicinarci allo specifico tema della ricerca, il fenomeno nuovo – che da tempo ormai è stato messo in luce dal paradigma giuridico che si sta sempre più definendo – è il diritto giurisprudenziale, un fenomeno che, per varie ragioni, non era contemplato dalle coordinate teoriche e mitologiche del paradigma moderno. Non rientrando in quelle coordinate, quella «realtà» non era visibile e, quindi, non poteva essere oggetto di indagine scientifica. Nella cattedrale penale, poi, edificata sul pilastro della riserva (assoluta) di legge, la negazione del diritto giurisprudenziale era una premessa paradigmatica che non poteva essere messa in dubbio:

<sup>1</sup> KUHN (1999), p. 44.

<sup>2</sup> Ivi, p. 139.

<sup>3</sup> Ivi, p. 10.



avrebbe causato, infatti, il crollo di quell'edificio teorico e mitologico progettato nella fervida stagione illuministica sulla base delle conquiste scientifiche del tempo e per corrispondere a precise esigenze storiche, politiche e culturali.

Quando, negli anni '80 del secolo scorso, la realtà del diritto penale giurisprudenziale comincia ad essere avvertita dalla penalistica italiana, la reazione non poteva che essere di completa chiusura. Come ci insegna Kuhn, la risposta istintiva degli scienziati alla percezione delle prime anomalie non consiste nella messa in discussione del paradigma, ma nel tentativo di spiegarle e di risolverle ricorrendo agli strumenti forniti dalla «scienza normale». Di fronte a fenomeni non contemplati dal paradigma dominante, la prima, naturale, reazione è di scorgere in quella realtà deviante una patologia da sanare, non un segno rivelatore della crisi del paradigma. Si dirà, ad esempio, che la causa dell'anomalia del diritto giurisprudenziale va ricercata nell'incapacità del legislatore, sempre più controllato dal governo, di produrre fattispecie rispettose del principio di determinatezza. Oppure nell'inerzia del legislatore che non sa stare al passo con le trasformazioni della società e il progresso della tecnica. Oppure ancora nella tracotanza della magistratura che, spinta dalle richieste di tutela provenienti dalle vittime e dalla società civile, reagisce a quell'inerzia con un'attività impropria di supplenza, forzando indebitamente il tenore linguistico di fattispecie vigenti per creare nuovi tipi criminosi.

Il limite di queste analisi non è dato dalla diagnosi di alcune patologie della realtà – che esistono e vanno denunciate – ma nella lettura della “nuova” realtà in una prospettiva esclusivamente patologica<sup>4</sup>. Solo a partire dal decennio successivo si leveranno le prime voci, a lungo marginali, che – sollecitate dalle acquisizioni dell'ermeneutica giuridica e dall'espandersi del diritto giurisprudenziale – cominceranno a mettere direttamente sotto accusa il vecchio paradigma, interpretando quella “anomalia” come un dato (in buona parte) fisiologico, che si deve prendere sul serio: non un fenomeno occasionale, ma strutturale, che occorre innanzitutto riconoscere e comprendere e, poi, saper gestire con strumenti culturali, normativi, istituzionali e organizzativi nuovi.

In Italia, la vera svolta non è però rappresentata né dall'imporsi della teoria ermeneutica (che continua, al contrario, ad essere vissuta come uno scandalo da gran parte della nostra scienza penale)<sup>5</sup> né dall'intensificarsi del diritto giurisprudenziale (anche per effetto del meccanismo dell'interpretazione conforme al parametro costituzionale ed europeo), ma dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale che, nel 2007, hanno obbligato il penalista di cattedra e del foro a confrontarsi con la cultura giuridica della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolar modo, con la sua concezione della legalità aperta al formante giurisprudenziale.

## 2. La legalità dei moderni e i suoi presupposti teorici.

La radice teorica della categoria moderna della legalità va cercata nella rottura epistemologica che si è consumata nei due secoli del giusnaturalismo moderno. In quel tornante decisivo della storia del pensiero giuridico dell'Europa continentale, si decide di abbandonare, per una serie di ragioni che non si possono qui esplicitare<sup>6</sup>, l'insegnamento bimillenario di Aristotele secondo cui non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore (e, quindi, a un giurista) delle dimostrazioni, per rivolgersi al metodo descrittivo, veritativo ed oggettivante delle «scienze teoretiche». Per Aristotele sono tali le scienze che hanno per oggetto ciò che ha in sé il principio del proprio movimento (la natura) e per fine la verità, intesa come corrispon-

<sup>4</sup> Quella realtà, ovviamente, esisteva anche in passato, ma, per la maggiore semplicità e staticità della società e per l'omogeneità di ceto tra la politica e la magistratura, si manifestava in forme più contenute e, soprattutto, non era visibile con gli occhiali del giurista moderno. Tra le *rarae aves* che, nel coro rocciano dominante, riuscirono a scorgere, negli anni '30 e '40 del secolo scorso, la realtà del diritto penale giurisprudenziale vanno ricordati Giuseppe Bettiol e, soprattutto, Francesco Antolisei. Di quest'ultimo spicca il saggio sul metodo del 1937, in cui Antolisei – riscoprendo precocemente la tradizione premoderna della ragion pratica, in un momento storico in cui cominciavano a manifestarsi le prime insoddisfazioni rispetto al metodo tecnico-giuridico – propone un approccio «realistico» al diritto penale che ponga fine al «divorzio dalla pratica», all'«idolatria della parola della legge», all'«abuso della logica astratta», alla riduzione dell'interpretazione «a una semplice operazione di logica formale», all'equiparazione delle «discipline giuridiche alla matematica e alla geometria», e recuperi «la natura essenzialmente pratica della scienza del diritto» e l'«indissolubile connessione fra il diritto e la realtà sociale», abbandonando «quella diffidenza verso il potere giudiziario, [...] quel timore per l'arbitrio del giudice che nacquerò con l'illuminismo». Il giudice va invece inteso come un «organo vivente dello Stato» che – «data l'astrattezza e la genericità delle norme legali – ha il compito di continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero» (ANTOLISEI (1940), pp. 1, 16, 17, 33, 35, 36, 40, 55, 56).

<sup>5</sup> VOGLIOTTI (2015).

<sup>6</sup> V., in proposito, VOGLIOTTI (2007), pp. 169 s.

denza della mente alla cosa (*adaequatio mentis ad rem*). Per effetto di questa svolta metodologica, il diritto viene ridotto a “cosa”, a oggetto completamente separato dal *soggetto* e dai *fatti*.

La matematica, che per l'uomo moderno è il sapere teoretico per eccellenza, capace di disvelare i segreti della natura, diventa il modello di scienza anche per il diritto: la matematica, infatti, è una scienza pura, astratta, che prescinde dai fenomeni concreti. La frattura tra il fatto e il diritto si consuma in quella temperie culturale. Nei *Prolegomeni* al trattato *De iure belli ac pacis* (1625), Grozio fissa in modo esemplare i cardini del rinnovamento metodologico proposto: «Dichiaro apertamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattare del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare» (§ 58). Compito del giurista è ora la conoscenza oggettiva della “cosa” diritto, la descrizione (*avalutativa*, come si dirà nella prima metà del Novecento, dopo il fallimento della pretesa del razionalismo moderno di realizzare una scienza teoretica, veritativa, dei valori) di oggetti giuridici contenuti in testi autoritativi. L'esito positivistico della modernità giuridica, già contenuto *in nuce* nella sua fase giusnaturalistica<sup>7</sup>, ridurrà l'intero diritto alla sola dimensione poetestativa, ponendo fine alla tradizionale raffigurazione dualistica del diritto (*auctoritas e ratio*)<sup>8</sup>.

La teoria *dichiarativa* dell'interpretazione – ricordata nel questionario e ancora oggi accettata dalla nostra Corte di cassazione, sia civile che penale<sup>9</sup> – è del tutto coerente con quelle premesse metodologiche. Sul piano ideologico, quella teoria assolve alla funzione di deresponsabilizzare in senso politico la magistratura, che può così rappresentarsi come *serva legum*, come un recettore passivo e neutrale di oggetti normativi interamente definiti dal legislatore. Nella sua versione più autoritaria e dogmatica, congeniale ad un ordinamento giudiziario concepito in modo rigidamente gerarchico e, quindi, politicamente controllabile, quella teoria non si limita a presentare l'interpretazione come un'attività conoscitiva in grado di descrivere l'intero campo semantico dell'enunciato normativo (o, secondo il lessico kelseniano, «schema normativo») <sup>10</sup>, che, per l'equivocità del linguaggio legale, può anche rivelare l'esistenza di più significati e, quindi, di più norme, ma come un'impresa capace, se svolta correttamente, di portare alla luce il significato «esatto» della legge. Precisamente a quest'aggettivo, che appartiene al linguaggio matematico, fa riferimento l'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, manifestando chiaramente, anche a livello lessicale, la premessa metodologica di quella rappresentazione del ruolo del giudice supremo.

Recenti sentenze della Corte costituzionale confermano, quantomeno a parole, quella raffigurazione “teoretica” dell'interpretazione, che giustifica a livello scientifico la dottrina della netta divisione dei ruoli del giudice e del legislatore. La sentenza n. 98 del 2021 riassume efficacemente questa visione, laddove ricorda che spetta «al solo legislatore [il] compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti», che «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione», che il significato del testo si coglie dalla «sua immediata lettura».

Al contrario, per l'ermeneutica giuridica – che, come vedremo meglio tra poco, è la teoria dell'interpretazione alla base del nuovo paradigma di cui la cultura giuridica della Corte europea è espressione – il confine dell'incriminazione, inevitabilmente sfocato al livello generale e astratto della legge, è messo a fuoco dall'applicazione giudiziale della legge, che dunque, se ben gestita, può accrescere la conoscibilità del diritto, come riconoscono i giudici di Strasburgo. L'interpretazione, inoltre, non si può ridurre a una mera attività di disvelamento – di «individuazione» – di oggetti semantici interamente definiti e depositati nel testo dal suo autore, trattandosi, piuttosto, di un'attività di ricostruzione di significati. Infine, il significato di un testo non si può cogliere immediatamente, ma solo tramite il *medium* dell'interpretazione, il cui significato etimologico rimanda proprio all'idea di mediazione, di “tessitura” tra il testo, il «co-testo»<sup>11</sup> normativo, il contesto extralinguistico (empirico e culturale) e il fine di giustizia

<sup>7</sup> Cfr. PIOVANI (2000), p. 88: «Il diritto naturale moderno [...] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

<sup>8</sup> VOGLIOTTI (2013), p. 385-394.

<sup>9</sup> Le Sez. Un. Civ. del 15 gennaio 2019, n. 4135 riconducono la natura «dichiarativa» dell'interpretazione al principio della soggezione del giudice soltanto alla legge che «impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto» (§ 11.1). Analogamente, le Sez. Un. Pen. del 24 ottobre 2019, n. 8544, Genco, riconoscono alla giurisprudenza «soltanto una funzione dichiarativa», richiamando la sent. 25/2019 della Corte costituzionale (§ 6.1).

<sup>10</sup> KELSEN (1966), p. 384.

<sup>11</sup> Come chiarisce C. SEGRE (1986), p. 151, la nozione di “co-testo” si riferisce al «verbal environment» per distinguerla dal «situational environment» (contesto). L'adozione del termine co-testo «stresses the distinction between those elements which are intrinsically

rappresentato dai valori della Costituzione e delle Carte europee dei diritti.

Il significato del principio di legalità, ancora dominante presso la penalistica italiana e la nostra Corte costituzionale, si chiarisce alla luce delle categorie teoriche del paradigma moderno. Come il fine del sapere giuridico, secondo quel paradigma, è la verità, intesa come corrispondenza tra la mente e la cosa (tra l'interprete e il dato giuridico), così la legalità è la misura della (*esatta*) corrispondenza degli atti di esercizio del potere (sentenze dei giudici o provvedimenti dell'amministrazione) alla "cosa" legge<sup>12</sup>.

### 3.

## La nuova legalità e i suoi presupposti teorici.

In vesti completamente rinnovate appare, invece, la legalità del paradigma giuridico che ha cominciato a prendere forma nel secondo dopoguerra, in seguito al ristabilimento della «seconda dimensione» del diritto per effetto delle Costituzioni rigide e della riabilitazione della tradizione aristotelica della filosofia pratica<sup>13</sup>. All'origine della riscoperta di quella tradizione, avvenuta inizialmente in Germania nella seconda metà degli anni '50 del secolo scorso, vi fu la «catastrofe»<sup>14</sup> dei totalitarismi e della guerra. Quella tragedia, «al di là delle molteplici trasformazioni sociali che l'avevano preparata», veniva in qualche modo «imputata all'atrofizzazione del giudizio nel mondo moderno, alla perdita della capacità di dare "misura" all'agire e di cogliere i principi e le ragioni della condotta umana». Come si è visto, alla filosofia moderna manca «un concetto di prassi che non si risolva nel dominio tecnico e nella ragione calcolante: anche la filosofia politica, a partire dal mutamento di paradigma hobbesiano, non è altro che ragione teoretica posta al servizio di intenti pratici»<sup>15</sup>. Per far fronte alla «crisi del diritto»<sup>16</sup>, su cui si interrogò insistentemente la scienza giuridica italiana dopo la bufera del fascismo e della guerra, occorre un sapere in grado di fornire valutazioni dal punto di vista etico, capace di riconoscere condizioni e criteri della «buona» riuscita dell'agire. Non essendo più percorribile la via di un ritorno al diritto naturale, incompatibile con l'etica moderna della libertà, che sancisce l'autonomia morale dell'individuo, e con il pluralismo assiologico delle società contemporanee, ci si rivolse «all'idea antica di una "filosofia pratica", cioè ad un discorso che non rinunciava ad essere un sapere, ma fosse al tempo stesso valutativo, cioè capace di orientare la prassi»<sup>17</sup>.

In ambito giuridico, questo programma trova espressione nelle forme di una teoria dell'argomentazione ispirata al metodo topico-dialettico della filosofia aristotelica<sup>18</sup> e, successivamente, sulla scia dell'insegnamento di Gadamer, in quelle dell'ermeneutica<sup>19</sup>. In Italia, il riavvicinamento della scienza giuridica alla ragion pratica coincide soprattutto, a partire dagli anni Sessanta, con la «scoperta della Costituzione» e con l'esperienza del giudizio di costituzionalità. Il confronto critico tra i principi della Costituzione e le norme della legislazione richiede alla dottrina, alla Corte costituzionale e ai giudici comuni – specialmente tramite la pratica dell'interpretazione conforme – di fare costantemente ricorso a giudizi di valore (che il positivismo avalutativo della prima metà del '900 aveva ostracizzato) e di servirsi, seppur a lungo in modo inconsapevole, degli strumenti metodologici della tradizione topico-dialettica<sup>20</sup>.

textual (or intratextual) and extratextual elements: the latter being proper to extensional semantics (possible worlds, etc.) and to pragmatics (production, reception, interpretation of the text)».

<sup>12</sup> VOGLIOTTI (2013), pp. 420-422.

<sup>13</sup> Su questa vicenda si rinvia a VOGLIOTTI (2013), pp. 395 s.

<sup>14</sup> CAPOGRASSI (1959).

<sup>15</sup> PORTINARO (1999), p. 531-532.

<sup>16</sup> Nella primavera del 1951 la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova dedicò alla questione un ciclo di conferenze, raccolte nel volume *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953. Pur nella diversità delle valutazioni e degli accenti, si poteva discernere, in quelle discussioni, la «comune convinzione che i giuristi avessero la loro parte di responsabilità nella crisi, e che questa responsabilità derivasse dalla rassegnata adorazione della legge positiva, dalla esasperazione del tecnicismo che aveva impedito la visione dei fondamenti e dello scopo ultimo del diritto, dall'eccessiva fiducia nella costruzione e nel sistema» (BOBBIO (1965), p. 20).

<sup>17</sup> BERTI (2004), p. 96.

<sup>18</sup> Cfr., in particolare, i lavori pionieristici di VIEHWEG (1962) e di PERELMAN (tra cui spicca il poderoso *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), scritto con L. Olbrechts-Tyteca). Cfr. anche, per una sintesi delle sue numerose riflessioni in ambito giuridico PERELMAN (1976).

<sup>19</sup> Gadamer ha più volte affermato, a partire dal paragrafo di *Verità e metodo* che illustra «l'attualità ermeneutica di Aristotele», la convinzione che la filosofia pratica di Aristotele sia il modello della filosofia ermeneutica.

<sup>20</sup> Il nesso tra l'«ermeneutica costituzionale» e «i modi argomentativi della filosofia pratica» è messo bene in luce da MENGONI (1996), pp. 115 ss.

Per effetto del recupero della natura pratica del sapere giuridico, muta radicalmente la rappresentazione dell'essere del diritto: non più “cosa” di cui appropriarsi da parte di un soggetto pensato come nettamente separato dall'oggetto, ma *azione, pratica sociale* orientata verso la giustizia, che è il fine proprio del sapere giuridico in quanto sapere pratico. Come osserva Gadamer, il sapere pratico «non è un sapere oggettivo; colui che sa non sta di fronte a uno stato di cose che si tratti di registrare obiettivamente, ma è immediatamente coinvolto e interessato in ciò che ha da conoscere. Si tratta di qualcosa che egli ha da fare»<sup>21</sup>. Il compito del sapere pratico (morale e giuridico) è quello di «trovare ciò che è giusto nel caso concreto, cioè saper vedere concretamente ciò che è giusto nella situazione determinata e attenersi ad esso»<sup>22</sup>. Il bene si presenta all'uomo «sempre nella concretezza particolare delle singole situazioni nelle quali egli viene a trovarsi» e quindi il sapere ad esso relativo dovrà «guardare alla situazione concreta riconoscendo, per così dire, ciò che essa esige da lui, o, in altre parole, colui che agisce deve vedere la situazione concreta alla luce di ciò che in generale si esige da lui»<sup>23</sup>.

L'essere del diritto non ha dunque una natura “oggettuale”, alla stregua di un dato della natura, ma “relazionale”<sup>24</sup>. E ciò in un triplice senso.

Il diritto, innanzitutto, è *relazione* in quanto l'azione – che è l'oggetto delle scienze pratiche – è un concetto relazionale: non si può, infatti, agire in astratto, ma solo qui ed ora, in una situazione particolare e in un momento particolare<sup>25</sup>. Il diritto, quindi, non si dà tutto nella “cosa” legge, ma si fa nelle relazioni interpretative tra l'enunciato normativo e il fatto, tra il testo e il contesto (empirico e culturale). In secondo luogo, il diritto è relazione perché, contrariamente agli oggetti della natura che esistono in sé e per sé, esso non può vivere soltanto nella datità della legge, presupponendo necessariamente la relazione tra soggetto e oggetto: non è possibile, infatti, concepire l'agire prescindendo dal soggetto che agisce. Ne discende che il sapere giuridico, in quanto appartenente alle scienze pratiche, è un sapere che coinvolge inevitabilmente colui che agisce. Il significato di un testo, sostiene l'ermeneutica, è la risposta a una domanda che pone l'interprete attraverso il filtro ineludibile della sua *precomprensione*<sup>26</sup>, di cui egli deve avere consapevolezza per poterla controllare. Infine, il diritto è relazione perché l'agire giuridico è teleologicamente orientato verso la giustizia, che, come si è visto, è il fine delle scienze pratiche. Ne consegue che, diversamente dalle scienze teoretiche – veritative, descrittive e oggettivanti – il sapere giuridico è un sapere (parzialmente) *produttivo* del proprio oggetto. Il significato dell'enunciato normativo, infatti, non è propriamente un dato che richieda semplicemente di essere *scoperto*, ma un *risultato* che l'interprete deve conseguire in vista di un fine, un *progetto* che, nei casi difficili, deve essere *prudentemente* concepito alla luce della precomprensione dell'interprete, delle relazioni del testo con l'ambiente giuridico (testuale) che lo circonda (il co-testo), delle peculiarità del contesto (empirico e culturale, sempre più spesso eterogeneo e conflittuale in una società caratterizzata dalla pluralità delle forme di vita) e del fine di giustizia indicato dalle Carte dei diritti (il cui significato dipende, a sua volta, dalle differenti categorie culturali di senso e di valore che si danno in un determinato momento storico).

Alla luce di queste nuove coordinate epistemologiche ed ontologiche muta il significato della legalità. Se, coerentemente con il metodo descrittivo e veritativo delle scienze teoretiche, la vecchia legalità (legislativa) era misura della *corrispondenza* dell'atto (sentenza o provvedimento amministrativo) alla “cosa” legge (che, nell'ambito di una visione monistica del diritto, esaurisce l'intera dimensione del giuridico), la nuova legalità (costituzionale) è misura della *conformità* dell'atto al *diritto* (nella sua duplice dimensione di *auctoritas* e *ratio*, di regola legislativa e di principi costituzionali), nel significato che gli è dato dalla diffusa e incessante

<sup>21</sup> GADAMER (1983), p. 365.

<sup>22</sup> Ivi, p. 368.

<sup>23</sup> Ivi, p. 364.

<sup>24</sup> VOGLIOTTI (2007), pp. 206-210.

<sup>25</sup> Sulla natura contestuale delle scienze pratiche, v. ARISTOTELE, *Metafisica*, 993 b 20-23: «Della [filosofia] teoretica è fine la verità, mentre di quella pratica è fine l'opera; se anche, infatti, i [filosofi] pratici indagano come stanno le cose, essi non considerano la causa per sé, ma *in relazione a qualcosa ed ora*» (la sottolineatura è nostra).

<sup>26</sup> Con tale concetto s'intende «un apparato categoriale, acquisito, nel senso più ampio, attraverso un'esperienza sociale, con il cui aiuto il giudice, inconsciamente, sceglie, registra e classifica le caratteristiche “manifestamente” rilevanti di un caso e delle norme “appropriate” alla sua soluzione» (ESSER (1983), p. 4). Per Esser il processo di reperimento del diritto è attivato dalla rappresentazione anticipata, da parte del giudice, di una soluzione del caso che possa essere accettata come ragionevole e giusta dai «“benpensanti” della sua stessa società», perché il diritto «non “può” pretendere qualcosa di ingiusto e di non ragionevole, ma attende piuttosto proprio quella comprensione del suo “contenuto” che conduce a decisioni giuste» (ivi, p. 18).

pratica interpretativa della giurisdizione e dell'amministrazione<sup>27</sup>.

La natura relazionale del diritto e il carattere contestuale e teleologico del sapere giuridico si oppongono alla rappresentazione tradizionale – fondata su una concezione teoretica, descrittiva e astratta, del sapere giuridico – che distingue il momento dell'*interpretazione* (in astratto) dal momento dell'*applicazione* (in concreto). Tale distinzione – fatta propria dagli Autori del questionario<sup>28</sup>, presente in Kelsen<sup>29</sup> e riproposta ancora oggi da alcuni esponenti dell'indirizzo analitico<sup>30</sup>, insensibili alla «svolta contestuale»<sup>31</sup> e pragmatica avvenuta nell'analisi del linguaggio in quella stessa tradizione filosofica – presuppone la netta separazione tra fatto e diritto, che, come si è visto, è una delle dicotomie fondamentali del pensiero giuridico moderno. L'ermeneutica giuridica, che, come si è già ricordato, si rifà alla tradizione aristotelica della filosofia pratica, rifiuta quella dicotomia, ponendo al centro dell'impresa interpretativa il *caso*, che è il luogo d'incontro e di mutua fecondazione tra il fatto e l'enunciato normativo, e difendendo la tesi dell'inscindibilità del nesso interpretare-applicare: il testo non è compreso dall'interprete «come qualcosa di universale e solo in un secondo tempo usato per applicazioni a determinati casi particolari». L'applicazione non è infatti «una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce nella sua stessa essenza fin dall'inizio»<sup>32</sup>.

La centralità del momento applicativo e, quindi, la produttività dell'interpretazione si rivelano chiaramente nei «casi difficili».

Prendiamo, ad esempio, il «caso nuovo» della prostituzione telematica, deciso dalla Corte di cassazione nel 2004<sup>33</sup>. Qui i giudici, che, orientati dalle loro precomprensioni, hanno avvertito un «bisogno di disciplina» del fatto<sup>34</sup>, hanno arricchito il contenuto semantico della legge che punisce lo sfruttamento e il favoreggiamento della prostituzione, aggiungendo, agli elementi costitutivi del concetto di prostituzione, *l'interazione, anche a distanza*, tra il cliente e la prostituta, elemento assente nei precedenti della Corte e non ricavabile dalla lettura in astratto della norma (cioè prescindendo dal contesto applicativo). È quel fatto particolare, inimmaginabile al tempo dell'approvazione della legge Merlin, che ha indotto il giudice a comprendere l'enunciato normativo in quel senso.

Come si può facilmente notare già da questo esempio, l'attività conoscitiva del giudice non è raffigurabile come un mero rispecchiamento di un oggetto semantico già tutto definito dall'autore della legge. Essa si rivela, invece, per quello che è, conformemente alla sua natura di sapere pratico: un'attività (parzialmente) produttiva del proprio oggetto. Dopo la sentenza del giudice, la legge Merlin non è più quella che era prima dell'interpretazione/applicazione: si è arricchita di significato, si è «ispessita» semanticamente. Viene qui allo scoperto il paradosso – che è tale solo se l'interpretazione viene intesa nella prospettiva delle scienze teoretiche, descrittive e veritative – della norma che «muta attraverso la decisione fondata su di essa»: la norma, *rectius*, l'enunciato normativo o «disposizione», secondo il lessico più consono al giurista e adottato dai redattori del questionario, «viene costituita in modo nuovo attraverso la decisione»<sup>35</sup>, che pure è presa sulla base della norma.

Nella prospettiva ermeneutica, il ragionamento dell'interprete non è di tipo lineare e gerarchico (dalla norma al fatto), secondo il modello (moderno) del sillogismo, ma *circolare* o, come suggerisce Hassemer per sottolineare la virtuosità del circolo, *spiraleforme*: «entrambi i fattori del processo interpretativo, la fattispecie e il fatto, si determinano contemporaneamente, non una sola volta e sullo stesso piano ermeneutico, bensì ripetutamente e ogni volta su piani ermeneutici diversi, «più elevati»». Fatto e norma, dunque, si arricchiscono reciprocamente: «la fattispecie e i suoi elementi sono ermeneuticamente incompleti, non dispiegati fino al momento in cui vengono posti in riferimento al fatto da giudicare. Lo stesso vale *vice versa* per il fatto. Fino a quel momento è stabilito solo ciò che essi possono significare, ma non

<sup>27</sup> VOGLIOTTI (2020a).

<sup>28</sup> La tesi tradizionale della separazione era sostenuta già in DONINI (2011), p. 81.

<sup>29</sup> KELSEN (1966), pp. 381-390.

<sup>30</sup> V., ad esempio, FERRAJOLI (2007), pp. 560 ss. e GUASTINI (2007), pp. 60, 79, 82 ss. e 96

<sup>31</sup> PENCO C. (2002).

<sup>32</sup> GADAMER (1983), p. 376.

<sup>33</sup> Sez. III, 22 aprile 2004 (dep. 8 giugno 2004), n. 534, in «Cassazione penale», 2004, p. 3577-3581.

<sup>34</sup> HRUSCHKA J. (2009), pp. 65-66. Questo bisogno di disciplina, mosso da un «interesse pratico», costituisce la *domanda* che innesca il processo ermeneutico: «senza una precomprensione sul bisogno di regolamentazione del caso e sulla «adattabilità» della norma alla situazione di conflitto, il testo interrogato non può offrire alcuna risposta» (DE RUGGIERO L. (1977), p. 127). Sul «primato ermeneutico della domanda» (GADAMER (1983), pp. 418 ss.), ha particolarmente insistito Hruschka, nel saggio citato.

<sup>35</sup> HASSEMER (2007), pp. 167-168.

cosa significano attualmente. Il loro senso è dunque il risultato del processo interpretativo»<sup>36</sup>.

Si obietterà. La tesi dell'inscindibilità del nesso interpretare/applicare, bene esemplificata dall'immagine del «circolo ermeneutico», vale solo per i casi difficili, non per quelli facili o «casi-esempio», per riprendere la formula usata nel questionario. Che il portafoglio sia un'occorrenza della nozione «cosa mobile» lo era pacificamente in passato e lo sarà in futuro, senza necessità di attendere il momento applicativo per comprendere appieno il significato della formula legislativa che punisce il furto. A una tale obiezione si può rispondere, innanzitutto, che la bontà di una teoria non si apprezza nei casi facili, ma si testa con quelli che i filosofi della scienza chiamano «*experimenta crucis*». È tale l'esperimento che consente di decidere tra due ipotesi o teorie rivali. Per noi giuristi, l'*experimentum crucis*, che permette di operare la scelta tra due teorie rivali dell'interpretazione è rappresentato proprio dal «caso difficile».

Una seconda risposta si può ricavare dall'obiezione che Fuller muove ad Hart in relazione alla tesi dell'esistenza di un nucleo di significato («*core of meaning*») che può essere attinto rimanendo rigorosamente all'interno del perimetro linguistico dell'enunciato<sup>37</sup>. I casi che cadono all'interno di questo nucleo sono detti da Hart «chiari» o «paradigmatici». Qui l'interprete si limiterebbe a «scoprire» un significato preesistente, definito dalle convenzioni linguistiche operanti in una determinata comunità interpretativa, e, come tale, indipendente dal momento applicativo. Fuller risponde che non è possibile, a livello puramente linguistico, astratto, distinguere una volta per tutte i casi facili dai casi difficili. Il caso paradigmatico è il risultato di un'attività ricostruttiva che esige un'indagine intorno allo scopo della regola, alla luce della concreta situazione in cui quella si deve applicare. Per comprendere l'autentico significato di una regola non è possibile, quindi, prescindere da considerazioni di tipo *pragmatico*, che si collocano oltre il testo da interpretare.

Fuller suggerisce al suo interlocutore di considerare il caso di un carro armato perfettamente funzionante, posto su un piedistallo come parte di un monumento in memoria dei caduti in guerra. Diversamente dal caso dei pattini a rotelle o dell'automobile giocattolo, che rientrano nell'«area di penombra» e sono pertanto «casi difficili», il carro armato – considerato in astratto, ossia prescindendo dalla peculiarità del contesto fattuale e dallo scopo della regola – sembra rientrare senz'altro nel nucleo di significato del termine «veicolo». Il carro armato, dunque, in quanto occorrenza certa del tipo «veicolo», non dovrebbe mai poter entrare nel parco. Tuttavia, alla luce della concretezza del fatto (il carro armato, nel caso di specie, è impiegato come un monumento) e dello scopo della regola (preservare la quiete nel parco) sarebbe del tutto irragionevole – perché contrario alla natura *pratica e*, dunque, *contestuale e progettuale* del sapere giuridico – vietare l'introduzione di *quel* carro armato nel parco.

Infine, proprio per l'impossibilità di tracciare in astratto, a livello puramente semantico-sintattico, un confine tra casi facili e difficili, può accadere che un caso sia ritenuto facile per un certo periodo di tempo e, in seguito al mutamento del contesto (fattuale, tecnologico, sociale, culturale, giuridico...), venga percepito come difficile e ciò senza che il testo immediato di riferimento, con il quale si apprezzava la facilità del caso, sia mutato.

Il caso *S.W. c. Gran Bretagna* del 22 novembre 1995, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, illustra bene questo carattere mobile del confine tra le due tipologie di casi.

I giudici di Strasburgo dovevano stabilire se la condanna di un uomo per violenza sessuale nei confronti della propria moglie fosse contraria al principio dell'irretroattività del diritto penale, contemplato all'art. 7 della Convenzione europea, in quanto, secondo il ricorrente, tale decisione si sarebbe fondata su un mutamento *in malam partem* di una regola di *common law* che prevedeva il principio dell'immunità coniugale in materia. Lasciamo per il momento in sospenso la questione – che affronteremo nel paragrafo successivo – della retroattività «occulta» dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli.

Dalla lettura della decisione della Corte, si evince che, nell'ordinamento inglese – quantomeno fino al 1949<sup>38</sup> – vigeva incontrastato il principio dell'immunità coniugale. Tale principio era stato enunciato da Sir Matthew Hale, *Chief Justice*, in un'opera pubblicata nel 1736 (*History of the Pleas of the Crown*). Il passo rilevante è così ricordato dalla Corte europea: «the husband cannot be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their ma-

<sup>36</sup> Ivi, pp. 176 e 189.

<sup>37</sup> FULLER (1958), pp. 661 ss. La tesi di Hart è enunciata in HART (1958).

<sup>38</sup> In un documento di lavoro della *Law Commission*, terminato il 17 settembre 1990 e ricordato dalla Corte europea, si notava che, prima del 1949, non era stato reperito nessun caso di azione penale intentata contro un marito per violenza sessuale nei confronti della moglie (§ 24).

trimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract» (§ 10). Il principio di immunità coniugale orientava l'interpretazione dell'art. 1, § 1 lett. a) della legge del 1976 (*Sexual Offences Amendment Act*), norma che precisava la definizione del reato di violenza sessuale già previsto da una legge del 1956. Tale articolo definiva così il reato in questione: «a man commits rape if (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it» (§ 20). Secondo tale lettura, il termine «illegittimi» (*unlawful*) veniva comunemente inteso come una conferma del principio enunciato da Sir Matthew Hale: l'articolo escludeva dalla definizione di violenza sessuale i rapporti «legittimi», ossia quelli consumati all'interno del matrimonio. Per lungo tempo, quindi, il caso se un marito potesse essere condannato per stupro della moglie era considerato facile, tanto da non aver innescato azioni penali fino al 1949.

Dopo quella data, però, il caso comincia progressivamente a non essere più così chiaro. Come si ricava dal § 15 della sentenza della Corte europea, il giudice inglese di prima istanza nota, il 18 aprile 1991, che l'immunità coniugale «has, particularly over the last 30 or 40 years, been whittled away by judicial decision to the extent that [...] it no longer exists».

Che cos'è accaduto in quel lasso di tempo? È accaduto che, malgrado fosse rimasta inalterata la legge del 1976, interpretata alla luce dell'autorevole opinione del *Chief Justice Hale*, il *contesto* era progressivamente mutato. Tale mutamento si rifletteva (rendendosi così giuridicamente percepibile) in quella parte della giurisprudenza – più attenta a recepire i nuovi segnali provenienti dalla società – che iniziava a prendere le distanze dall'originario orizzonte interpretativo, introducendo delle eccezioni alla regola dell'immunità<sup>39</sup>. A quei temperamenti giurisprudenziali fece presto eco il formante legislativo che cominciò ad esprimersi con dibattiti parlamentari e proposte di riforma confluite nel documento finale della *Law Commission*, depositato il 17 settembre 1990 (giusto un giorno prima del verificarsi dei fatti delittuosi oggetto del ricorso alla Corte europea). In tale documento si raccomandava di sopprimere la regola dell'immunità<sup>40</sup>. Parallelamente a questi fermenti legislativi, era anche mutato l'ambiente normativo circostante. Il co-testo legislativo (il diritto di famiglia e, in particolare, la disciplina dei rapporti tra i coniugi) aveva progressivamente registrato le trasformazioni dell'*ethos* della società inglese.

Tale evoluzione è ben sintetizzata da un *obiter* di una sentenza della *House of Lords* resa il 23 ottobre 1991, in relazione ad un caso analogo di stupro della moglie da parte del marito. Come si ricava dalla sentenza dei giudici europei, la Corte suprema inglese sottolinea che il *common law* è «capable of evolving in the light of changing social, economic and cultural developments. Whilst Sir Matthew Hale's proposition had reflected the state of affairs at the time it was enunciated, the status of women, and particularly of married women, had changed out of all recognition in various ways. Apart from property matters and the availability of matrimonial remedies, one of the most important changes had been that marriage was in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be the subservient chattel of the husband» (§ 12). Alla luce di queste premesse, la Corte europea assolve l'operato della giurisprudenza inglese, aggiungendo l'ulteriore argomento secondo cui «the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom» (§ 44).

Dalla vicenda giudiziaria qui sommariamente evocata si ricava, quindi, che il caso in esame, facile in un determinato momento storico, era diventato progressivamente sempre più difficile (tanto da richiedere una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo), e – dopo le sentenze della *House of Lords* e dei giudici di Strasburgo – si avviava a diventare di nuovo facile. Tale tendenza è stata poi anche confermata da una legge del 1994 (*Criminal Justice and Public Order Act*) la quale, in una delle sue disposizioni, ha soppresso la parola «illegittimi» che

<sup>39</sup> La *Law Commission*, in un documento depositato il 17 settembre 1990, distingue due tipi di eccezione giurisprudenziale alla regola dell'immunità, a seconda che fosse o no intervenuta una decisione dell'autorità giudiziaria. Tra i casi che rientrano nella prima ipotesi ricordiamo: la decisione che libera la moglie dal dovere di coabitare con il marito; una sentenza di separazione o un giudizio provvisorio di divorzio; un'ordinanza di interdizione a molestare la moglie. Quanto alla seconda tipologia, alcune sentenze scartavano la regola dell'immunità in presenza di un esplicito accordo di separazione, poi esteso anche ai casi di accordo tacito, ricavabile, ad esempio, dalla rottura della vita in comune accompagnata da un chiaro segno di revoca del consenso ai rapporti sessuali (cfr. § 25).

<sup>40</sup> Per inciso, proprio questo documento della *Law Commission* era stato invocato a proprio scarico dal ricorrente come prova del fatto che, all'epoca del (presunto) delitto, il diritto inglese prevedeva ancora la regola dell'immunità.

forniva un appiglio linguistico alla lettura tradizionale<sup>41</sup>.

## 4.

### Problemi nuovi e nuove soluzioni: l'*overruling in malam partem*.

Il caso inglese della violenza sessuale ci conduce direttamente a uno dei più importanti problemi generati dal nuovo paradigma e richiamati dagli Autori del questionario: come comportarsi di fronte a mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, che, ora, osservati con le lenti dell'ermeneutica e della Corte di Strasburgo, ci appaiono come veri e propri mutamenti del *diritto*?

Nella prospettiva del penalista moderno, che attribuisce all'interpretazione dei giudici una funzione meramente dichiarativa, i mutamenti giurisprudenziali appaiono semplicemente come letture diverse (una "esatta", l'altra o le altre sbagliate e, per questo, corrette dall'*overruling*) di un testo il cui *vero* significato è da sempre esistente nelle pieghe della lettera della legge e, quindi, conoscibile (a volte *prima facie* altre volte con uno sforzo interpretativo più o meno intenso)<sup>42</sup>. Per la "scienza normale" del paradigma penale moderno – quella che è riprodotta fedelmente nei manuali e che affonda le sue radici nel modello aristotelico delle scienze teoretiche – non vi è spazio per una visione più scettica dell'attività interpretativa del giudice: se l'enunciato normativo o «schema» contiene più significati – e quindi, nel modello kelseniano, più norme – quell'enunciato deve essere impugnato di fronte alla Corte costituzionale per violazione del principio di determinatezza.

Come si vede, nella rappresentazione *geometrica* del paradigma moderno tutto appare ben definito e ogni problema ha una sua soluzione: non c'è spazio per l'incertezza. Se i principi del paradigma vengono rispettati dal legislatore e se i giudici padroneggiano gli strumenti della scienza (e ciò, in quella narrazione, si presume che accada per i giudici della Cassazione, selezionati per la loro elevata competenza scientifica) non vi è spazio per dubbi interpretativi radicali, non risolvibili attraverso il corretto uso della ragione (teoretica) del giudice. Per lo stesso motivo, non vi dovrebbero essere mutamenti di giurisprudenza: se questi si verificano è perché la prima lettura della legge è frutto di un'interpretazione sbagliata, di un uso scorretto della ragione giuridica. Insomma, le disfunzioni del *sistema* penale (altro termine tratto dal lessico matematico) – l'indeterminatezza degli enunciati normativi, i dubbi interpretativi radicali e irrisolvibili, i mutamenti di giurisprudenza, i contrasti giurisprudenziali, l'incertezza della risposta giudiziaria – dipendono *esclusivamente* dall'insipienza degli attori del sistema o dalla loro tracotanza (per finalità politiche, per motivi ideologici, per calcoli di interesse personale o corporativo, per ragioni repressive...).

Se la legge è *perfetta*<sup>43</sup> e la legge *può e deve* essere perfetta (se non lo è deve essere dichiarata incostituzionale per violazione del principio di legalità-determinatezza), e il metodo giuridico (veritativo e descrittivo) è impiegato correttamente, l'apporto degli attori del sistema – con l'eccezione del mitizzato Legislatore, l'unico soggetto abilitato ad effettuare scelte di valore in quanto rappresentante del popolo sovrano – è puramente tecnico e, quindi, marginale: essi devono limitarsi ad assicurare che la macchina del diritto funzioni correttamente.

Del tutto diverso è, invece, il ruolo dell'*uomo di legge* (del giurista-interprete) nel paradigma dello stato costituzionale di diritto, che si sta sempre più definendo. Alla luce della natura relazionale del diritto e del carattere pratico del sapere giuridico – che rappresentano la componente ontologica e metodologica del nuovo paradigma – l'interpretazione non è una mera attività (oggettiva, spersonalizzata) di disvelamento di significati già completamente definiti nel testo, ma, come si è visto, un'attività di *progettazione* di significati in cui la *phronesis* o *prudentia* dell'interprete (il suo «retto discernimento», tenuto conto di tutti quei fattori contestuali e teleologici di cui si è detto) è inevitabilmente coinvolta. Visto il ruolo attivo, ricostruttivo, dell'interprete, che non può sfuggire alla *responsabilità* nei confronti del *risultato*

<sup>41</sup> Tale appiglio formale era però neutralizzato dall'opposta lettura "progressista" che interpretava l'espressione legale "rapporti sessuali *illegittimi*" come una semplice ridondanza tesa a sottolineare il carattere non consensuale (e quindi *contra ius*, "illegittimo") dei rapporti sessuali (cfr. il § 42 della sentenza). Ciò rivela in modo evidente tutta la fragilità e l'equivocità del canone dell'interpretazione meramente letterale.

<sup>42</sup> Alla luce del paradigma moderno, il problema dei mutamenti giurisprudenziali, per le ragioni che sappiamo, era un problema *impensabile*: quel fenomeno non era contemplato dalle categorie teoriche del paradigma e, quindi, non "esisteva" (o, se si preferisce, non era percepibile). V., in proposito, VOGLIOTTI (2002).

<sup>43</sup> Sull'ideale, tipicamente moderno, della "legge perfetta", v. OST (1996).



della sua attività costitutiva e valutativa, si pone un nuovo problema che, a nostro parere, è *il problema davvero fondamentale* del nuovo paradigma: quello della *qualità* dell'uomo di legge (e, quindi, della *formazione del giurista*), che si affianca, superandolo per rilevanza, al problema, tipicamente moderno, della qualità della legge<sup>44</sup>.

Quest'ultima non solo è stata detronizzata dalla Costituzione dalla sua posizione di vertice della piramide delle fonti. Con la «trasformazione costituzionale»<sup>45</sup> che ha sancito il tramonto del vecchio stato legislativo di diritto e l'avvento del nuovo stato costituzionale, è la stessa immagine (moderna) della piramide che non regge più: osservato attraverso il filtro del nuovo paradigma, il diritto appare come una *rete* di materiali giuridici, disposti su scale gerarchiche spesso incerte, variabili, «aggrovigliate»<sup>46</sup>, in cui svolge un ruolo cruciale l'interprete, chiamato a *tessere relazioni* tra *auctoritates* (i materiali giuridici ritenuti validi, secondo i criteri di validità dell'ordinamento coinvolto, e ordinati secondo le regole di competenza e di gerarchia, sempre più definite interpretativamente dai «Grandi Tribunali»<sup>47</sup> e *rationes* (argomenti interpretativi, valutazioni prudenziali di ragionevolezza, ponderazioni e bilanciamenti, sentenze di corti autorevoli di altri ordinamenti, opinioni dottrinali, concezioni filosofiche, etiche, antropologiche diffuse nella società...).

In quest'opera *prudente* di tessitura il giurista-interprete non deve soltanto possedere un *sapere* (le competenze metodologiche del nuovo paradigma e un'ampia cultura generale), ma deve anche e necessariamente acquisire un'*etica* professionale: l'etica del *limite*. Più precisamente, è proprio il tipo di sapere del nuovo paradigma, la consapevolezza della *debolezza* della ragion pratica rispetto alla *forza* ostentata della ragione teoretica – una forza che però si è rivelata *illusoria* perché frutto di un fraintendimento metodologico, alla radice dell'esito nichilistico della modernità giuridica<sup>48</sup> – che spinge il giurista a rivolgersi all'etica e alla deontologia. Svanita l'illusione moderna di un diritto capace di porre da sé limiti oggettivi e cogenti all'interprete, è quest'ultimo che deve avere la forza di fissare un limite alla sua *vis* ermeneutica se vuole che il tessuto del diritto non si laceri<sup>49</sup>.

Per tornare al problema dei mutamenti giurisprudenziali, si impone una preliminare scelta metodologica: dobbiamo accostarci a questo problema con gli occhiali del nuovo paradigma, ma con gli strumenti del vecchio (com'è consueto nei lavori dedicati al tema e com'è suggerito dagli Autori del questionario) oppure dobbiamo fare ricorso alle risorse del nuovo paradigma e, quindi, elaborare soluzioni con esso coerenti?

Secondo l'approccio consueto, in presenza di mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, la dottrina che rifiuta la concezione dichiarativa dell'interpretazione prospetta due possibili soluzioni. Una soluzione *oggettiva*, che parifica *in toto* il mutamento giurisprudenziale al mutamento legislativo, estendendo analogicamente (*in bonam partem*) l'art. 2, c. 2, c.p. o applicando direttamente l'art. 25 della Costituzione (v. il punto 6 del questionario). Una soluzione *soggettiva*, accolta dalla Cassazione in via di principio<sup>50</sup>, che consente di ottenere il medesimo risultato di non applicare la nuova interpretazione al fatto verificatosi prima dell'*overruling* facendo leva sull'art. 5 c.p., come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza 368/1988. Con quella pronuncia la Corte – attribuendo rilevanza scusante al «caos giurisprudenziale» – introduce un temperamento all'assolutezza del principio *ignorantia legis non excusat*, principio perfettamente coerente con la cornice teorica e mitologica del paradigma penale moderno. Alla luce di tale rilettura dell'art. 5 c.p. – che rappresenta una prima registrazione ufficiale di un'anomalia del paradigma penale moderno, cui si tenta di reagire, pragmaticamente, con una soluzione tratta dalle risorse offerte dallo stesso paradigma (strategia delle ipotesi *ad hoc*) – la non conoscenza della nuova interpretazione sfavorevole sarebbe

<sup>44</sup> V., *amplius*, VOGLIOTTI (2007), cap. V («Dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge»). Sull'esigenza di ripensare il modello di formazione del giurista, in modo tale che sia coerente con le caratteristiche del nuovo paradigma, v. VOGLIOTTI (2020b).

<sup>45</sup> FIORAVANTI (2016).

<sup>46</sup> Con la formula «gerarchie aggrovigliate» si allude a quel fenomeno apparentemente paradossale per cui «quelli che si presume siano livelli gerarchici ben precisi e netti, inaspettatamente s'intrecciano in un modo che viola i principi gerarchici (HOFSTADTER (1990), p. 749).

<sup>47</sup> V., in merito e per alcune esemplificazioni, CASSESE (2009).

<sup>48</sup> Su questo esito, v. VOGLIOTTI (2007), in particolare il cap. II: «Modernità liquida». V. anche, per ulteriori considerazioni, VOGLIOTTI (2019).

<sup>49</sup> Sull'esigenza di un'etica del limite v., più diffusamente, VOGLIOTTI (2007), pp. 305-317. Recentemente Francesco Palazzo ha messo bene in luce tutta l'importanza di un'etica dell'interpretazione come «limite interno all'esercizio della funzione giudiziaria» (PALAZZO (2022), p. 128).

<sup>50</sup> Finora, l'unica sentenza che non ha fatto retroagire l'*overruling* giurisprudenziale *in malam partem* (disposto da una decisione delle Sezioni Unite) è Cass. Sez. III, 6 ottobre 1993, n. 435, Garofoli, in «Giustizia penale», 1995, II, c. 43 s.

scusata in quanto errore inevitabile e, quindi, incolpevole.

Entrambe le soluzioni, pensate originariamente per problemi diversi da quello in esame, non soddisfano pienamente.

La soluzione oggettiva, che tratta allo stesso modo due fenomeni diversi (il mutamento legislativo e il mutamento giurisprudenziale), non convince per almeno tre ragioni. Innanzitutto perché il mutamento legislativo interviene sull'enunciato normativo (sul testo), mentre il *revirement* giurisprudenziale interviene sulla norma (sul significato del testo). In secondo luogo perché il mutamento legislativo è prodotto da un unico autore, si presume stabile ed è precisamente e facilmente individuabile (ha un carattere puntiforme ed è regolato da una logica *monotónica*); il mutamento giurisprudenziale, invece, non è originato da un unico soggetto (per limitarsi alla Corte di cassazione, le sue sezioni sono sei e la composizione dei collegi varia), non possiede una presunzione di stabilità (il precedente non è vincolante) e, data la sua natura interpretativa, non è agevole definire con precisione il momento in cui l'*overruling* si verifica (ha un carattere di flusso ed è regolato da una logica *fuzzy* o *floue*).

A voler essere precisi, vi è un mutamento giurisprudenziale che, per questo secondo profilo, appare molto simile al mutamento legislativo: quello disposto dalle Sezioni Unite, specie dopo la riforma operata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che, come vedremo più avanti, ha assicurato una maggiore resistenza e stabilità ai suoi precedenti. Questa somiglianza non autorizza, però, ad omologare i due fenomeni, specialmente se si considera l'ultima, fondamentale, differenza che distingue il mutamento legislativo da quello giurisprudenziale.

Il primo, come già si è sottolineato, non ha natura interpretativa, incide, in astratto, sulla lettera della legge. Ciò significa che il legislatore è libero di modificare come vuole il testo con il solo limite di rispettare i parametri normativi di rango superiore. L'unica eccezione è rappresentata dalle leggi di interpretazione autentica, che, proprio per questa loro natura, devono essere parificate al fenomeno del mutamento giurisprudenziale. Quest'ultimo, a differenza del mutamento legislativo, ha natura interpretativa/applicativa e, quindi, è soggetto al limite del testo (a cui la diversa interpretazione deve potersi ricondurre perché la sentenza sia valida) ed è intimamente dipendente dalla concretezza del caso. Questo legame intimo con la particolarità del fatto (e, quindi, con l'autore del reato), richiede che vengano presi in considerazione anche profili di natura soggettiva (l'effettiva conoscibilità della norma, tenuto conto del contesto e delle caratteristiche del soggetto agente), riconducibili al parametro della colpevolezza.

Anche la soluzione soggettiva, però, se presa isolatamente, nella sua assolutezza, non è soddisfacente. Il mutamento giurisprudenziale non è soltanto un fenomeno che *può* (come vedremo) rendere non conoscibile la nuova interpretazione e, quindi, non esigibile il comportamento prescritto dalla nuova lettura dell'enunciato normativo. *Overruling*, nella prospettiva del nuovo paradigma, non è una realtà che coinvolge esclusivamente profili di natura soggettiva (riconducibili alla categoria della colpevolezza), ma anche oggettiva: per l'ermeneutica, come si è visto, la nuova interpretazione non è soltanto una diversa lettura della legge, ma è, più radicalmente, *nuovo diritto* (giurisprudenziale).

Proprio perché il problema del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* è un problema nuovo, tipico del nuovo paradigma, occorre immaginare una soluzione nuova, che sia al contempo oggettiva e soggettiva. Un aiuto in tal senso ci viene dalla giurisprudenza della Corte europea che, come si è già notato, è espressione di una cultura giuridica coerente con la cornice teorica del nuovo paradigma: segue – consapevolmente o inconsapevolmente – il metodo delle scienze pratiche, che la porta ad abbandonare lo standard inesigibile della certezza (proprio delle scienze teoretiche) a vantaggio del criterio della *ragionevole* prevedibilità; ha un approccio pragmatico, non astratto e formalistico, alle questioni giuridiche; focalizza la sua attenzione più sul *law in action* (i contesti applicativi) che sul *law in the books* (le norme generali e astratte); è più attenta alla sostanza valoriale che alla forma, all'effettività della tutela dei diritti che alla validità astratta delle regole; considera il diritto penale giurisprudenziale come un fenomeno fisiologico che, se ben gestito, può accrescere la prevedibilità del diritto e la giustizia della legge (e ciò grazie alla sua natura casistica che le consente di adattarsi alle specificità del caso concreto); accoglie la categoria ermeneutica, assiologicamente connotata, del *tipo* (la «sostanza dell'incriminazione») in luogo della categoria moderna della tassatività della fattispecie, figlia di una concezione puramente semantico-sintattica del linguaggio, che non riconosce nel momento applicativo una componente essenziale della vita della regola.

Com'è noto, la Corte di Strasburgo ha elaborato due criteri per valutare la conformità dell'interpretazione giudiziale al principio di legalità, che incorpora, secondo la sua lettura

dell'art. 7 della Convenzione, anche il formante giurisprudenziale.

Il primo criterio, già accennato – la *coerenza con la sostanza dell'incriminazione* – è rivolto al testo e ha quindi un carattere *oggettivo*. Con esso la Corte vuole garantire che l'interpretazione del giudice sia rispettosa del tipo legale, cioè del *disvalore* che il legislatore, in seguito a una scelta politica libera (con il limite del rispetto della Costituzione), ha deciso di colpire con una sanzione penale. Il tipo si costruisce a partire dal testo ma non si esaurisce in esso<sup>51</sup>. Nell'esempio già ricordato della “prostituzione” telematica, il testo della legge Merlin, grazie alla plasticità del lessema “prostituzione”, non pone ostacoli linguistici insormontabili all'interpretazione che considera quel fatto un'occorrenza del “concetto” di prostituzione. Se però il caso in questione viene affrontato tramite la categoria del tipo, la soluzione più ragionevole (e, quindi, più corretta) è di segno opposto. Si può fondatamente argomentare, infatti, che il fatto contestato è più simile al tipo della rappresentazione dell'osceno che al tipo della prostituzione<sup>52</sup>. Se si accoglie questa conclusione – fatta propria dal giudice di merito e più garantista – ne discende che la già citata interpretazione della Corte di cassazione che qualifica quel fatto “prostituzione” è priva di una base legale ed è quindi contraria al principio di legalità. Essendosi esaurite, con quella decisione, le vie di ricorso interne, al condannato si apre la possibilità di fare ricorso alla Corte europea per violazione dell'art. 7 della Convenzione. All'opposto, il caso della molestia tramite citofono (in nessun modo riconducibile alla lettera dell'art. 660 c.p. che punisce la molestia tramite telefono; provate a chiamare con un citofono qualcuno che abita in un altro palazzo...) può essere ragionevolmente considerato un'occorrenza di quel tipo legale: il disvalore è infatti il medesimo<sup>53</sup>. A tale conclusione si può giungere interpretando il caso del telefono, previsto dal legislatore, non come tassativo ma come “paradigmatico”, come un'incarnazione esemplare del tipo criminoso. Un discorso simile si può fare per il furto di energia elettrica che già prima del codice Rocco veniva considerato un'occorrenza di quella fattispecie, anche se la lettera della legge, a rigore, lo avrebbe impedito<sup>54</sup>.

Nella prospettiva dell'ermeneutica, che attribuisce all'interpretazione natura analogica e, quindi, relazionale (coerentemente con la natura relazionale dell'essere del diritto)<sup>55</sup>, l'analogia vietata è quella che estende un determinato tipo criminoso a un fatto che non possiede il medesimo contenuto di disvalore. Come osserva Francesco Palazzo, l'analogia inammissibile (perché contraria ai principi di un diritto penale liberal-garantista) è quella che «spezza il “tipo”, lo scioglie in un *continuum* che è l'esatto contrario della conformazione “tipologica” dell'illecito penale: questa è in effetti la vera analogia, cioè *non* quella che resta all'interno del “tipo” espresso dal testo legislativo riportando alla fattispecie i fatti “analoghi” perché riconducibili allo stesso contenuto specifico di disvalore, *bensì* quella che estende la disciplina legislativa ad un “tipo” caratterizzato da similitudini naturalistiche ma valutativamente eterogeneo»<sup>56</sup>.

Se l'*overruling* giurisprudenziale supera il primo test di legalità, è, cioè, coerente con la sostanza dell'incriminazione, non ne consegue automaticamente l'irretroattività del *nuovo diritto* (giurisprudenziale) *in malam partem*, come avverrebbe, in forza dell'art. 2 c.p. (e, prima ancora, dell'art. 25 Cost.), se il mutamento fosse originato dalla fonte legislativa, che non ha vincoli testuali e contestuali. La Corte europea, infatti, coerentemente con la natura interpretativa e non legislativa del mutamento, affronta la questione dell'*overruling* giurisprudenziale anche dal punto di vista soggettivo, del destinatario del precetto. Dopo aver ottenuto una risposta positiva alla domanda se la diversa interpretazione (*in malam partem*) è coerente con la sostanza dell'incriminazione, la Corte si chiede ancora: quella nuova norma, che, pur coerente con il tipo criminoso, muta la precedente giurisprudenza sul punto, è *ragionevolmente prevedibile*

<sup>51</sup> Sul *tipo* come categoria ermeneutica con cui tracciare i confini *sfcati* che distinguono l'analogia ammissibile da quella inammissibile e sulla sua costruzione, v. VOGLIOTTI (2011), pp. 61 ss.

<sup>52</sup> Ivi, pp. 128-133.

<sup>53</sup> A questa conclusione è pervenuta la Cassazione (Sez. VI, 5 maggio 1978, n. 8759, Ciconi), tramite un non mascherato ragionamento analogico (che sarebbe inammissibile secondo le categorie del paradigma penale moderno): «nella generica dizione di cui all'art. 660 Codice Penale, “col mezzo del telefono” sono compresi anche la molestia e il disturbo recati con altri analoghi mezzi di comunicazione a distanza (citofono eccetera)».

<sup>54</sup> Recentemente, una questione interpretativa simile si è posta relativamente al caso dell'appropriazione indebita di *files*. La Cassazione – pur non impiegando il criterio del tipo, non contemplato dal paradigma moderno che, almeno a livello ufficiale e declamatorio, resta per la giurisprudenza (e la scienza) il paradigma di riferimento per assicurare validità alle proprie decisioni – ha risolto la questione nel senso che «i dati informatici (*files*) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale» (sez. II, 7 novembre 2019, n. 11959, § 1.9).

<sup>55</sup> Il diritto, scrive Arthur Kaufmann, «è una corrispondenza, per cui la totalità del diritto non è un insieme di paragrafi né un'unità di norme, bensì un'unità di rapporti: un'unità relazionale. Unità relazionale, corrispondenza: ma questo significa *analogia*» (KAUFMANN (2003), p. 81).

<sup>56</sup> PALAZZO (2008), p. 271.

dal soggetto agente?

L'assunzione del punto di vista del destinatario del precetto è coerente con l'approccio pragmatico al linguaggio fatto proprio dalla Corte europea. Ciò che conta, in questa prospettiva, non è tanto il contesto di emissione del messaggio normativo, che può essere anche molto lontano dai fatti, e quindi il testo nella sua struttura semantica e sintattica, ma il contesto di ricezione del precetto da parte dei destinatari: il *law in action*, se si vuole, più che il *law in the books*.

La valorizzazione del contesto di ricezione e del destinatario del precetto ci fa meglio comprendere la ragione della non automaticità dell'irretroattività del mutamento giurisprudenziale. Diversamente dal mutamento legislativo, che intervenendo liberamente sul testo, è sempre imprevedibile, il mutamento giurisprudenziale, in quanto risultato di un'attività interpretativa, è condizionato da una serie di vincoli e di fattori che *possono* renderlo, *in quel determinato contesto e da quel particolare soggetto*, ragionevolmente prevedibile. A chi obietasse che, impostando in questo modo la questione, si aprirebbero spiragli di opinabilità e di incertezza nell'attività giurisdizionale e si avrebbero esiti processuali a "geometria variabile", a seconda dei soggetti e dei contesti coinvolti, si dovrebbe rispondere che una tale obiezione è ancora condizionata dal paradigma moderno che ha voluto imporre al sapere giuridico un abito metodologico che non è il suo: non si può chiedere, infatti, a un retore (e quindi a un giurista) delle dimostrazioni.

Per tornare alle caratteristiche del mutamento giurisprudenziale, oltre al vincolo del testo – la cui alterità è irriducibile alla *vis* ermeneutica dell'interprete e rappresenta l'*auctoritas* dal cui rispetto la sentenza trae la sua validità – l'interpretazione è soggetta a una molteplicità di altri condizionamenti: la precomprensione dell'interprete (e, quindi, la sua cultura, i suoi valori, la sua visione del mondo, i suoi pregiudizi...), il co-testo, il contesto empirico e culturale, il fine di giustizia rappresentato dai principi e dai valori della Costituzione e delle Carte europee dei diritti. Può capitare che con il trascorrere del tempo il mutamento del co-testo (per effetto di interventi legislativi o di interpretazioni giurisprudenziali che, incidendo sul tessuto normativo in cui è inserita la fattispecie incriminatrice, ne possono condizionare il significato) e il mutamento del contesto (per effetto del progresso tecnologico, di nuove scoperte scientifiche, del cambiamento dei costumi, del manifestarsi di nuove sensibilità diffuse in seno alla società...) concorrano a rendere più ragionevole, persuasiva, accettabile, la nuova interpretazione rispetto alla precedente e, quindi, più conoscibile. Del resto, se si eccettuano casi particolari, in cui, ad esempio, il destinatario del precetto è un professionista del diritto o possiede comunque, per il tipo di lavoro che svolge, specifiche competenze e conoscenze, è raro che il soggetto agisca avendo presente l'interpretazione giurisprudenziale consolidata della regola. Che ciò accada è, in fondo, una delle tante *finzioni* che popolano i discorsi dei giuristi.

In presenza di uno scenario come quello sopra evocato, si può sostenere che il "nuovo diritto" prodotto dall'*overruling* è davvero tale solo se lo si valuta in relazione al precedente indirizzo giurisprudenziale da cui si discosta; non appare più tale, invece, se lo si mette in relazione con il contesto di ricezione dell'enunciato normativo. In relazione a quest'ultimo, quella diversa interpretazione, suggerita al giudice (e, magari, in alcuni casi persino imposta) da quei mutamenti del co-testo giuridico e del contesto fattuale e culturale, apparirà al destinatario del precetto come il significato più "corretto" del testo, quello che "viene spontaneo", e, perciò, come il significato più prevedibile.

Quando ciò avvenga e, quindi, si dia un effettivo e diffuso consenso sociale sulla "nuova" norma, risultante dall'attività interpretativa e formalizzata dal giudice nella sentenza (fenomeno certamente meno consueto in società pluralistiche e frammentate come le nostre, ma tutt'altro che assente, anche in ambito penale in relazione a contenuti di disvalore pregnanti o a nuove modalità di violazione del precetto dovute allo sviluppo tecnico e scientifico), si può anche aggiungere, con Rodolfo Sacco, che quella norma, non ancora verbalizzata, esisteva già nel tessuto sociale in forma di «diritto muto». Certo, chi osservi quel fenomeno da una prospettiva esclusivamente volontaristica potrà dire che prima della verbalizzazione da parte del giudice quella norma non esisteva. Ma, osserva Sacco, «chi vada a fondo del problema osserverà che quel caso, se si fosse presentato in un altro tribunale, sarebbe stato risolto allo stesso modo. La situazione si può descrivere così: non esiste una regola verbalizzata; ma esiste, e da tempo esisteva, una situazione in cui il giudice medio, il giudice normale, se investito della questione, disporrebbe, o avrebbe disposto, in quel prevedibile modo, cioè si atterrebbe, o si sarebbe attenuto, a quel criterio di decisione. Esiste, cioè, una prevedibilità dell'ipotetica decisione giudiziale, che andrà di pari con la prevedibilità del comportamento conforme da

parte dei consociati»<sup>57</sup>.

Una situazione di questo tipo, collegata al mutamento del contesto culturale (e del co-testo giuridico), si è verificata in relazione al caso *S.W. c. Gran Bretagna*. Come si ricorderà, la Corte europea non ha ritenuto lesiva del principio di irretroattività della legge (*rectius*, del diritto) penale l'interpretazione dei giudici inglesi che, portando a termine un lungo processo di erosione di una regola tradizionale di *common law*, ha finito per far cadere il principio dell'immunità coniugale in merito al reato di violenza sessuale. Secondo la Corte europea, infatti, al momento della commissione del fatto il contesto culturale e il "cotesto" giuridico erano sufficientemente perspicui nel suggerire a qualunque persona ragionevole il venir meno di una regola che trovava la sua giustificazione all'interno di una società profondamente diversa da quella del *tempus commissi delicti*. Diversi gli indici di questo mutamento: la diffusione, nella società inglese, dei valori della dignità, della libertà personale e dell'eguaglianza dei coniugi (valori che costituiscono obiettivi fondamentali della Convenzione europea), la traduzione di questi valori in una nuova cornice giuridica che disciplina i rapporti tra i coniugi e il loro *status* all'interno della famiglia, la progressiva erosione, tramite l'introduzione di una serie di eccezioni da parte dei giudici inglesi, del non più tollerabile principio dell'immunità coniugale. In altri termini, nel momento in cui si consumò la violenza sessuale nel caso in questione, non era ragionevolmente prevedibile la norma verbalizzata nel 1736 dal giudice Hale, ma quella verbalizzata dal giudice più di duecento anni dopo, in un contesto storico e culturale completamente rinnovato.

Un altro caso, deciso dalle Sezioni Unite con la sentenza Mordino del 2018<sup>58</sup>, ci fornisce, invece, un esempio di ragionevole prevedibilità dell'*overruling* giurisprudenziale determinato dallo «sviluppo tecnologico» e dal mutamento del «contesto sociale», sullo sfondo di un cambiamento del co-testo normativo europeo e nazionale (§ 3). Sollecitate ad intervenire per risolvere il quesito sulla necessità o meno di accertare il pericolo concreto di diffusione di materiale pedopornografico ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter, c. 1, n. 1 c.p., le Sezioni Unite, superando una loro precedente decisione (sent. n. 13 del 2000, Bove), hanno escluso la necessità di un tale accertamento, ampliando in tal modo i confini del penalmente rilevante.

Alla domanda se vi sia, nel caso di specie, un problema di *overruling* che debba valere solo per il futuro (*prospective overruling*), il Collegio risponde negativamente, ritenendo – pur senza esprimersi con il linguaggio della Corte europea – quella nuova interpretazione ragionevolmente prevedibile a causa del mutamento del «quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale» (§ 4.2). Infatti, scrivono le Sezioni Unite, se «il requisito del pericolo concreto di diffusione del materiale poteva fungere da guida per l'interprete all'inizio degli anni 2000, esso è diventato oggi anacronistico, a causa della pervasiva influenza delle moderne tecnologie della comunicazione, che ha portato alla diffusione di cellulari *smartphone*, *tablet* e computer dotati di fotocamera incorporata, e ha reso normali il collegamento a *Internet* e l'utilizzazione di programmi di condivisione e reti sociali. Mentre un tempo la disponibilità di un collegamento a *Internet* rappresentava un *quid pluris*, da verificare caso per caso, rispetto alla disponibilità di una fotocamera o videocamera con la quale realizzare immagini o video pornografici, l'attuale situazione è caratterizzata dalla accessibilità generalizzata alle tecnologie della comunicazione, che implicano facilità, velocità e frequenza nella creazione, nello scambio, nella condivisione, nella diffusione di immagini e video ritraenti una qualsiasi scena, anche della vita privata. Ne deriva che il riferimento al presupposto del pericolo concreto di diffusione del materiale realizzato – come elaborato dalle Sezioni Unite del 2000 e dalla giurisprudenza successiva – ha oggi scarso significato, essendo ormai potenzialmente diffusiva qualsiasi produzione di immagini o video» (§ 3.1).

Oltre al mutamento del co-testo e del contesto, dalla giurisprudenza della Corte si possono ricavare altri due parametri con cui viene valutata la ragionevole prevedibilità dell'*overruling* giurisprudenziale e, più in generale, la conformità dell'interpretazione del giudice nazionale all'art. 7 della Convenzione.

Il primo parametro è rappresentato dal «contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre»<sup>59</sup>. Più il disvalore sanzionato dal precetto è facilmente apprezzabile dal comune sentire

<sup>57</sup> Sacco (2015), p. 63.

<sup>58</sup> S.U., 31 maggio 2018, n. 51815, Mordino.

<sup>59</sup> V., *ex plurimis*, la sentenza 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*, § 53.

– com'è il caso, ad esempio, del reato di violenza sessuale – e più l'interpretazione innovativa del giudice, suggerita dal mutamento del co-testo giuridico e del contesto empirico e culturale, è ragionevolmente prevedibile.

Il secondo indice è rappresentato dalle caratteristiche concrete del destinatario del precetto. L'interpretazione, si è visto, dipende anche inevitabilmente dalla precomprensione dell'interprete. Tra i molti fattori che la compongono vi sono anche aspetti del soggetto agente (che è a tutti gli effetti un interprete) la cui presenza o assenza si ripercuote sulla effettiva conoscibilità della norma risultante dall'interpretazione del giudice.

Vi sono soggetti, nota la Corte, che, per il fatto di svolgere determinate professioni, devono «faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier». In questi casi, ci si può attendere che essi mettano «un soin particulier à évaluer les risques» connessi al loro mestiere, facendo anche ricorso, se del caso, «à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé»<sup>60</sup>. Come si vede, al destinatario della norma non è riconosciuto soltanto il diritto a che l'enunciato normativo sia conoscibile (anche attraverso un'interpretazione giurisprudenziale il più possibile uniforme), ma è imposto anche il dovere di attivarsi per conoscere il contenuto del precetto, tenendo conto del contesto storico e culturale in cui agisce.

Applicando questi principi – seppur non in presenza di un *overruling*, ma di un “caso nuovo” (al quale si possono estendere le considerazioni svolte in relazione ai mutamenti giurisprudenziali) – i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ragionevolmente prevedibile la condanna per lesioni personali di un medico e di un magistrato processati per pratiche sadomasochistiche nei confronti di una donna consenziente. Pur in assenza di precedenti giurisprudenziali specifici, il livello della violenza delle pratiche in questione (svolte in una privata dimora proprio per sfuggire ai divieti imposti nei circoli) e i lamenti della vittima che implorava di porre fine ai tormenti, avrebbero dovuto suggerire ai ricorrenti (l'uno «professionnel du droit», l'altro esperto «de l'art de guérir») che quei lamenti non potevano essere ragionevolmente interpretati come una componente “normale” di quelle pratiche e che, pertanto, la loro condotta integrava il reato di lesioni personali, non potendosi applicare, nel caso di specie, la scriminante del consenso dell'avente diritto<sup>61</sup>.

## 5.

### ...e i contrasti sincronici di giurisprudenza.

Il problema maggiore in Italia non è rappresentato, però, dai contrasti giurisprudenziali *diacronici* (che non sono frequenti), ma dai contrasti giurisprudenziali *sincronici* (che sono invece abbondanti).

Questo secondo problema ha cominciato ad essere denunciato dalla magistratura alla fine degli anni '80, quando si è riscoperta la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, dopo che si era esaurita «la carica *destruens* contro la Cassazione come vertice di governo dell'ordine giudiziario»<sup>62</sup>, in seguito alla piena conquista dell'indipendenza interna e al rinnovamento generazionale dei giudici della Corte suprema (lo scioglimento dell'UMI, fondata nel 1961 in polemica con i giudici di merito, avviene nel 1979)<sup>63</sup>. La già citata sentenza della Corte costituzionale 364/1988, che riconosce la scusabilità dell'errore sulla legge penale in presenza di un «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari») (§ 27), si colloca in questo nuovo contesto culturale ed è prontamente valorizzata dal magistrato Vladimiro Zagrebelsky proprio nella prospettiva di immaginare una soluzione ai fenomeni dei contrasti sincronici e diacronici di giurisprudenza<sup>64</sup>. Di qualche anno dopo (13 giugno 1994) è la lettera che il primo presidente della Corte di cassazione, Ferdinando Zucconi Galli Fonseca, indirizza ai presidenti di sezione e ai consiglieri del Collegio per denunciare la grave

<sup>60</sup> Tra le tante, cfr., ad esempio, la sentenza 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 35.

<sup>61</sup> Sentenza 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*.

<sup>62</sup> SENESE (1987), c. 256.

<sup>63</sup> V., *amplius*, VOGLIOTTI (2021), pp. 37 ss.

<sup>64</sup> ZAGREBELSKY (1988). In tutt'altro modo viene invece accolta la sentenza dalla prevalente dottrina, che la censura ritenendola «dommaticamente discutibile», nel suo ricondurre «alla tematica soggettiva dell'errore aspetti di natura oggettiva», e anche inopportuna, in quanto finirebbe per aprire «lo spazio ad un possibile utilizzo della rilevanza dell'ignoranza in funzione “conservatrice” per coprire l'illegittimità della norma incriminatrice e l'interpretazione inaccettabile di essa» (così, STORTONI (1988), pp. 1348 e 1325). In una prospettiva simile – recentemente riproposta da VALENTINI (2012), p. 142 – v. anche PULITANÒ (1988), p. 721. Aderisce, invece, *rara avis*, alla lettura di Zagrebelsky, GRANDE (1990).

patologia dei contrasti in seno alla Corte, spesso inconsapevoli o «puramente tecnico-giuridici, svincolati da substrati ideali o sociologici, le cui divergenti soluzioni non sfuggono per lo più a un certo grado di opinabilità»<sup>65</sup>.

Il problema è particolarmente acuto in Italia a causa della struttura atipica della nostra Corte suprema, del tutto coerente con il nostro sistema delle impugnazioni che, per com'è congegnato, non pone freni o disincentivi ai ricorsi in Cassazione (circa 50.000 all'anno). La presenza di sei sezioni che si pronunciano nel merito e di 20/25 consiglieri per ogni sezione – numeri che rappresentano un *unicum* in Europa e che si giustificano per il numero elevatissimo di decisioni che la Corte deve pronunciare annualmente – rende molto concreto il rischio che si verifichino contrasti interpretativi, anche involontari, dovuti alla «oggettiva difficoltà di conoscere la “propria” giurisprudenza, spesso all'interno della stessa sezione [...], difficoltà accresciuta dalla confusione causata anche da numero eccessivo di sentenze massimate, che spesso impediscono di individuare gli orientamenti consolidati»<sup>66</sup>.

Quale soluzione, dunque, o, meglio, quali soluzioni si possono immaginare per affrontare questa grave patologia del nostro sistema penale?

È evidente che la via maestra, come sempre, è quella della prevenzione. La soluzione ottimale sarebbe quella di ridurre drasticamente il numero dei giudici della Corte, dopo aver ridotto in modo altrettanto radicale il numero dei ricorsi (e il numero degli avvocati abilitati al patrocinio in Cassazione). In Francia, che è un paese di *civil law* simile al nostro, esiste una sola *Chambre criminelle* e pochissimi sono gli *avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* (130 a novembre 2023)<sup>67</sup>. Una tale riforma strutturale non è al momento nemmeno immaginabile e l'ostacolo maggiore non è tanto rappresentato dal ceto politico che la dovrebbe realizzare, ma dalla cultura giuridica dominante (avvocati *in primis*, per ovvie ragioni) che la dovrebbe concepire.

In mancanza di una tale soluzione, si possono prospettare alcuni utili rimedi, in parte già realizzati, che ci limitiamo sinteticamente a menzionare.

Va segnalato, innanzitutto, il già accennato intervento legislativo del 2017 che, aggiungendo un nuovo comma all'art. 618 c.p.p., ha introdotto l'obbligo a carico della sezione semplice, che non condivide il principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni Unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso. L'obbligatorietà della rimessione – che non deve essere intesa come un «meccanismo burocratico», espressione di una logica di tipo meramente gerarchico, ma come la realizzazione di una sorte di «procedimentalizzazione del “dissenso”»<sup>68</sup> rispetto all'interpretazione contenuta in una decisione delle Sezioni Unite – contribuisce opportunamente al rafforzamento della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite, unico collegio che possa effettivamente realizzarla, con una media di 12/15 sentenze all'anno.

A questo rimedio di ordine normativo, se ne deve aggiungere un altro di tipo culturale e deontologico, su cui insisteva particolarmente Zuconi Galli Fonseca nella lettera sopra ricordata: la diffusione, presso tutti i giudici, di una *cultura del precedente*. In uno scenario come quello attuale, nel quale la giurisdizione ha assunto un ruolo di primo piano nella configurazione del diritto penale e dove si va sempre più diffondendo, anche grazie alla giurisprudenza di Strasburgo, la consapevolezza che la garanzia della conoscibilità del diritto non dipende più solo dalla qualità della legislazione, ma anche dagli atteggiamenti interpretativi dei giudici, non è più possibile attribuire al precedente una mera autorità di fatto o persuasiva, secondo una formula tralatizia che poteva giustificarsi solo nell'ambito di un paradigma scientifico che attribuiva all'interpretazione dei giudici una mera funzione dichiarativa. A tal proposito, Gino Gorla osservava, fin dagli anni '70 del secolo scorso, che «l'autorità della giurisprudenza della Corte di cassazione non è un'autorità meramente “morale” o “di fatto”, come sostiene l'opinione dominante; ma è un'autorità riconosciuta *in un certo modo* dal nostro ordinamento giuridico al fine di realizzare, nei limiti del possibile, il principio della uniforme interpretazione della legge, un principio che fa parte integrante del nostro ordinamento, in quanto ne dipendono la certezza del diritto e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Lettera del Presidente Ferdinando Zuconi Galli Fonseca ai Presidenti di sezione e ai consiglieri della Corte, 13 giugno 1994, in ESPOSITO e ROMEO (1995), p. 44.

<sup>66</sup> FIDELBO (2022), p. 35.

<sup>67</sup> Dato trasmesso a chi scrive il 9 novembre 2023 dal *Secrétariat de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*.

<sup>68</sup> FIDELBO (2022), p. 39.

<sup>69</sup> GORLA (1976), c. 127. In una prospettiva simile, diretta a valorizzare l'autorità del precedente, si muoveva, fin dal 1967, Martin Kriele, che riconosceva ai precedenti giurisprudenziali una «vincolatività presuntiva». Prendendo atto «a livello teorico che ormai nella realtà giuridica europeo-continentale i precedenti venivano ad avere un'importanza pressoché simile a quella dell'ambito angloamericano»,

Più esplicitamente, il rispetto del precedente stabilito dal giudice che ha il compito istituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della legge è considerato da Gorla come un vero e proprio «dovere *giuridico*»<sup>70</sup> che, aggiungiamo noi, si fonda su due principi di rango costituzionale: il principio di eguaglianza, che impone di trattare allo stesso modo casi simili, e il principio della prevedibilità delle decisioni, che è una proiezione del principio della libertà di autodeterminazione ricavabile dall'art. 13 della Costituzione. Questi principi costituzionali, di particolare rilevanza in ambito penale, devono convivere con il principio dell'indipendenza del giudice, anch'esso provvisto di un solido fondamento costituzionale (art. 101 c. 2 Cost.). Come tutti i principi della Costituzione, anche quello dell'indipendenza (funzionale) del giudice non può essere inteso atomisticamente, ma deve essere interpretato come una delle tante tessere che compongono il pluralistico mosaico costituzionale.

Già da questa visione complessiva del quadro normativo discende l'impossibilità di configurare come assoluto il dovere di rispettare il precedente della Cassazione. Ma prima ancora della necessità di preservare il valore dell'indipendenza funzionale del giudice, si oppone alla configurazione di un vincolo assoluto al precedente la *storicità* del diritto, che, come si è visto, deve sapersi adeguare ai mutamenti dei contesti fattuali, sociali e culturali. Come osserva Giuseppe Zaccaria, il diritto non solo non può essere «congelato» nei testi legislativi – come si era a lungo illusa la penalistica moderna – ma «non si trova preconstituito neppure nel «deposito» dei precedenti». Che si esprima nella forma della legge o si concretizzi – al termine della dialettica processuale – nella decisione del giudice, il diritto «deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma e il fatto»<sup>71</sup>. Le ragioni della stabilità, che spingono verso il rispetto del precedente, devono quindi conciliarsi con le opposte ragioni del mutamento, ragioni che, però, devono essere *gravi e ben motivate*, perché nel diritto penale l'esigenza della stabilità è fondamentale.

Perché si possa diffondere un'ineffettiva cultura del precedente occorre che i giudici abbiano piena consapevolezza della funzione costitutiva dell'applicazione giudiziale del diritto e che abbandonino, pertanto, come auspicava nel 1988 Vladimiro Zagrebelsky, la tradizionale «lettura eccessivamente individualistica del rapporto giudice-legge», con la conseguente «sottovalutazione del significato istituzionale della funzione giurisdizionale»<sup>72</sup>. In questa prospettiva, che mira alla ricerca di un equilibrio tra il valore dell'indipendenza – che un'errata interpretazione ha inteso come «personalizzazione della risposta giudiziaria» – e il valore della costanza e prevedibilità dell'interpretazione giudiziale, il problema dei contrasti di giurisprudenza viene affrontato non proponendo un «ritorno a strumenti gerarchici, incompatibili con il sistema costituzionale», ma attraverso la piena consapevolezza, da parte di ogni singolo giudice, dell'essere «in ogni momento istituzione» e mediante la promozione di una cultura del dialogo e del confronto, che si deve tradurre in «forme nuove di partecipazione corale alla elaborazione ed allo sviluppo giurisprudenziale». Questo «indispensabile cambio di mentalità professionale», da cui discende l'esigenza di «mutare il tradizionale atteggiamento che richiede riserbo sulle questioni da decidere», dovrà «accompagnarsi a forme organizzative nuove», tramite l'«istituzionalizzazione di momenti di informazione, discussione, elaborazione giurisprudenziali», non lasciando che il «confronto sulle linee giurisprudenziali da adottare» avvenga «solo nell'ambito di gruppi informali o di gruppi che operano nel quadro della vita associativa dei magistrati». Al tradizionale «dialogo a distanza, per il tramite dei provvedimenti» si dovrà sostituire un dibattito che «dovrà precedere e accompagnare i provvedimenti», coinvolgendo «tutti i magistrati e non solo essi». L'auspicio è che il confronto «prima dell'esercizio della funzione giurisdizionale», attraverso «la partecipazione di tutti alla elaborazione – ed al rinnovamento – dell'indirizzo giurisprudenziale», possa comportare «una complessiva omogeneità ed una relativa stabilità delle concrete applicazioni della legge»<sup>73</sup>.

Nella stessa prospettiva si poneva Zucconi Galli Fonseca secondo cui il rimedio fondamentale nei confronti del problema dei contrasti giurisprudenziali è rappresentato dal «meto-

Kriele sanciva la fine «della tesi metodologica precedentemente dominante, di un modo gerarchico di intendere il processo di reperimento del diritto, secondo il quale il diritto giudiziale non poteva che avere natura appendicolare e secondaria rispetto al diritto d'origine legislativa» (ZACCARIA (2012), pp. 8-9). La tesi della presunzione a favore del precedente è anche illustrata nel seguente saggio, tradotto in italiano: KRIELE (2006), pp. 101-122.

<sup>70</sup> GORLA (1991), p. 4.

<sup>71</sup> ZACCARIA (2012), p. 9.

<sup>72</sup> ZAGREBELSKY (1988), p. 1576.

<sup>73</sup> Ivi, pp. 1577 e 1578.



do preparatorio e partecipativo» che deve «prevalere sulla prassi dell'isolamento, al fine di creare una giurisprudenza della Cassazione e non dei collegi giudicanti», e ciò mediante «scambi frequenti d'opinione e riunioni periodiche in cui discutere dei più importanti e controversi problemi interpretativi»<sup>74</sup>.

Più recentemente – non senza prevedibili resistenze dovute ad abiti culturali profondamente radicati e quindi difficili da mutare – questa apprezzabile strategia, che punta su una migliore organizzazione del lavoro della Corte, al fine di assicurare l'effettiva conoscenza della giurisprudenza, all'interno delle singole sezioni e tra le sezioni, e di promuovere il confronto tra i giudici per prevenire i contrasti o tentare spontaneamente di risolverli, è stata in parte realizzata grazie alla sensibilità di alcuni magistrati della Corte. Facendo leva sull'art. 47-*quater* della legge sull'ordinamento giudiziario, introdotto con il d.lgs 19 febbraio 1998, n. 51, alcune sezioni hanno avviato, in quella prospettiva, la buona prassi delle «riunioni sezionali» tra i magistrati. Come osserva il presidente della VI sezione, Giorgio Fidelbo, particolarmente impegnato su questo fronte, in tali riunioni «si parte da un caso concreto per individuare orientamenti interpretativi condivisi sulle diverse fattispecie, orientamenti e principi che troveranno applicazione nelle future sentenze su casi analoghi, il tutto sulla base di un *gentlement agreement* che i magistrati della sezione rispettano, limitando l'autonomia interpretativa in funzione del valore della uniformità, certezza e prevedibilità del diritto». Pur rilevando la difficoltà di seguire questa buona prassi, a causa della «incapacità dei magistrati di rinunciare alla “propria” interpretazione in funzione di una maggiore certezza e prevedibilità della giurisprudenza sezionale», osserva che «negli ultimi tempi si registra una maggiore consapevolezza nell'utilizzo di tali riunioni, almeno in alcune sezioni». E ricorda, in particolare, due casi significativi in cui «nella motivazione delle sentenze si è dato atto, espressamente, che l'orientamento interpretativo sostenuto era da ritenere, allo stato, consolidato, proprio in quanto frutto delle decisioni assunte nella riunione da parte di tutti magistrati della sezione». In questo modo, osserva, «la riunione di sezione è funzionale non solo a prevenire o a risolvere i contrasti interni, ma anche a rendere conoscibile e, quindi prevedibile, la giurisprudenza della sezione»<sup>75</sup>.

Cosa fare, però, di fronte al fallimento dei rimedi preventivi sopra accennati? Quali soluzioni immaginare nel caso di un contrasto interpretativo in atto?

Anche per questo problema, utili suggerimenti ci vengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha elaborato le sue categorie teoriche e i suoi rimedi alla luce del nuovo paradigma scientifico in cui l'interpretazione dei giudici è considerata come diritto (giurisprudenziale) e non semplicemente come mera esplicitazione di significati già tutti contenuti nel testo legislativo. Invece di sforzarci di trovare una soluzione all'interno del nostro sistema (concepito alla luce di una cornice teorica e mitologica in cui la realtà del diritto giurisprudenziale non era contemplata), volgiamo nuovamente lo sguardo verso l'elaborazione giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo e cerchiamo lì le soluzioni.

Come osserva autorevolmente Giorgio Lattanzi, il rimedio suggerito dalla Corte costituzionale facendo leva sull'art. 5 c.p. «non soddisfa, perché risolve sul piano soggettivo un caso che in realtà concerne l'esistenza stessa della norma penale»<sup>76</sup>. In presenza di un contrasto sincronico di giurisprudenza, infatti, non ha senso chiedersi se l'imputato avrebbe potuto conoscere *il diritto*, perché è il diritto stesso che glielo impedisce. Il “difetto” non sta nello sguardo di chi osserva, ma nell'oggetto osservato (il testo che ha generato il contrasto interpretativo).

Se si riconosce la natura costitutiva dell'interpretazione giudiziale, quando vi è una divergenza interpretativa di un enunciato normativo il soggetto ha di fronte a sé due (o, nei casi più gravi, più) norme coesistenti, tutte riconducibili – in modo più o meno persuasivo – al medesimo testo. Com'è noto, la soluzione che la Cassazione ricava dall'art. 5 c.p. (comprensibile in punto di politica del diritto) è «*in dubio abstine*», scaricando interamente sul destinatario della norma una disfunzione che è totalmente riconducibile all'incapacità dell'ordinamento giuridico di garantire un'interpretazione uniforme dell'enunciato normativo. E tuttavia, neppure la soluzione opposta, ipotizzata dagli Autori del questionario con la formula *in dubio pro reo*, è soddisfacente: vista la persistente frequenza dei contrasti giurisprudenziali – malgrado i rimedi preventivi di cui si è detto, che da poco tempo cominciano a produrre i loro effetti benefici

<sup>74</sup> In ESPOSITO e ROMEO (1995), pp. 44 e 48.

<sup>75</sup> FIDELBO (2022), p. 37. Le due sentenze citate, entrambe della VI sezione, sono le seguenti: 28 ottobre 2021, n. 5536, Zappini e 22 novembre 2021, n. 5538, Arcari. Su queste e altre buone prassi organizzative adottate dai magistrati della Cassazione, anche alla luce delle circolari del CSM sulle tabelle organizzative, v. BASSI (2020), pp. 86-90.

<sup>76</sup> LATTANZI (2022), p. 8.

– una soluzione generalizzata di questo tipo, che si applichi automaticamente, rischierebbe di paralizzare in modo inaccettabile il meccanismo di repressione dei reati. Anche considerazioni di questo genere – che attengono alla tutela delle vittime dei reati e alla funzione di deterrenza della sanzione penale – concorrono ad integrare il fine di giustizia cui deve tendere l'agire giuridico. Ma questa, come si evince dalla giurisprudenza della Corte europea, non è l'unica ragione che si oppone alla soluzione (sempre) favorevole al reo.

Vediamo, dunque, come impostano la questione i giudici di Strasburgo.

Innanzitutto, la Corte chiarisce che non solo l'evoluzione nel tempo della giurisprudenza è un dato fisiologico, la cui preclusione rischierebbe di impedire «toute réforme ou amélioration» del diritto, ma, vista la pluralità delle giurisdizioni, diffuse sul territorio, anche la coesistenza di diverse interpretazioni della legge, pure all'interno di una stessa giurisdizione, non viola, di per sé, la Convenzione. Se delle due o più interpretazioni effettivamente esistenti nella giurisprudenza è fatta propria dal giudice quella *in malam partem*, il condannato potrà impugnare la decisione mostrando, ad esempio, che quell'interpretazione non è coerente con la sostanza dell'incriminazione o è meno persuasiva e convincente di quella *in bonam partem* da lui seguita. Se si dovesse giungere in Cassazione, facendo l'ipotesi che il contrasto sia al suo interno e che la sezione investita del ricorso propenda per l'interpretazione sfavorevole e ritenga il contrasto fondato e serio, la via da seguire sarebbe quella di rimettere la questione alle Sezioni Unite affinché intervengano autorevolmente per risolvere il contrasto. Secondo la Corte europea, infatti, quando le divergenze interpretative si verificano all'interno della giurisdizione che giudica in ultima istanza, il dato fisiologico dei contrasti giurisprudenziali può diventare patologico – e, quindi, violare il principio della «sécurité juridique», ricavato dal principio del «procès équitable» (art. 6 della Convenzione) – in presenza delle seguenti circostanze: quando le divergenze interpretative sono «profondes et persistantes» e quando il diritto interno non prevede dei meccanismi «visant à la suppression de ces incohérences» o, pur essendoci quei rimedi (come da noi la remissione facoltativa alle Sezioni Unite in caso di contrasto interpretativo tra le sezioni e la remissione obbligatoria prevista dall'art. 618 c. 1-*bis*), non sono stati effettivamente applicati<sup>77</sup>. Se le divergenze interpretative in seno alla Corte suprema, profonde, persistenti e non risolte, concernono la materia penale «sussiste altresì la violazione dell'art. 7»<sup>78</sup> della Convenzione, come si ricava dalla sentenza *Contrada c. Italia* del 14 aprile 2015: in presenza di quella patologia, infatti, viene a mancare la base legale dell'illecito penale. Una decisione di condanna assunta in presenza di un contrasto giurisprudenziale di quel tipo si deve ritenere, pertanto, contraria al principio di legalità.

Come si vede, anche in un sistema come il nostro, dove la funzione nomofilattica affidata alla Corte di cassazione è di difficile attuazione, i rimedi normativi e organizzativi non mancano, specialmente dopo l'introduzione, nel 2017, del meccanismo di remissione obbligatoria alle Sezioni Unite. Per la realizzazione dei principi della conoscibilità del diritto e della (ragionevole) prevedibilità delle conseguenze penali dell'agire umano il fattore fondamentale non è però di tipo normativo o organizzativo, ma culturale. Se quei principi stentano a tradursi in realtà, «la causa», nota Giorgio Lattanzi, «è soprattutto della cultura del giudice e di un malinteso senso di indipendenza, non dell'affermazione del diritto giurisprudenziale»<sup>79</sup>. Viste le oggettive difficoltà del contesto normativo e istituzionale in cui opera la giurisdizione, il giudizio del presidente emerito della Corte costituzionale, che imputa principalmente alla magistratura la responsabilità delle disfunzioni del diritto giurisprudenziale, appare troppo severo. Non foss'altro perché una responsabilità non minore deve essere riconosciuta anche in capo alla scienza penalistica la quale, nella sua grande maggioranza, continua a leggere il presente con gli occhiali di un paradigma sempre più al tramonto, venendo meno alle sue funzioni essenziali di comprensione della realtà e di orientamento culturale degli operatori del diritto.

<sup>77</sup> V., tra le molte, la sentenza 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, § 42.

<sup>78</sup> LUPO (2022), p. 112.

<sup>79</sup> LATTANZI (2022), p. 9.

## Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco (1940): “Il metodo nella scienza del diritto penale” (1937), in *Problemi penali odierni* (Milano, Giuffrè)
- BASSI, Alessandra (2020): “La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte suprema di cassazione”, in *Sistema penale*, 3, p. 69-90
- BERTI, Enrico (2004): *Filosofia pratica*, (Napoli, Guida)
- BOBBIO, Norberto (1965): “Situazione e orientamenti” (1959), in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Milano, Edizioni di Comunità)
- CAPOGRASSI, Giuseppe (1959): “Il diritto dopo la catastrofe” (1950), in *Opere*, V (Milano, Giuffrè), pp. 151-195
- CASSESE, Sabino (2009) *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale* (Roma, Donzelli)
- DE RUGGIERO, Luigi (1977): *Tra consenso e ideologia* (Napoli, Jovene)
- DONINI, Massimo (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte* (Milano, Giuffrè)
- ESPOSITO, Andreana e ROMEO Gioacchino (1995): *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione* (Padova, Cedam)
- ESSER, Josef (1983): *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972) (Napoli, Esi)
- FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto* (Roma-Bari, Laterza)
- FIDELBO, Giorgio (2022): “Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche”, in *Sistema penale*, 12, pp. 33-47
- FIORAVANTI, Maurizio (2016): “Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione”, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 7-20.
- FULLER, Lon L. (1958): “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, in *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-672
- GADAMER, Hans-Georg (1983): *Verità e metodo* (1960) (Milano Bompiani)
- GORLA, Gino (1976): “Postilla su «L’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi», in *Foro italiano*, V, cc. 113-144
- GORLA, Gino (1990): “Precedente giudiziale”, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI (Roma, Treccani), pp. 1-14
- GRANDE, Elisabetta (1990): “La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l’esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto”, in *Il Foro italiano*, I, c. 415-427.
- GUASTINI, Riccardo (2007): *L’interpretazione dei documenti normativi* (Milano, Giuffrè)
- HART Herbert L.A. (1958): “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in *Harvard Law Review*, pp. 593-629
- HASSEMER, Winfried (2007): *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica* (1968) (Napoli, Esi)
- HOFSTADTER, Douglas R. (1990): *Gödel, Escher, Bach: un’eterna ghirlanda brillante* (1979) (Milano, Adelphi)

- HRUSCHKA, Joachim (2009): *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965) (Bologna, Il Mulino)
- KAUFMANN, Arthur (2003): *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* (1965; II ed. 1982), a cura di Gaetano Carlizzi (Napoli, Vivarium)
- KELSEN, Hans (1966): *La dottrina pura del diritto* (1960) (Torino, Einaudi)
- KUHN, Thomas S. (1999): *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (I ed. 1962; II ed. 1970), (Torino, Einaudi)
- KRIELE, Martin (2006): *Dritto e ragione pratica* (1979) (Napoli, Esi)
- LATTANZI, Giorgio (2022): “Tra legge e giudice. Alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina”, in *Sistema penale*, 12, 2022, pp. 6-10
- E. LUPO, Ernesto (2022): “Prospettive della legalità penale”, in *Sistema penale*, 12, 2022, pp. 105-119
- MENCONI, LUIGI (1996): “L’argomentazione nel diritto costituzionale”, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano, Giuffrè), pp. 11-140
- OST, François (1996): “L’amour de la loi parfaite”, in BOULARD-AYOUB, Josiane, MELKEVIK, Bjarne, ROBERT, Patrick (a cura di): *L’amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés contemporaines* (Presses de l’Université Laval, L’Harmattan), pp. 53-77
- PALAZZO, Francesco (2008): “Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica”, in VOGLIOTTI, Massimo (a cura di): *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008
- PALAZZO, Francesco (2022): “Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice”, in VOGLIOTTI, Massimo (a cura di): *L’arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti. In ricordo del decennale della Cattedra Galante Garrone* (Torino, Rosenberg & Sellier), pp. 105-132
- PENCO, Carlo (2002): *La svolta contestuale* (Milano-New York, McGraw-Hill)
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1989): *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica* (1958) (Torino, Einaudi)
- PERELMAN, Chaïm (1976): *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (Paris, Dalloz)
- PIOVANI Pietro (2000): *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961) (Napoli, Liguori)
- PORTINARO, Pier Paolo (1999): “Potere, diritto e politica”, in ROSSI, Pietro e VIANO, Carlo Augusto (a cura di), *Storia della filosofia. Il Novecento*, VI, 1 (Roma-Bari, Laterza)
- PULITANÒ, Domenico (1988): “Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 686-730
- SACCO, Rodolfo (2015): *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, (Bologna, Il Mulino)
- SEGRE, Cesare (1986): “Co-text and Context”, in SEBEOK, Thomas Albert (a cura di), *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, I (Berlin, Mouton), pp.
- SENESE, Salvatore (1987): “Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia”, in *Foro italiano*, V, cc. 256-264
- STORTONI, Luigi (1988): “L’introduzione nel sistema penale dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1313-1350
- VALENTINI, Vico (2012): *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea* (Milano, Giuffrè)

VIEHWEG, Theodor (1962): *Topica e giurisprudenza* (1953) (Milano, Giuffrè)

VOGLIOTTI, Massimo (2002): “Penser l’impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem*. La perspective italienne”, in *Revue de l’Université Libre de Bruxelles*, 2, *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, pp. 61-123 (anche in *Diritto e questioni pubbliche*, 3, 2003, pp. 331-378)

VOGLIOTTI, Massimo, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007

VOGLIOTTI, Massimo (2011): *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale* (Torino, Giappichelli)

VOGLIOTTI, Massimo (2013): “Legalità”, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VI (Milano, Giuffrè)

VOGLIOTTI, Massimo (2015): “Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 131-181

VOGLIOTTI, Massimo (2019): “Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico”, in *Giornale di storia costituzionale*, 2, 2019, pp. 53-75

VOGLIOTTI, Massimo (2020a): “La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto”, in *Sistema penale*, 3, pp. 45-68

VOGLIOTTI, Massimo (2020b): “Per una nuova educazione giuridica”, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, pp. 229-259

VOGLIOTTI, Massimo (2021): “Indipendenza del giudice e rispetto del precedente”, in *La legislazione penale*, pp. 32-64

ZACCARIA Giuseppe (2012), *La comprensione del diritto* (Roma-Bari, Laterza)

ZAGREBELSKY, Vladimiro (1988): “Dalla varietà delle opinioni all’unità della giurisprudenza”, in *Cassazione penale*, pp. 1576-1578

# L'analogia *in bonam partem* nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore

*La analogía in bonam partem en el derecho penal. Una reflexión sobre la naturaleza "excepcional" de las normas penales favorables*

*Analogy in Bonam Partem in Criminal Law. A Reflection on the "Exceptional" Nature of Favorable Criminal Laws*

ROBERTO D'ANDREA

*Dottorando di ricerca presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa  
roberto.dandrea@santannapisa.it*

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE,  
PRINCIPIO DI LEGALITÀ

INTERPRETACIÓN LEGAL,  
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

LEGAL INTERPRETATION,  
NULLUM CRIMEN PRINCIPLE

## ABSTRACTS

Il presente contributo si incentra sull'analogia *in bonam partem* nel diritto penale, tanto con riferimento alle scriminanti, quanto con riguardo alle scusanti ed alle cause di non punibilità in senso stretto. Nel testo si prenderà brevemente in esame il percorso dottrinale e giurisprudenziale che sembra condurre verso un margine sempre più ampio di ammissibilità dell'applicazione analogica di norme penali di favore. In particolare, si darà conto della ormai largamente prevalente tesi volta ad ammettere l'estensione analogica delle scriminanti; ci si soffermerà su di una importante pronuncia della Suprema Corte che applica analogicamente una norma penale di favore qualificata dalla stessa come scusante; si tenterà, in terzo luogo, di ridimensionare, sotto il profilo dell'analogia *in bonam partem*, la distanza dogmatica fra le tre grandi cause di non punibilità summenzionate, sdoganando l'estensibilità analogica anche delle cause di non punibilità in senso stretto. Da ultimo, si guarderà, proprio attraverso la piccola 'fessura' dell'analogia *in bonam partem*, al più ampio rapporto intercorrente fra il fenomeno analogico ed il principio di separazione dei poteri, alla luce dell'esigenza di miglior tutela dei diritti fondamentali.

El presente trabajo se centra en la analogía *in bonam partem* en el derecho penal, tanto en referencia a las causales de justificación y exculpación, como en relación con las causas de no punibilidad en sentido estricto. El texto examinará brevemente el camino doctrinal y jurisprudencial que parece llevar a un margen cada vez más amplio de admisibilidad de la aplicación analógica de normas penales favorables. En particular, se discutirá la tesis, ampliamente predominante, que apunta a admitir la extensión analógica de las justificaciones; se detendrá en una importante sentencia del Tribunal Supremo que aplica analógicamente una disposición de derecho penal favorable calificada como excusa; se intentará, en tercer lugar, disminuir, desde la perspectiva de la analogía *in bonam partem*, la brecha doctrinal entre las tres principales causas de no punibilidad mencionadas anteriormente, legitimando también la extensibilidad analógica de las causas de no punibilidad en sentido estricto; finalmente, se examinará, precisamente a través de la pequeña 'brecha' de la analogía *in bonam partem*, la relación más amplia entre el fenómeno analógico y el principio de separación de poderes, a la luz de la necesidad de una mejor protección de los derechos fundamentales.

This paper focuses on the analogy *in bonam partem* in criminal law, both with reference to justifications and excuses, and regarding causes of non-punishability in the strict sense. The work will briefly examine the scholarly and case law path that seems to lead to an increasingly broad margin of admissibility of the analogical application of favorable criminal laws. In particular, it will discuss the now widely prevailing thesis aimed at admitting the analogical extension of justifications; it will dwell on an important judgment of the Supreme Court of Cassation that analogically applies a favorable criminal law provision qualified by itself as an excuse; it will attempt, thirdly, to downsize, from the perspective of analogy *in bonam partem*, the doctrinal gap between the three major causes of non-punishability mentioned above, legitimizing the analogical extensibility of causes of non-punishability in the strict sense as well. Finally, it will look, precisely through the small 'crack' of analogy *in bonam partem*, at the broader relationship between the analogical phenomenon and the principle of separation of powers, in light of the need for a better protection of fundamental rights.

## SOMMARIO

1. Breve introduzione al tema dell'analogia in bonam partem. – 2. Fulgido esempio di un'evoluzione: l'analogia nelle scusanti. – 3. Osservazioni più generali sull'analogia in bonam partem. Ridimensionamento della distanza dogmatica fra le tre grandi cause di non punibilità in senso lato. – 4. Il secondo convitato di pietra. La natura (asseritamente) eccezionale delle norme di favore diverse dalle scriminanti. – 5. L'analogia e la separazione dei poteri. Due termini di un rapporto problematico.

## 1. Breve introduzione al tema dell'analogia in bonam partem.

La tematica relativa all'analogia<sup>1</sup> in favore del reo non può essere affrontata senza attraversare i 'massimi sistemi' del diritto penale. Essa infatti, da un lato, investe il principio di legalità ed il suo principale corollario, ossia il principio di tassatività, di cui il divieto di analogia in *malam partem* rappresenta, come è noto, il sicuro sotto-corollario (*ex comb. disp. degli artt. 25, comma II Cost, 1 c.p. e 14 Prel.*<sup>2</sup>): il divieto di analogia in *bonam partem* si relaziona invece ai due suestposti principi in termini assai più problematici; tocca poi, dall'altro lato, rilevanti categorie generali, come le cause di giustificazione, le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto. Non può neppure essere trattata senza riportarsi, ancora più in alto, ad alcuni concetti-chiave del fenomeno giuridico: dai principi generali alle leggi eccezionali, dalla *eadem ratio* alla lacuna. Impone, infine, di fare i conti con il principio della separazione dei poteri. L'analogia in favore del reo offre così, trasversalmente, lo spunto per rimettere in discussione apparenti certezze granitiche.

Si intende prendere le mosse da un dato: la *ratio* sottesa al divieto di analogia in *malam partem* è diversa da quella che osta all'uso o all'abuso (a seconda delle differenti ricostruzioni) dell'analogia in *bonam partem*. Nel primo caso entra in gioco, anzitutto e soprattutto, il *favor libertatis*, inteso non solo e non tanto, e genericamente, come tutela della libertà dei consociati di discernere il lecito dall'illecito (esigenza che si manifesta in ogni ambito dell'ordinamento), quanto piuttosto – si ritiene – anche e soprattutto come generale *libertà da imprigionamenti arbitrari*: il consociato è cioè garantito *nell'incoercibilità del corpo*<sup>3</sup> contro l'esercizio di un potere giudiziale avulso dal testo legislativo<sup>4</sup> (in particolare, da una legge scritta, adottata dai rappresentanti del popolo, rispettosa dello spirito e delle disposizioni costituzionali, chiara e precisa, anteriore al fatto commesso)<sup>5</sup>; è, *inoltre*, anche convenzionalmente protetto dagli strali di un

<sup>1</sup> Sul fenomeno analogico nel suo complesso, negli oceani di inchiostri sinora versati, si segnalano in particolare, nella letteratura italiana, BOBBIO (1938); BOSCARRELLI (1955); CARCATERRA (1988); GIANFORMAGGIO (1987), p. 320 ss.; FRACANZANI (2003); TUZET (2020). In ambito specificamente penale, CONTENTO (1991), p. 5 ss.; DE VERO (2020), p. 265 ss.; DONINI (2016a), p. 13 ss.; DI GIOVINE (2006); ID (2018), p. 55 ss.; PULITANÒ (2015), p. 29 ss.; VELLUZZI (2013), p. 91 ss.; ID. (2013), § 6.2; ID. (2021), p. 3 ss.; PELLICCIOLI e VELLUZZI (2011), p. 180 ss.; PALAZZO (1979), p. 15 ss.; ID. (2021), p. 1218 ss.; RISICATO (2021); VASSALLI (1942).

<sup>2</sup> L'unico aspetto dibattuto riguarda la possibilità di tracciare una sicura linea di demarcazione fra analogia (nella fattispecie, in *malam partem*) e interpretazione estensiva. In argomento, si vedano le interessanti considerazioni di PINO, 2020, p. 93 ss.: l'Autore, confutando le posizioni di GUASTINI R. (2011), p. 28 ss., e CANALE (2019), p. 239-268) volte a ricostruire la differenza fra interpretazione estensiva ed analogia, ricostruisce poi un criterio discretivo autonomo per individuare le norme *espresse* (ossia riconducibili al significato di una disposizione) e quelle *inespresse* (non riconducibili al significato di una disposizione), e dunque offre un criterio utile a distinguere il fenomeno interpretativo dal fenomeno analogico (sebbene, nella prospettiva dell'autore, la differenza non possa sempre tracciarsi in maniera rigida). RISICATO, 2021, p. 3, fa inoltre riferimento ad una non ignorabile "contiguità limacciosa" fra i due istituti. Sulla distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia si richiamano, infine, in questa sede, poiché il tema non è centrale nell'economia del presente lavoro, soltanto BELVEDERE (2001-2002), p. 557 ss.; BOBBIO (1968), p. 695 ss.; GUASTINI (2001), p. 2032 ss.; TARELLO (1980). Ad oggi la distinzione in parola, sebbene non incontrovertita, costituisce un ineludibile riferimento teorico, anche perché, qualora fosse obliterata, ne risulterebbe, in alternativa, l'impossibilità di proteggere la libertà dei consociati mediante il principio di legalità, oppure il divieto di interpretazione estensiva, che tuttavia, per le ragioni chiaramente illustrate da MANTOVANI (2020), p. 80: essenzialmente, l'Autore si riferisce ad es. all'assenza di vincolatività come canoni ermeneutici del *favor libertatis* e dell'*in dubio pro reo*, all'impossibilità di distinguere con certezza l'interpretazione estensiva dall'interpretazione non estensiva ed all'assurdità dei risultati pratici cui il divieto di interpretazione estensiva finirebbe per condurre, all'esigenza di non 'mummificare' la legge, etc.), non sarebbe giuridicamente sostenibile. La contrapposizione, peraltro, fra la *inammissibilità* della *analogia* in *malam partem* e l'*ammissibilità* della interpretazione estensiva è stata recentemente e autorevolmente confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 98 del 2021, su cui RISICATO (2021), p. 1 ss., che efficacemente definisce la pronuncia "un felice caso di serendipità giuridica".

<sup>3</sup> Sulla libertà di cui all'art. 13 Cost. come libertà del corpo da ingerenze esterne, AMATO (1967a); ID. (1967b); ID. (1977); BALDASSARRE (1989), p. 33 ss.; BARILE (1966), p. 23 ss.; ID. (1984), p. 15 ss.; BIN *et al.* (2001), p. 50 ss.; CARETTI *et al.* (2022), p. 205 ss.; ELIA (1962), p. 17 ss.; GALEOTTI (1953), p. 22 ss.; GREVI (1974), p. 45 ss.; PACE (1974), p. 37 ss.; TALINI (2018), p. 56 ss.

<sup>4</sup> Nondimeno, è noto in dottrina il problema relativo alla *giustiziabilità* del divieto di analogia, su cui MASSARO (2020), p. 413 (la quale parla per questo di "arma spuntata"); analogamente, DONINI (2016b), p. 370; ID. (2018), p. 87, e MANES (2018), p. 12, nt. 54, che parla di "*lex imperfecta*"; nella dottrina costituzionalistica, recentemente BONOMI (2021), p. 899 ss. Per un superamento di questa tradizionale anomalia del fenomeno analogico, MANNA (2007), p. 72 (che apre alla possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma applicata in via analogica per difetto di tassatività e dunque per violazione del principio di legalità), nonché SCOLETTA (2021), p. 196 ss.

<sup>5</sup> La distinzione fra la generica libertà di dispiegare la propria condotta in conformità alla legge discernendo il lecito dall'illecito (esigenza di



diritto *non prevedibile*<sup>6</sup>. Lo scopo di leggi penali chiare e precise non è quindi tanto e semplicemente quello di fornire ai consociati un precetto dal contenuto ben identificabile<sup>7</sup>, quanto, e più in particolare, quello di impedire che essi subiscano sanzioni interferenti con la loro libertà del corpo in virtù di un precetto che essi non erano in grado di conoscere (in caso, ad esempio, di legge penale non rispondente al canone di tipicità, o applicata analogicamente *in malam partem* o, ancora e più in generale, oggetto di una giurisprudenza non prevedibile). Con riferimento al divieto (totale o parziale, a seconda delle differenti prospettive) di analogia *in bonam partem*, invece, viene in rilievo il generale principio di certezza del diritto<sup>8</sup> (e, qui sì, la necessità che i consociati possano distinguere il comportamento lecito dal comportamento illecito: essa però non ha di per sé, lo si ripete, *carattere specificamente penale*); inoltre, ogni analogia *a favore* del reo si risolverebbe inevitabilmente *a sfavore* di un altro cittadino o della collettività<sup>9</sup>.

La *ratio* che presiede al divieto di analogia *in malam partem*, pertanto, ha carattere intimamente penale, in quanto attiene al *proprium* del diritto penale quale limite alla politica criminale<sup>10</sup> ed è funzionale alla protezione dell'incoercibilità del corpo: è questa, si ritiene, la principale cifra atta a contraddistinguere concettualmente la *matière pénale* da ciò che le è estraneo; la *ratio* che invece sovraintende al divieto (totale o parziale) di analogia *in bonam partem* ha carattere, apparentemente, ibrido: da una parte, essa esula dal diritto penale, in quanto la necessità di stabilire i confini fra il lecito e l'illecito attiene ad ogni branca del diritto, che ha per eccellenza il compito di regolare i rapporti intersoggettivi e di comandare, permettere o vietare in maniera quanto più possibile chiara. Dall'altra parte, essa sembra avere natura penale, in quanto attiene all'esigenza di tutela dei beni giuridici, che verrebbe meno, o sarebbe attenuata, dal ricorso all'analogia a favore del reo. Tuttavia, mentre il reo soffre un indubbio e immediato pregiudizio nei suoi diritti fondamentali in caso di applicazione in suo danno dell'analogia *in malam partem*, le 'vittime' (sempre che non si tratti della variegata costellazione di 'reati senza vittima', o 'a vittima diffusa' etc.<sup>11</sup>) della concreta vicenda in cui viene applicata l'analogia *in bonam partem* non ricevono alcun diretto pregiudizio nei loro diritti fondamentali. Si potrebbe parlare soltanto, eventualmente, dei danni morali di una percepita mancanza di solidarietà nei loro confronti da parte dello Stato, perché, per il resto, i loro diritti sono stati già pregiudicati dal reo. Al più, quindi, verserebbero solo *in maggiore pericolo eventuali vittime future*, qualora l'orientamento giudiziale favorevole alla analogia *in bonam partem* rispetto ai reati che le pregiudicano si consolidi in giurisprudenza (in particolare, nella giurisprudenza di legittimità).

Si tratta dunque di problemi profondamente diversi: se l'analogia a sfavore del reo vulnera direttamente principi costituzionali, e addirittura principi supremi<sup>12</sup>, come l'inviolabilità

---

ogni ramo dell'ordinamento) e la libertà intesa come regola dell'immunità del proprio corpo da imprigionamenti (specifica invece dell'ambito penale) non risulta di solito particolarmente chiara, né di essa si suole generalmente far menzione nella manualistica. Per formulare un solo esempio (ma il ragionamento è particolarmente diffuso anche nella manualistica), nel criticare la tesi bricoliana secondo cui la libertà personale non dovrebbe sacrificarsi se non in nome di beni costituzionalmente significativi, si sostiene che "quello di libertà personale non è un concetto assoluto, ma solo relativo all'ambito nel quale il singolo può lecitamente operare in base a norme non incompatibili con la Costituzione" (NUVOLONE (1982), p. 52), ragion per cui sarebbe – secondo questa visione – sufficiente il carattere "costituzionalmente non incompatibile" del bene giuridico come limite alla penalizzazione. Ad avviso di chi scrive, l'affermazione che la libertà è un concetto non assoluto è indubbiamente corretta, ma spiega il suo significato solo sul piano della distinzione fra *lecito* e *illecito*; nulla ancora, invece, chiarisce in ordine alla legittimità e proporzionalità delle sanzioni che all'illecito conseguono; con riguardo a queste ultime, occorrerà piuttosto guardare all'interesse che si intende tutelare e confrontarlo con il bene sacrificato: la libertà personale sacrificata dal diritto penale non è la generica libertà di agire (perché saremmo ancora sul piano dell'alternativa lecito/illecito), ma la libertà personale legata al *corpo* dei consociati ed alla loro immunità dall'imprigionamento. Per la tutela di questo ultimo profilo di libertà, occorrerà essere ben più rigorosi di quanto si sia stato sinora.

<sup>6</sup> Sul principio convenzionale di prevedibilità, su tutti BERNARDI (2001), p. 260 ss.; DE BLASIS (2017); DI MARTINO (2014), p. 28 ss.; DONINI (2018), p. 79 ss.; FIANDACA (2017), p. 144 ss.; MANES (2012), p. 278 ss.; MAZZACUVA (2020); RISICATO (2021), p. 7 ss.; VIGANÒ (2016); ZAGREBELSKY V. (2011), 74 ss.

<sup>7</sup> Così, ad es. (ma la letteratura è copiosa), CONSULICH (2018), pp. 455–456: il reo, in quest'ottica, ricaverrebbe "dalla emersione di principi scriminanti non formalizzati un fattore di confondimento nella comprensione del sistema e un aggiramento della legalità".

<sup>8</sup> Sul rapporto di frizione fra l'analogia *in bonam partem* (con l'istanza di libertà ad essa sottesa) ed il principio di certezza del diritto, GIUNTA (1995), p. 182 ss. Cfr. anche NUVOLONE (1953), p. 2; ID. (1982), p. 131; CADOPPI (2007), p. 150; FORNASARI (1997), p. 52.

<sup>9</sup> CONSULICH (2018), p. 458: "si ricorre solitamente al principio di *favor libertatis*, che guiderebbe il sistema verso l'ammissione dell'analogia ogni volta in cui essa ridondi a favore del destinatario della norma, escludendone la responsabilità penale e la punizione. Siffatta impostazione topica e non sistemica del *favor rei* conduce a dimenticare che ogni dilatazione della causa di giustificazione si traduce in una lesione di interessi socialmente rilevanti, privati così di tutela penale. Ogni apparente favore *per la libertà personale dell'agente* è un concreto *sfavore per i diritti di un altro cittadino o della collettività* e si traduce in un costo sociale netto che *solo la legge* può espressamente consentire"; aveva già autorevolmente argomentato in questo senso anche BRICOLA (1965), p. 304 ss.

<sup>10</sup> Secondo la nota espressione di Franz von Liszt, "[i]l diritto penale costituisce il limite della politica criminale" (espressione ripresa da WUERTENBERGER (1965), p. 51).

<sup>11</sup> Su cui si rinvia soltanto a MANTOVANI (2020), p. 231 ss.

<sup>12</sup> Per come enucleati dalla notissima sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

della libertà personale ed il principio di legalità in materia penale, anche nella sua specifica declinazione legata al divieto di irretroattività della legge penale *ex art. 25, comma II, Cost.* (divieto peraltro pacificamente *non suscettibile di subire eccezione alcuna*), l'analogia a favore del reo pregiudica soltanto indirettamente ed ipoteticamente eventuali future vittime, e, spesso, neppure nei loro diritti fondamentali, atteso che, allo stato, le norme incriminatrici non sono sempre volte alla tutela di diritti fondamentali. Il legislatore, peraltro, a fronte della diffusione di una determinata estensione analogica *in bonam partem* di una disposizione penale, sarebbe libero di modificarla in modo tale da escludere detta interpretazione, o, ancora (e più auspicabilmente) sarebbe libero di proteggere gli interessi di eventuali future vittime posti in pericolo dall'interpretazione in discorso con strumenti *diversi dal diritto penale*. Una equiparazione, pertanto, fra l'analogia *in malam partem* e l'analogia *in bonam partem* risulta fuori fuoco e non dovrebbe sussistere - come vedremo - ragione alcuna per trattare le due figure con il medesimo, intransigente rigore.

Stabilita la diversità di *ratio* delle due figure, e chiarita di conseguenza la possibile diversità di disciplina delle medesime, giova adesso esaminare quando possa essere opportuna l'applicazione analogica *in bonam partem*. L'orientamento rigoristico volto ad equiparare, nella sostanza, i due divieti preclude l'applicazione dell'analogia a favore del reo in qualunque caso, e, segnatamente, anche con riferimento alle scriminanti, nonostante esse non abbiano natura penale e costituiscano espressione di principi generali dell'ordinamento<sup>13</sup>. Un diverso orientamento ha invece, per queste ultime due ragioni, aperto la porta all'applicazione in via analogica delle cause di giustificazione<sup>14</sup>, chiudendola però all'applicazione in via analogica di ogni altra causa di non punibilità in senso lato (dunque, alle scusanti ed alle cause di non punibilità in senso stretto). In progresso di tempo, quest'ultimo orientamento è divenuto maggioritario, ed oggi quindi l'analogia *in bonam partem* è generalmente ammessa con riguardo alle scriminanti. Già molto è stato detto su questo tema, per cui non sembra necessario, in questa sede, attardarsi oltre.

Occorre invece adesso soffermarsi sull'analogia avente ad oggetto le cause di esclusione della colpevolezza, per un verso, e le cause di non punibilità in senso stretto, per altro verso<sup>15</sup>. Va da subito anticipato, con riguardo ad entrambe le cause di non punibilità *lato sensu*, che una delle argomentazioni sostanziali più diffusamente utilizzate come 'sbarramento' al ricorso all'analogia in favore del reo attiene alla natura di *norma eccezionale* delle medesime. Si tenterà più analiticamente di superarla ai paragrafi 3 e 4, ma basti per intanto anticipare qui che la norma eccezionale risulta analogicamente inestensibile in ragione del disposto dell'art. 14 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*, che impone l'inapplicabilità dell'analogia tanto con riferimento alle *norme penali* quanto, appunto, con riferimento alle *norme eccezionali*. Se la *ratio* del primo divieto è stata appena enunciata, quella del secondo divieto sembra avere un suo fondamento logico: una norma di carattere eccezionale, infatti, è stata *volutamente* confinata dal legislatore 'ai margini' del sistema, a situazioni, cioè, assai peculiari; sono, per questo, normalmente strutturate in guisa tale da essere già estese nella loro *massima portata logico-giuridica*. Applicarle analogicamente, così, comporterebbe inevitabilmente *forzare* la loro stessa natura ed essenza e *contrastare* pretoriamente il potere legislativo, in (apparente) violazione del *principio di separazione dei poteri*. Per poter estendere analogicamente una norma penale di favore, pertanto, sembrerebbe necessario, come passaggio preliminare, dimostrare che non si tratti di una norma eccezionale, generalmente mediante la riconduzione della stessa ad un principio generale dell'ordinamento. Non sembra, però, del tutto peregrino mettere in discussione la conformità a Costituzione della stessa assolutezza del divieto legislativo di applicare analogicamente le norme eccezionali.

Ciò detto, è necessario, a questo punto, soffermarsi più lungamente, e partitamente, sulle due cause di non punibilità surriferite, cominciando dalle scusanti. Queste ultime, come è noto, rappresentano norme *penali*, ovvero sia non escludono l'illiceità della condotta incrimi-

<sup>13</sup> Di questo avviso ad es. CONSULICH (2018), pp. 455-456.; DE FRANCESCO (2000), p. 275; FIORE (1996), p. 23; GALLO (2014), p. 75 ss.; GIUNTA (1993), p. 350 ss.; GROSSO (1964), p. 257 ss.; NUVOLONE (1947), p. 32 ss.; PADOVANI (1993), p. 45 ss.

<sup>14</sup> Non senza sfumature, FIANDACA e MUSCO (2014), p. 200 ss.; MANTOVANI (2020), p. 76 ss.; MARINUCCI (1985), p. 223.

<sup>15</sup> Sulle scusanti DE FRANCESCO (2016), p. 32 ss.; DOLCE (1957), p. 12 ss.; DONINI (1991), p. 574 ss.; PADOVANI (1987a), p. 808 ss.; RISICATO (2023), p. 261 ss.; VASSALLI (1988), p. 20 ss.; VENAFRO (2002); VIGANÒ (2000); VENEZIANI (2000). Con particolare riguardo al principio di inesigibilità (su cui cfr. BARATTA (1963); CAVALIERE (2000); SCARANO (1948), autore della prima monografia in materia, ma soprattutto FORNASARI (1990), p. 344 ss., con gli autori, specialmente di lingua tedesca, ivi citati. Sulle cause di non punibilità in senso stretto, *ex plurimis*, DE FRANCESCO (2016), p. 32 ss.; DI MARTINO (1998), p. 59 ss.; RUGGIERO (1988), p. 1118 ss.; ROMANO (1990), p. 58 ss.; STORTONI (1985), p. 397 ss.; VASSALLI (1960), p. 609 ss.; VIGANÒ (2000), p. 153 ss.

nata in ogni altro ramo dell'ordinamento, ma impediscono soltanto il configurarsi di un fatto di reato. Difetta quindi pacificamente il primo presupposto che ha consentito l'applicazione analogica a favore del reo delle scriminanti. Più controverso è invece il dibattito sul secondo presupposto, ossia sulla riconducibilità delle scusanti ad uno o più principi generali. Si è avanzata infatti in proposito l'idea che le scusanti, a dispetto delle loro difformità, siano tutte manifestazioni legislative del generale *principio di inesigibilità* (su cui cfr. nt. 15), in quanto sottesa ad ogni disposizione scusante sarebbe la necessità di non muovere un rimprovero penale al consociato che compia un fatto tipico ed antiggiuridico spinto dall'impulso di una incoercibile pressione di natura psicologica. Tale pressione psicologica sarebbe infatti alla base di tutte le tradizionali ipotesi di scusanti<sup>16</sup>.

L'estensibilità in via analogica di norme qualificate come cause di esclusione della colpevolezza è stata recentemente ed autorevolmente riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in una importante sentenza incentrata sull'art. 384 c.p. Vale la pena, nella seconda parte del lavoro, soffermarsi analiticamente sulla medesima, per successivamente trarne opportuni corollari.

## 2. Fulgido esempio di un'evoluzione: l'analogia nelle scusanti.

Si tratta della sentenza resa dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite Penali (la n. 10381 del 2020)<sup>17</sup>. Essa è al contempo foriera di un importante spunto innovativo e gravata da una pesante eredità dogmatica. La questione di diritto sottoposta dalla Sesta Sezione investe la possibilità di estendere analogicamente al convivente *more uxorio*<sup>18</sup> l'applicazione della causa di non punibilità legata alla commissione del fatto “per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”.<sup>19</sup>

L'orientamento prevalente<sup>20</sup> fino all'intervento delle Sezioni Unite escludeva l'estensione applicativa della causa di non punibilità sopra menzionata in base ad una pluralità di ragioni. Anzitutto sarebbe determinante il tenore letterale della disposizione in parola, che, riferendosi alla categoria dei “prossimi congiunti”, inequivocabilmente richiamerebbe la disposizione del codice penale a mente della quale si debbono intendere per prossimi congiunti soltanto il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i fratelli, gli affini nello stesso grado, gli zii ed i nipoti<sup>21</sup>; implicitamente sarebbero quindi esclusi i conviventi *more uxorio*.

In secondo luogo, si richiamava la giurisprudenza costituzionale che a più riprese ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto l'art. 384, primo comma c.p., muovendo, come premessa, dalla diversità di tutela costituzionalmente accordata alla posizione del coniuge e a quella del convivente di fatto: il vincolo di coniugio, protetto dall'art. 29 Cost. (che definisce la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”), si caratterizzerebbe per i requisiti di stabilità e di cogente reciprocità di diritti e di doveri, laddove invece il rapporto di convivenza si fonderebbe su di una *affectio* da rinnovarsi quotidianamente, e troverebbe presidio solo nel generale art. 2 Cost. (che garantisce i diritti inviolabili

<sup>16</sup> Dall'art. 54, comma III all'art. 599, comma II c.p., fino alla nuova scusante, introdotta relativamente di recente, contenuta nell'art. 55, cpv c.p. Sui reati ‘emotivamente connotati’, cfr. la recente monografia di DOVA (2019), p. 35 ss.

<sup>17</sup> Sulla pronuncia in parola, cfr. FORNASARI (2021), p. 1725 ss.; MACCHIA (2021); VELLUZZI (2021); PADOVANI (2021). Sulla qualificazione dell'art. 384, si segnala il contributo stimolante di SPENA (2010), p. 145 ss. Cfr. anche VECCE (2016).

<sup>18</sup> Nel caso concreto, l'imputata, al fine di aiutare il proprio convivente, il quale aveva provocato un incidente stradale che aveva visto coinvolte altre due autovetture, dichiarava falsamente ai carabinieri, come scrive la Suprema Corte, “di essere stata lei alla guida dell'auto, su cui invece viaggiava come terzo trasportato. La falsa dichiarazione era diretta a favorire la posizione [del convivente], che oltre ad essere privo della patente di guida, perché revocata, dopo l'incidente si era allontanato senza prestare assistenza alle persone coinvolte nel sinistro dallo stesso provocato”; il terzo è stato dunque aiutato ad eludere le investigazioni in ordine al reato di cui all'art. 189, comma 6 (secondo il giudizio della Corte di appello di Cagliari), del d.lgs n. 285/1992, non avendo egli ottemperato all'obbligo di fermarsi in presenza di un incidente con danni alle persone, e pertanto la convivente è stata accusata del delitto di favoreggiamento personale. La stessa, nel secondo motivo del ricorso per cassazione, denuncia la violazione della legge penale da parte del giudice di secondo grado, avendo questi escluso l'applicabilità della causa di non punibilità ex art. 384 c.p.

<sup>19</sup> Art. 384, comma 1, c.p. Si riporta qui il testo per intero: “Nei casi previsti dagli [articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378](#), non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”. Per un approfondimento sui relativi antecedenti storici, v. PIFFER (2005), p. 865. Più in generale, sulla tematica della (non) punibilità, cfr. DI MARTINO (1998), p. 202 ss.; VASSALLI (1960), p. 612 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. II, n. 7684/1982, Turatello, Rv. 154880; Sez. VI, n. 6365/1988, Melilli, Rv. 178467; Sez. I, n. 9475/1989, Creglia, Rv. 181759; Sez. VI, n. 132/1991, Izzo, Rv. 187017; Sez. II, n. 20827/2009, Agate, Rv. 244725; Sez. V, n. 41139/2010, Migliaccio, Rv. 248903.

<sup>21</sup> Art. 307, comma 4 c.p.

dell'uomo non solo come singolo ma anche “nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”). Rientrerebbe così nella sfera di discrezionalità legislativa una non piena assimilazione delle relative discipline, e, a livello interpretativo, la mancata equiparazione si giustificerebbe con la necessità di evitare indebiti corollari disciplinari *in malam partem*<sup>22</sup>.

Ancora, il procedimento di applicazione analogica dell'art. 384 sarebbe precluso dalla natura stessa della causa di non punibilità, trattandosi di una norma *eccezionale*, improntata all'esigenza di salvaguardia non solo dei legami affettivi ma anche dell'“istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità”<sup>23</sup>, in deroga alla generale istanza repressiva dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Non sarebbe perciò consentito al giudice l'uso di cause di non punibilità extralegali mediante procedimento analogico.

Infine, bisognerebbe applicare l'antico adagio secondo cui “*ubi legislator voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*”, in quanto la c.d. legge Cirinnà, n. 76/2016, intervenuta esplicitamente ad ampliare il novero dei prossimi congiunti ricomprendendovi anche le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, avrebbe così implicitamente, ma univocamente, escluso da tale categoria i conviventi di fatto. L'esclusione sarebbe dunque frutto di una ben precisa scelta del legislatore, e non già di una mera svista.

L'orientamento sino ad allora minoritario, favorevole all'estensione applicativa, poggiava invece su assunti dogmaticamente più fragili, informati ad aspirazioni di giustizia sostanziale. Come ricostruito dalle Sezioni Unite, una prima, non recente pronuncia di legittimità si era dapprima limitata alla possibilità di far ricorso all'analogia, liquidando il tema con un fugacissimo cenno<sup>24</sup>. Una seconda pronuncia giurisprudenziale<sup>25</sup>, alla quale aderiranno anche sentenze successive<sup>26</sup>, affermata preliminarmente l'impossibilità di procedere all'applicazione analogica della figura in questione in quanto avrebbe natura di causa di non punibilità in senso stretto e sarebbe pertanto norma eccezionale, la ritiene tuttavia estensibile anche al convivente *more uxorio* in ragione di una lettura evolutiva delle nozioni di “matrimonio” e “famiglia”, cui sarebbe oggi da attribuirsi un significato più ampio rispetto a quello tradizionale e comprensivo di un consorzio di persone tra le quali siano sorti “rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo”<sup>27</sup>. Verrebbe meno peraltro anche il requisito della stabilità come elemento distintivo del matrimonio rispetto alle altre unioni, non essendo più il matrimonio indissolubile. Tale nozione “moderna” di famiglia sarebbe stata suggellata anche da una certa giurisprudenza produttiva di effetti *in malam partem* (ad esempio estendendo la portata del reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.). Corroborebbe, infine, una simile impostazione anche la giurisprudenza della Corte EDU<sup>28</sup>.

Un terzo filone giurisprudenziale<sup>29</sup> giunge alle stesse conclusioni ma sulla base di un diverso ragionamento. La Suprema Corte si appella alla legge Cirinnà (n. 76/2016), negando che il silenzio serbato dal legislatore nell'estendere, *ex art. 574-ter c.p.*, gli effetti penali del matrimonio alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e non anche alle convivenze di fatto possa “costituire un insormontabile impedimento” per applicare “a ogni forma di convivenza la disciplina che si ricava, in tema di equivalenza della figura del convivente a quella del coniuge, dal complesso quadro storico-evolutivo della materia”<sup>30</sup>.

Dopo aver ripercorso questi filoni giurisprudenziali, ed aver sviluppato una serie di argomentazioni sulle quali non è necessario indugiare in questa sede<sup>31</sup>, giova esaminare subito i due aspetti centrali indagati dalla Corte, ossia la qualificazione dell'art. 384 e la relativa *ratio*

<sup>22</sup> Si riprende in proposito il rilievo della Corte costituzionale, sent. n. 352/2000.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. V, n. 41139/2010, Migliaccio, Rv. 248903.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 22398/2010 Esposito, Rv. 229676, secondo cui, *sic et simpliciter*, lo status di convivente *more uxorio*, ove accertato, “avrebbe potuto dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante dell'art. 384 c.p.”. Si noti *en passant* che la causa di non punibilità in esame viene qui sbrigativamente qualificata come *scriminante*, ancora una volta senza approfondimenti di sorta, laddove invece, come avremo modo di vedere, pare assai arduo ricostruire la sua natura giuridica.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. II, n. 34147/2015, Agostino, Rv. 264630.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. IV, n. 23118/2017, De Paola (non mass.); Sez. III, n. 6218/2018, Giacono (non mass.).

<sup>27</sup> Così la sentenza in commento, che riprende Cass. pen., Sez. VI, n. 20647/2008, Passalacqua, Rv. 239726. Sul rapporto fra la nozione di famiglia ed il diritto penale, cfr., fra i tanti, recentemente BARTOLI (2021); del medesimo Autore, si ricorda anche *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1599 ss.; si rinvia, infine, a PROSDOCIMI (2007), p. 31 ss.

<sup>28</sup> Vengono all'uopo richiamate le sentenze Corte EDU, 13/06/1979, Marchx c. Belgio; Corte EDU, 13/12/2007, Emonet c. Svizzera.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, n. 11476/2018, Cavassa, Rv. 275206, seguita da Sez. I, n. 40122/2019, Balice (non mass.).

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 11476/2018, Cavassa, Rv. 275206.

<sup>31</sup> Essenzialmente, la Corte di cassazione svolge un discorso ermeneutico, prendendo in esame l'interpretazione sistematica, l'interpretazione storicistica e la giurisprudenza convenzionale.

*legis*. Sotto il primo profilo, la disposizione *de qua*<sup>32</sup> può qualificarsi, come è noto, in tre possibili modi: 1) come causa di non punibilità in senso stretto; 2) come causa di giustificazione; 3) come scusante. Nel primo caso, seguirebbe, secondo un unanime parere della dottrina (su cui però si tornerà al paragrafo 4) il carattere eccezionale della norma e, per comune opinione, l'impossibilità di un procedimento di applicazione analogica. Nella seconda ipotesi, l'art. 384, come tutte le scriminanti, sarebbe da ricondursi, secondo l'orientamento ormai dominante, ad un principio generale dell'ordinamento con efficacia anche extra-penale. Nella terza eventuale, invece, subentrerebbe il mai sopito dibattito sulla riconducibilità delle scusanti ad un generale principio di inesigibilità; qualora non la si ammetta, le scusanti potrebbero sostanzialmente, al pari delle cause di non punibilità *stricto sensu*, in norme eccezionali, con la sopra riportata trattativa conseguenza dell'insuscettibilità di applicazione analogica.

Le Sezioni Unite sgomberano innanzitutto il campo dalla prima ipotesi: “[s]embra definitivamente superato l'orientamento secondo cui l'art. 384, primo comma, cod. pen. contiene una causa di non punibilità in senso stretto, in cui la rinuncia alla pena ubbidisce a ragioni di opportunità politica, che sono del tutto estranee al tema del disvalore oggettivo del fatto o della ‘situazione esistenziale psicologica dell'agente’”. Da queste laconiche righe si può comunque evincere il motivo per escludere la natura di causa di non punibilità in senso stretto dell'art. 384: evidentemente, commettere il fatto tipico per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore vale ad elidere (in caso di scriminante) o ad attenuare (in caso di scusante) il disvalore del fatto, cosicché non entrano in gioco (o non soltanto) ragioni di opportunità di politica criminale.

Prima di dare la risposta al quesito relativo alla natura della causa di non punibilità *ex art.* 384 c.p., la Suprema Corte dedica un cenno alla ipotesi ricostruttiva dell'art. 384 come causa di giustificazione<sup>33</sup>. La Corte si limita infatti a dichiarare che un siffatto orientamento, meno recente<sup>34</sup>, riannoda l'art. 384 all'istituto dello stato di necessità, “in cui pure viene esclusa la responsabilità di colui che pone in essere una condotta costretto dalla necessità di evitare un grave nocimento”. Non spiega invece in che cosa consista l'antigiuridicità della condotta delineata dalla norma. Il silenzio sul punto si fa ancor più grave alla luce di due precisazioni aggiunte dalla Corte, vale a dire, in primo luogo, che l'art. 384 “può essere oggetto di applicazione analogica proprio perché espressione dei principi generali *nemo tenetur se detegere* e *ad impossibilia nemo tenetur*, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, Cost. sotto il profilo della necessaria valutazione della possibilità per il soggetto di poter agire diversamente”.

Ebbene, la riconduzione della causa di non punibilità in parola ai principi del *nemo tenetur se detegere/ad impossibilia* rischia di generare un grosso equivoco. Il principio del *nemo tenetur se detegere* si proietta infatti per sua natura proprio sul terreno dell'antigiuridicità, ricollegandosi al diritto al silenzio e, risalendo ad un livello più generale, al diritto di difesa, costituzionalmente sancito come inviolabile dall'art. 24 Cost<sup>35</sup>. Ma se l'imputato commette i delitti indicati nel primo comma dell'art. 384 in quanto necessari al dispiego della sua difesa e ad evitare una condanna altrimenti inevitabile, egli allora non dovrebbe essere punibile ai sensi dell'art. 51 c.p.<sup>36</sup>, per avere cioè agito nell'esercizio di un diritto (o comunque di una facoltà legittima), e la sua condotta sarebbe a tutti gli effetti scriminata, ritenuta quindi non in contrasto con l'ordinamento ma ad esso conforme e da esso approvata (o comunque non riprovata), con tutti i corollari, che non è agevole accogliere, di una simile impostazione. Inoltre, ci si può chiedere se la medesima ratio si attagli anche ai prossimi congiunti<sup>37</sup>. Sarebbe forse preferibile argomen-

<sup>32</sup> Su cui DI MARTINO (1998), p. 203 ss.

<sup>33</sup> Nonostante il legislatore abbia inquadrato tale causa di non punibilità, nei lavori preparatori, come una speciale ipotesi di stato di necessità, che secondo la dottrina prevalente costituisce una scriminante (su tale rilievo, cfr. FURNASARI (2017), p. 279).

<sup>34</sup> Per la qualifica della norma come causa di giustificazione. v. RIVERDITI (2016), p. 672 e VASSALLI (1960), p. 631.

<sup>35</sup> Cfr. PADOVANI (2021), p. 5, secondo cui “[i]l principio secondo cui nessuno è tenuto a cooperare alla propria condanna (per lo meno – secondo la giurisprudenza della CEDU (17.12.1996, n. 19187/91, Saunders c. Regno Unito) – rispetto alle prove che dipendono dalla sua volontà), trae a sua volta il proprio fondamento dall'esigenza di garantire la libertà morale dell'individuo, senza il cui rispetto lo stesso diritto di difesa risulterebbe vanificato. Imporre all'imputato di risolvere il conflitto tra la propria salvezza e l'efficienza della procedura repressiva, assicurando la seconda a scapito della prima, significherebbe, né più né meno, che legittimare la tortura. Dopo la sua formale abolizione, del resto, essa trovò in numerosi ordinamenti una diuturna forma di sopravvivenza nel dovere imposto all'imputato, e presidiato da sanzione penale, di dichiarare il vero al proprio inquisitore”.

<sup>36</sup> Per una simile ricostruzione, INFANTE (2001), p. 831.

<sup>37</sup> Cfr. PADOVANI (2021), p. 6: “se tale [cioè il *nemo tenetur se detegere*] è il fondamento in rapporto alla posizione della persona direttamente coinvolta, identico dovrà risultare rispetto ai suoi prossimi congiunti, ai quali viene riconosciuta una condivisione piena del conflitto di

tare che l'art. 384 c.p. *si ispiri* al principio del *nemo tenetur se detegere*, pur non fondandosi su di un legittimo esercizio del diritto al silenzio e del diritto di difesa<sup>38</sup>, la relativa condotta sarebbe certo mossa dall'esigenza di difendersi (o di difendere prossimi congiunti), ma si articolerebbe in maniera comunque *patologica ed antigiuridica, sebbene* (lo si vedrà) *scusabile*<sup>39</sup>.

Quanto al principio *ad impossibilia nemo tenetur*, anch'esso non è esente da problematicità. La condotta lecita, nel caso in questione, non è *impossibile*, bensì, come vedremo, *inesigibile*. I due concetti non collimano. L'impossibilità di agire lecitamente, secondo un certo filone dottrinale, vale ad escludere la tipicità stessa del reato, coincidendo sostanzialmente con le figure del caso fortuito e della forza maggiore<sup>40</sup>, le quali investono la c.d. *suitas* della condotta, elidendola, così da potersi dire, in assenza di *suitas*, escluso non solamente l'elemento psicologico ma, a monte, il fatto tipico, inteso nella dimensione di "dominabilità" della condotta da parte dell'agente e di riferibilità della prima al secondo, conformemente a quanto richiede l'art. 27 Cost., comma 1, nel suo nucleo minimo<sup>41</sup>. Se dunque la condotta richiesta fosse impossibile, l'art. 384, primo comma, c.p. sarebbe una disposizione *inutile*. Se, per converso, si prendono le mosse dal canone ermeneutico secondo cui ciascuna disposizione assume un autonomo significato, nonché dal rasoio di Occam (che impone di non moltiplicare gli "entia sine necessitate"), allora conviene ammettere che l'art. 384 logicamente e giuridicamente presuppone la *possibilità* di adempiere al precetto penale.

Il riferimento, da parte delle Sezioni Unite, al principio *ad impossibilia nemo tenetur*, ha condotto poi la Corte ad assimilare la *ratio legis* del primo comma dell'art. 384 a quella del suo secondo comma: quest'ultimo fungerebbe indirettamente (cioè passando per l'art. 199 c.p.p.) da elemento chiarificatore del primo. Afferma infatti la Corte: "[l]a *ratio* [del primo comma dell'art. 384] corrisponde perfettamente a quella dell'art. 199 cod. proc. pen."<sup>42</sup>, "relativo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato dal rendere testimonianza" entrambe avendo "lo scopo di salvaguardare i vincoli di solidarietà familiare"; ancora, "[p]uò dirsi che l'art. 199 cod. proc. pen. acquista una funzione di indirizzo interpretativo in ordine alla estensione della scusante prevista dall'art. 384 alle coppie di fatto [...]. Il mancato riconoscimento dell'estensione della scusante di cui all'art. 384, primo comma, cod. pen., anche al convivente determinerebbe un problematico rapporto con il secondo comma dello stesso articolo, dal momento che il convivente *more uxorio*, sebbene gli sia riconosciuto, come per il coniuge, il diritto all'avvertimento in funzione dell'astensione di cui all'art. 199 cod. proc. pen., con conseguente non punibilità in caso di omissione, non sarebbe invece tutelato nell'ipotesi prevista dal primo comma".

Pare condivisibile il rilievo in rapporto alla inopportunità di una asimmetria fra i due commi dello stesso articolo. Le Sezioni Unite, purtuttavia, non si soffermano sulla differenza che comunque intercorre fra gli stessi, a partire dalla relativa natura. Su quella del primo comma bisogna ancora indagare compiutamente, ma sicuramente, come si è visto, non si tratta di una causa di non punibilità in senso stretto né di una causa di giustificazione<sup>43</sup> né tantomeno di esclusione della tipicità del fatto; il secondo comma ha invece, secondo la dottrina, proprio la

---

coscienza, in forza dei vincoli di solidarietà che li uniscono a chi versa in pericolo di nocumento"; MANZINI (1985), p. 749, in ordine alla non punibilità del reato di omesso o ritardato rapporto: "[l]a ragione di questa esimente consiste nella applicazione del principio etico-giuridico: *nemo tenetur se accusare*, e nel riconoscimento della forza incoercibile degli affetti familiari. Sarebbe inumano esigere che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio faccia rapporto di un reato commesso da lui medesimo o da un suo prossimo congiunto. Si può imporre, sotto sanzione penale, alla media degli uomini l'adempimento dei propri doveri ordinari, ma non l'eroismo, che è virtù di pochissimi, quando è virtù e non insensibilità o peggio"; FIANDACA e MUSCO (2012), p. 423.

<sup>38</sup> È da segnalare da ultimo una impostazione tesa a inquadrare nell'art. 384, comma 1 c.p. una causa di non punibilità diversa a seconda dei casi: essa costituirebbe una causa di giustificazione quando la condotta delittuosa sia volta a salvare sé stessi da un grave nocumento nella libertà o nell'onore, ricollegandosi al principio *nemo tenetur se detegere*; sarebbe invece una scusante allorché la condotta sia indirizzata alla salvaguardia della libertà o dell'onore di un prossimo congiunto. Ergo, essa avrebbe carattere, per così dire, "ibrido" (cfr. TASSINARI (2012), p. 299).

<sup>39</sup> Il nostro codice di procedura penale, insieme con il quadro normativo convenzionale ed eurounitario, detta le modalità di esercizio fisiologico del diritto di difesa onde evitare la diuturna sopravvivenza della tortura. Un conto, infatti, d'altra parte, è il diritto al silenzio, altro conto è il diritto a violare la legge penale per difendersi...

<sup>40</sup> Su cui almeno DE FRANCESCO (2018), p. 231 ss.; ID. (2020), p. 992 ss.; sulla *suitas* nel diritto penale, da considerare, fra gli altri, PADOVANI (1987b), p. 209 ss.

<sup>41</sup> D'altra parte, è quanto già accade nei reati omissivi propri e impropri: nel primo caso, il presupposto, logico e giuridico, per l'attivarsi del comando legislativo consiste nella possibilità di adempiere al medesimo; nel secondo caso, per dottrina quasi unanime uno dei requisiti imprescindibili per il valido insorgere di un obbligo di impedire l'evento è il potere impeditivo.

<sup>42</sup> Cfr. Cass. pen., SSUU, n. 7208/2007, Genovese, non mass.

<sup>43</sup> Per la qualifica della norma in questione come causa di giustificazione, tuttavia, MEZZETTI (2000), p. 101 ss.

funzione di eliminare *tout court* la stessa tipicità del fatto<sup>44</sup>: poiché diversa è la natura dei due commi, diverso dovrà esserne anche il fondamento.

La Suprema Corte qualifica quindi il primo comma dell'art. 384 come una causa di esclusione della colpevolezza o scusante, aderendo alla dottrina più avvertita<sup>45</sup>. Il fondamento di tale scusante risiede nel c.d. principio di inesigibilità<sup>46</sup>, in virtù del quale “l'ordinamento si astiene” dal muovere all'agente “un rimprovero, prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo”<sup>47</sup>. Della sussistenza del principio di inesigibilità si discute in dottrina<sup>48</sup> ed in giurisprudenza<sup>49</sup> da gran tempo, ed il dibattito appare tutt'altro che sopito.

Si giunge adesso al cuore della sentenza delle Sezioni Unite: la chiave di volta per capire se l'art. 384 possa estendersi analogicamente al convivente *more uxorio*<sup>50</sup> risiede nell'individuazione della sua *ratio*, colta dalla Suprema Corte quando asserisce che “la ragione della non punibilità va ricercata nella ‘particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto’ tale da rendere ‘inesigibile’ l'osservanza del comando penale”, essendo così tipizzata “una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta ‘alterato’”. Da questa premessa la Corte trae la naturale, ineludibile conseguenza: “dinanzi all'alternativa – che può risultare drammatica – tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la protezione dei propri affetti, risulta del tutto ‘incoerente’ negare che ricorra la medesima condizione soggettiva, sia che si tratti di persone coniugate, sia che si tratti di persone conviventi. In entrambi i casi il conflitto interiore è identico. In entrambi i casi l'art. 384 cit. considera inesigibile la condotta oggetto della norma penale violata, per mancanza della ‘colpevolezza’ dell'agente”.

Il ripetuto rigetto<sup>51</sup> della questione di legittimità costituzionale (avente a oggetto l'art. 384 primo comma) sottoposta al Giudice delle Leggi si incentra proprio sul profilo del contro-interesse tutelato: la Consulta ha ritenuto che tale disposizione presidiasse non tanto il singolo agente quanto la famiglia fondata sul matrimonio “come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale”<sup>52</sup>. Da qui le considerazioni<sup>53</sup> inerenti alla stabilità del vincolo coniugale ed all'unità familiare di cui all'art. 29 Cost. Una interpretazione che ravvisi nell'art. 384 una tutela della solidarietà ed unità familiare contrastante con le esigenze di buon andamento dell'amministrazione della giustizia si risolverebbe però in una logica poco condivisibile. Se la famiglia non si limitasse ad essere, secondo la nota immagine di Jemolo, un'isola che il diritto deve solo lambire, ma potesse anche diventare una impenetrabile fortezza militare contrapposta allo Stato, o peggio uno “Stato nello Stato”, sarebbe ben arduo guardare ad un fenomeno di tal fatta con favore, e la norma in questione sembrerebbe, almeno, poco opportuna.

<sup>44</sup> ROMANO (2016), p. 287, secondo cui verrebbero meno i presupposti necessari per la qualifica stessa di soggetto attivo del reato.

<sup>45</sup> BELLAGAMBA (2007), p. 315; DONINI (1991), p. 581; FORNASARI (1990), p. 353 ss.; MANNA (1996), p. 92 ss.; PIFFER (2005), p. 867; TASSINARI (2012), p. 312; VIGANÒ (2000), p. 598. Una qualificazione *mista* è invece attribuita alla norma da SPENA (2010), p. 163, secondo cui nell'alveo della disposizione *de qua* vi sarebbero tanto elementi inerenti alle cause di giustificazione quanto elementi inerenti alle cause di esclusione della colpevolezza.

<sup>46</sup> Cfr. ancora una volta la nt. 15.

<sup>47</sup> Cfr. PADOVANI, *op. cit.*, p. 4, secondo cui le scusanti “rappresentano [...] regole di giudizio che il giudice è chiamato ad applicare al caso concreto quando il processo di motivazione si sia svolto in presenza di fattori, normativamente definiti, ritenuti capaci di alterarne la formazione o lo sviluppo, sul piano intellettuale o su quello volitivo, a seconda del tipo di scusante. Si tratta, in buona sostanza, di fattori espressivi dell'inesigibilità in concreto di un comportamento osservante”.

<sup>48</sup> A favore della sussistenza di tale principio, oltre a FORNASARI (1990), si segnala BETTIOL (1962), p. 388 ss., nonché SCARANO (1948). In senso contrario depone invece la dottrina di gran lunga prevalente (ad es., MANTOVANI (2020), p. 360 ss.; NUVOLONE (1972), p. 100; PETROCELLI (1951), p. 140 ss.). Si segnala la peculiare posizione di SPENA (2010), p. 149 (sulla scia di PETROCELLI (1955), p. 151), secondo cui l'istituto in discorso si proietterebbe non già sul terreno della colpevolezza ma, a monte, su quello della (mancanza di) illiceità della condotta, difettando una pretesa comportamentale da parte dell'ordinamento in situazioni in cui il relativo assolvimento non risulti, appunto, esigibile. Ad avviso di chi scrive, piuttosto, l'ordinamento *continua a pretendere dal soggetto l'osservanza della legge penale*, nonostante il conflitto motivazionale da questi vissuto, pur non sanzionandolo penalmente, e cioè ‘perdonandolo’ (ma, si badi, e questo è il punto, soltanto *sotto il profilo penale*, restando la condotta *illecita, e perciò sanzionata, in altri rami dell'ordinamento*), qualora il consociato in parola decida di violare il precetto penale. Il comando legislativo, pertanto, non viene meno; si affievolisce soltanto (e quindi non sparisce) la sanzione che consegue alla relativa inosservanza.

<sup>49</sup> Come riportato anche dalla sentenza in commento, la Cassazione non ha mancato di richiamare il principio di inesigibilità: cfr. ad es. Cass. pen., Sez. I, n. 11855/1980, Mastini, Rv. 146627; Sez. VI, n. 44761/2001, Mariotti, Rv. 220326; Sez. V, n. 18110/2018, Esposito, Rv. 273181; Sez. VI, n. 11476/2018, Cavassa, Rv. 275206; Sez. VI, n. 34543/2019, Germino, non mass.; Sez. VI, n. 15327/2019, Quaranta, Rv. 275320; Sez. VI, n. 34777/2020, Nitti, Rv. 280148.

<sup>50</sup> Risposta positiva al quesito era già stata data dalla dottrina (DI MARTINO (1998), p. 207).

<sup>51</sup> In particolare, Corte cost., sent. n. 237/1986 e sent. n. 8/1996.

<sup>52</sup> Corte cost., sent. n. 8/1996.

<sup>53</sup> Approvate da MACCHIA (2021), p. 8, che definisce le considerazioni svolte dalla Corte cost. “tutt'altro che evanescenti”.

Il “contro-interesse” tutelato dalla norma *non* è quindi – sottolinea la Corte di cassazione – l’unità della famiglia. Ad essere tutelato è piuttosto il *singolo* familiare (ma vedremo come non debba essere giocoforza un familiare). Questi – ecco che cosa la norma dovrebbe stare a significare secondo le Sezioni Unite – non può ritrovarsi vessato da conflitti psicologici insanabili. Tale sarebbe, secondo la logica sottesa all’art. 384 per come ricostruito dalle Sezioni Unite, la scelta fra l’osservanza della legge (cioè degli articoli cui l’art. 384 rinvia) e la protezione, mediante la violazione della legge, di soggetti a cui l’agente risulti legato da un particolare coinvolgimento affettivo. Il legislatore, nella sua discrezionalità politica, è libero di rifiutare questa logica e di abrogare l’art. 384. Una volta, però, che l’abbia accolta, è vincolato dall’art. 3 Cost. a perseguirla coerentemente e fino in fondo: ciò implica che ad un analogo grado di coinvolgimento affettivo deve corrispondere una analoga tutela dalla sanzione penale<sup>54</sup>, senza irragionevoli differenziazioni. Un puro formalistico legame legislativamente riconosciuto (come quello del coniugio e della parentela) non appare sufficiente (ecco quel che emerge fra le righe delle Sezioni Unite) a fondare – a parità di coinvolgimento affettivo – una radicale diversità di tutela. Resta da capire come ricavare, senza generare insolubili incertezze, tale grado di coinvolgimento. Ecco una possibile strategia ermeneutica.

Quando si fa leva sul grado di coinvolgimento emotivo, bisogna<sup>55</sup> “sgombrare il campo” da note “psicologistiche”, essendo impossibile infiltrarsi nell’intimo dell’agente e sondarne il grado di coinvolgimento emotivo. All’uopo potranno invece soccorrere indicazioni sintomatiche del grado di coinvolgimento affettivo, o potranno assumersi criteri di “identificazione di situazioni corrispondenti”<sup>56</sup>, purché, come Padovani sostiene con riguardo alla sola situazione di convivenza (ma come si potrebbe anche proseguire con riferimento ad altre situazioni sintomatiche identificate come corrispondenti), “la situazione [...] risulti in base ad elementi di prova rigorosi”<sup>57</sup>. Il gioco, secondo l’insegnamento di Gadamer, fa premio sui giocatori, e non sono quindi aprioristicamente individuabili a monte tutte queste situazioni: spetterà al giudice, non arbitrariamente ma secondo le coordinate di fondo costituzionali e legislative appena tracciate, individuarle a valle. Lo strumento dell’analogia *in bonam partem* sembra a tal fine la via più agevole. Naturalmente, una siffatta dinamica genererà incertezze: non deve però conseguirne (anche per le ragioni che si diranno) la rinuncia alla medesima.

### 3. Osservazioni più generali sull’analogia *in bonam partem*. Ridimensionamento della distanza dogmatica fra le tre grandi cause di non punibilità in senso lato.

La sentenza appena esaminata si rivela un auspicabile punto di svolta rispetto all’approccio traluzio al tema dell’analogia. Si possono adesso compiere passi ulteriori, sviluppando osservazioni di carattere più generale sul fenomeno analogico a favore del reo nel diritto penale. Ebbene, non si intende affatto trascurare le cospicue differenze intercorrenti fra gli istituti delle scriminanti, delle scusanti e delle cause di non punibilità in senso stretto. Eppure, dal ristretto punto di vista della possibilità di estensione analogica, la loro diversità, sinora fortemente rimarcata dalla dottrina di gran lunga maggioritaria, potrebbe essere in larga misura ridimensionata. Tradizionalmente si sostiene che le scriminanti sarebbero espressione di principi generali propri di tutte le branche dell’ordinamento, laddove scusanti (secondo certa dottrina<sup>58</sup>) e cause di non punibilità *stricto sensu* (secondo un unanime giudizio) avrebbero valore di norme eccezionali. Il punto è che la distinzione fra *principio generale* (cui si riconducono le scriminanti) e *ratio legis* (che sorregge scusanti e cause di non punibilità in senso stretto) non si presenta talmente netta da giustificare sempre e comunque un corollario di disciplina così diverso come quello legato all’applicabilità, nel primo caso, e all’inapplicabilità, nel secondo caso, dell’analogia *in bonam partem*.

<sup>54</sup> *Contra*, MACCHIA (2021), p. 7, che condivide la posizione della Corte costituzionale (sent. n. 8/1996) allorché afferma: “l’aspetto dei comuni sentimenti affettivi [...] non è idoneo a superare le diversità tra le due situazioni [cioè di coniugio e di convivenza]”. Si vedrà meglio quale sia la fallacia in cui è incappata la Consulta.

<sup>55</sup> PADOVANI (2021), p. 6.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Cfr., da ultimo, il ricco contributo di SCORCIA (2022), *passim* ma specialmente p. 19 ss. (con gli autori ivi citati).



Una differenza, certo, persiste: il fatto che una norma esprima un principio generale può naturalmente *rendere più agevole, e di più immediata evidenza*, la possibilità di applicarla ad altri casi, ma non è un fattore sempre e comunque decisivo ai fini dell'analogia *in bonam partem*: se è vero che la medesimezza della *ratio legis*, infatti, si manifesta con minore immediatezza, da ciò non dovrebbe, tuttavia, derivare un'assoluta preclusione del procedimento analogico, ma, più semplicemente, una maggiore cautela da parte dei giudici nell'avvalersene. Trattasi dunque non di una difformità ontologica, di natura qualitativa, ma di una *questione di grado*, di carattere meramente quantitativo (l'analogia ricorrerà, cioè, *con maggiore frequenza* nelle scriminanti rispetto alle scusanti ed ancor di più alle cause di non punibilità in senso stretto). I principi generali, d'altronde, a ben vedere, forse altro non sono che *rationes legis* più lungamente e stabilmente sedimentate nel tempo ("più", si badi: differenza, lo si ribadisce, quantitativa, non qualitativa).

Lelemento dirimente è pertanto costituito dal riferimento all'art. 3 della Costituzione<sup>59</sup> (alla cui luce andrebbe interpretato l'art. 14 anche nella sua seconda parte, e non solo nella prima<sup>60</sup>): esso non dà certo luogo ad un *passerpartout* in grado di risolvere tutti i problemi, ma rappresenta un ineludibile punto di riferimento per ogni ragionamento giuridico intorno al procedimento analogico, perché, imponendo di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse, altro non chiede che di valutare se la *ratio* della legge di volta in volta in esame postuli una equiparazione o una differenziazione di trattamento. Secondo l'insegnamento consolidato della Corte costituzionale<sup>61</sup>, quando risulti impossibile interpretare una legge in maniera conforme a Costituzione, s'impone al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale; quando però è possibile operare una interpretazione costituzionalmente conforme, il giudice è tenuto ad adottarla, a pena di inammissibilità della questione sollevata. L'analogia costituisce, ad avviso di chi scrive, né più né meno che uno strumento di interpretazione costituzionalmente conforme in senso ampio (o, se ci si riferisce all'interpretazione in senso stretto, comprensiva della fase *sussuntiva*, l'analogia sarebbe uno strumento di *integrazione* costituzionalmente conforme), a carattere sistematico e teleologico. Il giudice comune è tenuto ad esperirlo ove possibile (anche se *cum grano salis*), oltre che per quanto appena detto (cioè a pena di inammissibilità della questione sollevata), anche e soprattutto per due ordini di ragioni di stampo assiologico, sulle quali ci si soffermerà tra breve<sup>62</sup>.

La conclusione appena tracciata non dovrebbe rivelarsi dirompente, e si pone nel solco di una riflessione avanzata da autorevole dottrina<sup>63</sup> in merito al principio di inesigibilità: "è evidente che ogni disposizione giuridica è chiamata inevitabilmente a regolare non una sola ma più possibili – ed anche in certa misura diverse – situazioni che entrano a far parte di una classe in quanto presentano il medesimo nucleo significativo, e proprio qui può innestarsi il discorso sull'esigibilità: in taluni casi la situazione di fatto in cui la condotta considerata si radica è talmente anomala da far venire meno proprio uno degli elementi che integrano il comune nucleo significativo che è il denominatore minimo di appartenenza alla classe di condotte; ed allora si può concludere che il principio di uguaglianza non è più rispettato – ma può esserne recuperato il valore per il tramite dell'inesigibilità – di fronte all'applicazione di una norma ad una ipotesi la cui eccezionalità elimina in concreto la riconducibilità logica della fattispecie alla norma. Il principio di uguaglianza rappresenta pertanto uno scrimine essenziale, e in tal guisa funge da criterio di concretizzazione della inesigibilità almeno in un primo passaggio della valutazione giudiziale: attraverso di esso, infatti, il giudice stabilirà se il grado di anomalia della situazione di fatto è tale da non lasciar inquadrare la condotta nello schema della classe di condotte disciplinate da una determinata norma; in questo caso diviene legittima l'utilizzazione dell'inesigibilità".

Tali considerazioni potrebbero lasciare al giudice una discrezionalità eccessivamente ampia, prossima forse all'arbitrio. Qual è infatti il grado di anomalia rilevante? Donde lo si deduce? Senza un ancoraggio normativo, il riferimento ad una "anomalia" faticerebbe ad orientare le decisioni giudiziali. Si potrebbero quindi invertire i termini del discorso: *non si dovrebbe partire, come l'Autore si propone, da una norma incriminatrice per individuare arbitrariamente i casi ad essa sottratti, ma da una norma di favore per individuare analogicamente i casi ad essa*

<sup>59</sup> Sul rapporto fra diritto penale e principio costituzionale di eguaglianza, DODARO (2012).

<sup>60</sup> Cfr. paragrafi 3 e 4.

<sup>61</sup> Si allude all'orientamento inaugurato con la celeberrima sentenza n. 356 del 1996.

<sup>62</sup> Cfr. decimo cpv. del presente paragrafo.

<sup>63</sup> FORNASARI (1990), p. 221 ss.

*riconducibili.*

Si potrebbe certo obiettare che anche quest'ultima soluzione presenti elementi di forte criticità, lasciando comunque in capo ai giudici una sfera di discrezionalità troppo ampia e tale da poter condurre ad un diritto pretorio costituzionalmente (dis-)orientato, con esiziale nocimento delle ragioni legate alla certezza del diritto. Nondimeno, siffatta obiezione rischierebbe anzitutto di provare troppo, in quanto impedirebbe finanche l'estensione analogica *in bonam partem* delle scriminanti (non meno discrezionale pare infatti l'individuazione di principi generali dell'ordinamento e la determinazione del relativo raggio di azione) o l'utilizzo, ad es., di termini *elastici* nella costruzione delle fattispecie incriminatrici (che cosa vi è di più discrezionale dell'individuazione, ad es., di un generico "giustificato motivo"?).

In secondo luogo, l'interpretazione della Costituzione e delle leggi non è prerogativa esclusiva di alcuna autorità in particolare (ciò ovviamente non significa che non esistano organi più o meno autorevoli in virtù della posizione che ricoprono nell'ordinamento): "in democrazia nessuno [...] è "padrone" dell'interpretazione, men che mai dell'interpretazione della Costituzione [...]. La democrazia richiede la massima diffusione del potere dell'interpretazione perché presuppone il mutuo riconoscimento dell'eguale dignità di tutti i componenti della comunità politica [...]. Eguale dignità significa eguale fallibilità delle opinioni di ciascuno" 64. Il giudice, nel rispetto della legge, deve essere libero di riempirne i "coni d'ombra": se la sua opinione apparirà plausibile, sarà allora più diffusamente adottata e, magari, fatta propria anche dalla Corte di cassazione, dotata della nota funzione nomofilattica: a questo punto anche le ragioni di certezza del diritto saranno soddisfatte.

Da ultimo, si evidenziano i due ordini di ragioni di stampo assiologico cui si fa riferimento alla fine del quinto cpv del presente paragrafo: in prima istanza, secondo il principio cardine dell'intera materia penale, meglio lasciare impuniti dieci colpevoli che condannare un innocente. Se quindi il giudice dovesse estendere impropriamente una scusante, sicuramente cagionerà un danno minore di quello che invece provocherebbe indebitamente *non estendenda*. Attribuire una maggiore discrezionalità *in bonam partem*, al più, conduce talora (in casi di *patologia*, ci si augura non frequenti) all'impunità di un colpevole, laddove invece ridurre tale discrezionalità può portare, al contrario (qualora il giudice non sollevi la questione di legittimità costituzionale o tale questione sia dichiarata inammissibile o rigettata dalla Corte costituzionale), alla condanna di un innocente.

In seconda battuta, l'interprete non si può mai discostare da un'impostazione personale, insita nella Carta costituzionale, che accorda all'individuo preminenza rispetto allo Stato 65. Ebbene, depongono a favore dell'analogia *in bonam partem* entrambe le coordinate di fondo, potremmo icasticamente dire l'ascissa e l'ordinata, del nostro sistema istituzionale, cioè la libertà e l'uguaglianza 66, che fanno premio sull'istanza punitiva. La libertà perché l'*analogia in bonam partem* esprime un *favor libertatis* certamente insito nelle liberaldemocrazie. L'uguaglianza perché la necessità di ricorrervi discende da insopprimibili esigenze di parità di trattamento, parimenti insite nelle liberaldemocrazie 67.

Ciò, si badi bene, non equivale affatto a sacrificare del tutto l'istanza punitiva: resta affidato al ruolo dei giudici non forzare procedimenti analogici in assenza dell'*eadem ratio* e di indicazioni sintomatiche (o di criteri di identificazione di situazioni corrispondenti) risultanti in base a rigorosi elementi di prova. Rimane, sì, il rischio che ciò non accada e si "forzi la mano", ma non dovrebbe rivelarsi un rischio troppo elevato, e in ogni caso i danni sarebbero, come si è visto, inferiori rispetto a quelli che scaturirebbero da un'assoluta preclusione (o da una soverchiante limitazione) del procedimento analogico.

Bisogna però fare, da ultimo, i conti con alcuni invitati di pietra del discorso in questione. Il primo è il più agevole da trattare, e attiene all'asserita *assenza di lacune* nell'ordinamento

<sup>64</sup> Cfr. ARENA (2020), p. 98 ss.

<sup>65</sup> Cfr. BETTIOL (1982), p. 376 ss.

<sup>66</sup> Non si concorda perciò al riguardo con MACCHIA (2021), p. 3 ss., secondo cui "gli 'sconfinamenti' di campo [del giudice nella sfera legislativa] sono, come è ovvio, tollerabili, ma purché *cum grano salis*, ed in ipotesi davvero eccezionali, rappresentando, come si è detto una sorta di 'valvola di sicurezza' del sistema, che la stessa Corte costituzionale ha in qualche modo preventivato"; o, ancora, "è [...] il legislatore, "muto o "loquace" che sia, a dover effettuare le proprie valutazioni, anche se – in ipotesi – non sempre o non in tutto sintoniche con il comune sentire e con la evoluzione dei costumi sociali. I rimedi ci sono: ed è davvero superfluo enumerarli". L'intervento giudiziale per colmare lacune legislative viene inteso, in quest'ottica, quasi soltanto come inconveniente da contenere al massimo e da accogliere a malincuore quando proprio non si può fare altrimenti, laddove invece, nella nostra impostazione, esso costituisce una chiave di volta per appianare le gibbosità dei casi concreti.

<sup>67</sup> Sui nessi intercorrenti fra analogia e principio costituzionale di uguaglianza, con decisione e chiarezza, GIANFORMAGGIO (1987), p. 320 ss.;

penale<sup>68</sup>: nel sistema penale sarebbe cioè in radice preclusa qualunque possibilità di applicare il procedimento analogico, anche *in bonam partem*, in quanto difetterebbe, a monte e prima ancora di poter indagare il profilo della *eadem ratio legis*, il presupposto legato alla presenza di una *lacuna*. Qualora un determinato fatto non sia stato, ad esempio, espressamente scriminato, ciò significherebbe che il legislatore ha inteso assoggettarlo alla sfera di operatività della disposizione incriminatrice. L'argomento è stato da tempo superato in quanto non dirimente (tant'è che, come si è detto, l'analogia nelle scriminanti è ad oggi ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti); si intende qui, comunque, avanzare una ulteriore ragione a sostegno dell'opinione che estende l'analogia a favore del reo: si ritiene che la lacuna non possa giuridicamente mai consistere in un *punto vuoto* dell'ordinamento, e cioè in una *mera assenza*. Non si aderisce, infatti, alla tesi secondo cui nell'ordinamento giuridico possano esistere comportamenti *giuridicamente neutri o indifferenti* soltanto perché *non espressamente qualificati*. Il sistema, di contro, esplicitamente o implicitamente, è tenuto a prendere posizione su qualunque fatto umano intersoggettivamente rilevante; un atteggiamento di neutralità si risolverebbe soltanto nel premio del più forte: soluzione che contrasta con lo scopo stesso (meglio, con uno degli scopi) per cui il diritto esiste. Nessun fatto umano intersoggettivamente rilevante sfugge dunque alla qualifica del diritto: ciò non si traduce, naturalmente, in una dinamica totalitaria od autoritaria, ché anzi il principio ispiratore dei sistemi liberaldemocratici è il *favor libertatis*; si traduce soltanto nella necessità valoriale che l'ordinamento *prenda sempre posizione*, e non si disinteressi mai dei rapporti intercorrenti fra i suoi consociati.

Il giudizio sulla sussistenza di una lacuna ha, per questo, carattere eminentemente valoriale<sup>69</sup>: la lacuna non ha cioè priorità logica rispetto alla *eadem ratio*, ma avviene piuttosto il contrario: la lacuna *si ricava dalla eadem ratio*. La lacuna infatti, lungi, come si è detto, dal costituire un *punto vuoto* del sistema giuridico, costituisce il risultato di un preciso giudizio valoriale, inerente alla *eadem ratio*: si individua una norma; si ricava la sua *ratio legis*; si rileva, come sempre avviene, che la *ratio legis* impone, secondo esigenze, anche costituzionali, di parità di trattamento, una sfera di applicazione della norma *più ampia* rispetto a quanto si può evincere in via ermeneutica dalla relativa disposizione; si estende la portata della norma al caso non regolato dalla disposizione. La lacuna, dunque, lungi dall'essere un punto vuoto, si può definire come l'impossibilità di applicare, su basi strettamente interpretative e quindi *sussuntive*, una determinata disposizione ad un determinato caso concreto, quantunque tale applicazione sia imposta da esigenze, anche costituzionali, di parità di trattamento. Il vuoto afferrisce, pertanto, esclusivamente al momento strettamente interpretativo-sussuntivo. Ha carattere relativo, non assoluto. E, soprattutto, non è il portato di un *vuoto giuridico*, ma è il frutto di una valutazione in termini di *dover-essere normativo e valoriale*. Calata questa considerazione nel contesto dell'analogia *in bonam partem*, non si può quindi partire dal rilievo secondo cui in mancanza dell'espressa estensione di una causa di non punibilità (si utilizza volutamente qui l'espressione più ampia) il caso concreto debba essere sussunto sotto la disposizione incriminatrice; occorre piuttosto partire dal rilievo del *dover-essere normativo e valoriale* legato alla necessaria applicazione della causa di non punibilità in discorso anche a casi *non riconducibili alla medesima su basi strettamente interpretative-sussuntive*, ma che *richiedono* di essere da essa regolati secondo esigenze, anche costituzionali, di parità di trattamento<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Cfr. CONSULICH (2018), p. 458: "a nostro parere sono però ragioni *logico-sistematiche* ad impedire il ricorso all'analogia *per qualsiasi scriminante*. A difettare rispetto a queste norme è il presupposto operativo, cioè una assenza di disciplina da colmare in via interpretativa: la lacuna, pur percepita dall'interprete come reale, ha una dimensione meramente *apparente*. La norma scriminante, proprio perché tale, cioè, orientata alla neutralizzazione di una responsabilità penale, implica che il caso concreto che si vorrebbe ricondurre alla *giustificazione sia già disciplinato* dalla fattispecie penale: un fenomeno, dunque, di *convergenza normativa* e non certo di *assenza di regolazione*. Applicare analogicamente la norma di liceità comporterebbe la sottrazione di una classe di ipotesi alla disciplina della norma incriminatrice e condurrebbe ad una violazione del già citato art. 25 Cost., nonché del principio di cui all'art. 101 Cost., contraddicendo una esplicita scelta normativa del legislatore. In conclusione, l'analogia in materia di scriminanti, prima che *vietata*, è *impossibile*, quanto meno entro le coordinate costituzionali italiane"; convergono PADOVANI (1993), p. 37 ss.; SPENA (2008), p. 341 ss.

<sup>69</sup> Si rimanda in proposito, in particolare, agli studi di Fiandaca. Cfr., fra tutti, FIANDACA (2001), p. 353 ss.; ID. (2002); ID. (2005).

<sup>70</sup> Per una accurata sintesi delle numerose definizioni e classificazioni di lacuna, ed in particolare sulla categoria delle cc.dd. lacune assiologiche (soprattutto se lette in connessione con l'art. 3 Cost., CHIASSONI (2007), cap. III)

## 4. Il secondo convitato di pietra. La natura (asseritamente) eccezionale delle norme di favore diverse dalle scriminanti.

Il secondo convitato di pietra si radica nel divieto, legislativamente scolpito, di applicazione analogica di *norme eccezionali*, secondo il disposto inequivoco dell'art. 14 delle *Preleggi*<sup>71</sup>: se anche le scusanti fossero espressione del principio generale di inesigibilità, le cause di non punibilità in senso stretto sarebbero comunque soggette al divieto in discorso, in quanto pacificamente qualificate come norme eccezionali, e perciò insuscettibili di riconduzioni a matrici unitarie o a principi generali. L'argomento è superabile, sotto più di un aspetto: innanzitutto, se è vero che le norme eccezionali non sono, per definizione, espressione di principi generali, è anche vero che non per questo esse risultano scvre da una loro *ratio legis*, la quale pertanto impone di applicare le norme stesse, in ossequio alla parità di trattamento, a casi rientranti nel suo perimetro d'azione: ciò, naturalmente, di solito avverrà in maniera assolutamente sporadica, in quanto le norme eccezionali, anche rispetto alla loro *ratio*, sono generalmente strutturate in guisa tale da estendersi nella loro massima portata logica solo ai casi espressamente regolati. Qualora, tuttavia, non dovesse essere così, una *preclusione indiscriminata* dell'analogia come quella che sembra emergere dalla seconda parte dell'art. 14 delle *Preleggi* non sembra potersi porre al riparo da censure di legittimità costituzionale, poiché vulnera l'imperativo della nostra Carta fondamentale di trattare situazioni eguali in maniera eguale e situazioni diverse in maniera diversa (alla luce di un giudizio di valore legato appunto alla *ratio legis*).

Si potrebbe obiettare che in simili eventualità, anziché ricorrere ad una preclusa estensione analogica, il giudice potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma eccezionale nella parte in cui essa non si estende anche ad altri casi dalla stessa non contemplati; la risposta a questa obiezione si rinviene tuttavia nell'argomento che si è avanzato poc'anzi: l'analogia costituisce un prezioso strumento pretorio di interpretazione costituzionalmente conforme (o, se ci si riferisce all'interpretazione in senso stesso, implicante l'operazione sussuntiva, di integrazione costituzionalmente conforme), imposta dalla Corte costituzionale a pena di inammissibilità. Si riconosce da subito, comunque, che potrebbe seguirne uno stallo: stando infatti all'attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui è inammissibile qualsiasi questione di legittimità costituzionale ove il giudice non abbia prima infruttuosamente operato un tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme, potrebbe derivarne l'impossibilità di dichiarare una norma costituzionalmente illegittima per violazione del principio di uguaglianza, poiché il giudice *a quo* potrebbe sempre rimediare al *vulnus* mediante l'analogia e, qualora non potesse, significherebbe che i casi non regolati non sono riconducibili alla *ratio della norma*, e che dunque neppure si pone un problema di illegittimità costituzionale della norma sotto tale profilo.

Anche un simile stallo non sarebbe di certo insuperabile: innanzitutto perché il giudice *a quo* potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una norma eccezionale che *secondo il diritto vivente* non è estesa analogicamente ad un caso cui a suo avviso dovrebbe estendersi; anziché operare direttamente l'analogia, il giudice potrebbe, privilegiando un'insopprimibile istanza di certezza del diritto, far dichiarare la legge eccezionale in parola costituzionalmente illegittima<sup>72</sup>. In secondo luogo, si rammenta che il giudice può certo ricorrere all'analogia, ma non *contra legem*; se, quindi, una determinata norma eccezionale rendesse, espressamente o comunque inequivocabilmente, impossibile operare una analogia (ad esempio *negando espressamente, o implicitamente ma in maniera univoca*, di applicarsi a determinati casi a cui, secondo Costituzione, dovrebbe invece applicarsi), il giudice si ritroverebbe costretto a sollevare q.l.c. dinanzi alla Corte costituzionale. Infine, non sembra peregrino avanzare l'idea che la secca alternativa fra l'interpretazione costituzionalmente conforme e la q.l.c. possa forse rivelarsi troppo rigida. Senza voler qui inoltrarsi in un discorso troppo ampio, ci si potrebbe tuttavia domandare: *perché non attribuire al giudice comune la scelta discrezionale, in via generale,*

<sup>71</sup> Sul rapporto tra norme eccezionali, *ratio legis* delle medesime e analogia, in linea con la tesi espressa nel presente lavoro, cfr. ENGISCH (1970), pp. 240-241.

<sup>72</sup> Il giudice comune, infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. n. 117 del 2012), qualora si sia formato su di una determinata norma un diritto vivente che a suo parere renda la norma contrastante con la Costituzione, è legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma censurata: SALVATO (2015), p. 44. In ordine al rapporto fra questione di legittimità costituzionale e diritto vivente, più ampiamente ALPA (2008), p. 47 ss.; ANZON (1998), p. 1082; ID. (1984), p. 300 ss.; ASCARELLI (1958), p. 14 ss.; CARNELUTTI (1949), p. 41 ss.; MEZZANOTTE (1979), p. 149 ss.; PUGIOTTO (1994), p. 53 ss.; RESTA (2008), p. 23 ss.; ZAGREBELSKY, (1986), p. 1148 ss.

*fra interpretare o integrare la norma in maniera conforme a Costituzione o sollevare q.l.c.*, a seconda della via che gli sembri più idonea al caso concreto al medesimo sottoposto?

Se anche l'art. 14 non venisse dichiarato parzialmente incostituzionale, si potrebbe comunque rivisitare un'acquisizione sino ad oggi pacifica della dottrina e della giurisprudenza penalistica, e cioè che le cause di non punibilità in senso stretto siano necessariamente norme eccezionali. Che cosa sono, innanzitutto, le norme eccezionali? Una definizione univoca non esiste. Una delle più rigorose è stata autorevolmente elaborata da Mantovani, secondo cui il diritto eccezionale costituirebbe il “complesso normativo che regola il *minor numero* di ipotesi in modo non solo diverso ma *antitetico* rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto regolare)”<sup>73</sup>. L'Autore, tuttavia, giunge a questa ricostruzione solo dopo aver negato, in maniera forse troppo assertiva, che il *favor libertatis* dovrebbe deporre nel senso di far ritenere la libertà la regola e la relativa restrizione, specialmente in campo penale, l'eccezione: le norme incriminatrici, pertanto, costituirebbero, secondo la visione rigettata da Mantovani, esse stesse norme eccezionali (derogative del principio generale di libertà), cosicché le cause di non punibilità in senso stretto, ponendosi come eccezione dell'eccezione, confermerebbero la regola, ossia il principio generale di libertà<sup>74</sup>. L'Autore si limita ad affermare che una simile tesi peccherebbe per eccesso. Eppure, nel presente lavoro, non se ne riesce a vedere la ragione, ché anzi sembra una tesi rispettosa dei valori cui l'ordinamento è informato. Si può infatti, oltretutto, lapidariamente, domandare: se si vuol prendere sul serio il principio di *frammentarietà*, che cos'altro starebbe a significare, se non *eccezionalità* delle norme penali<sup>75</sup>?

Né si obietti, infine, che il principio generale sarebbe quello, sancito dall'art. 3 c.p., della obbligatorietà della legge penale; oltre al fatto che esso si riferisce, per quanto appena sostenuto, a norme *non di diritto regolare*, va aggiunto che le cause di non punibilità in senso stretto *non costituiscono eccezione* al principio di obbligatorietà della legge penale. *Anche i soggetti non punibili in virtù di una causa di non punibilità in senso stretto*, infatti, *sono tenuti al rispetto della legge penale*. La causa di non punibilità non rappresenta una licenza di commettere reati, ma solamente una rinuncia, da parte dell'ordinamento, alla sanzione penale (ferme eventuali altre sanzioni in altri rami dell'ordinamento). Un fatto, quindi, che integri una disposizione incriminatrice (e configuri un reato in tutti i suoi elementi costitutivi) *rimane* (almeno secondo la ricostruzione dominante, che esclude la punibilità dagli elementi costitutivi del reato<sup>76</sup>) *un illecito penale*. Nulla osta, in ultima analisi, come si è visto, all'eventualità di un'applicazione analogica di cause di non punibilità in senso stretto. Essa sarà solo *quantitativamente più rara* dell'estensione analogica delle scusanti o, ancor di più, delle scriminanti, ma *non sarà assolutamente e qualitativamente preclusa*.

## 5. L'analogia e la separazione dei poteri. Due termini di un rapporto problematico.

In virtù di tutte le considerazioni che si sono qui sviluppate, rimane da accennare ad una

<sup>73</sup> MANTOVANI (2020), p. 84. L'Autore, quindi, distingue rigorosamente il diritto eccezionale dal *diritto speciale*, che sarebbe invece “quel complesso normativo che, in ordine ad una determinata materia, regola il *minor numero* di ipotesi in modo *diverso* ma non antitetico rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto comune), poiché entrambi pur sempre vietano o comandano o permettono i fatti rientranti nelle rispettive sfere di previsione”; nel diritto eccezionale, di contro, “l'uno [ossia un complesso normativo] vieta e l'altro comanda o l'uno vieta e l'altro permette o l'uno permette e l'altro comanda la serie di fatti rispettivamente previsti”.

<sup>74</sup> In realtà bisogna precisare, e qui torna utile quanto affermato al primo paragrafo, che per 'libertà' non si deve intendere, a giudizio di chi scrive, *spazio di liceità* (significato più generale ed esteso ad ogni branca del diritto, che distingue per eccellenza il lecito dall'illecito), bensì *area di condotte che non dà luogo, come conseguenza sanzionatoria, all'imprigionamento, ossia all'invasione statale del corpo del consociato inosservante*. Ciò perché, lo si ricorda, le condotte coperte da cause di non punibilità in senso stretto rimangono *illicite* (addirittura, secondo l'impostazione dominante, *penalmente illicite*), sebbene non sanzionate. La *libertà* di cui si tratta è quindi *libertà da sanzione penale*, e non libertà giuridica di commettere la condotta *de qua*.

<sup>75</sup> Si può in proposito riprendere un passaggio di GIUNTA (2007), p. 447: “l'ordinamento giuridico aborre le lacune, ma non il diritto penale che *eleva a valore l'incompletezza* [corsivo nostro]”. Il discorso è riferito al divieto di analogia (*in malam partem*) nel sistema penale, ma può ben attagliarsi anche al principio di frammentarietà con la conseguente *eccezionalità* della restrizione della libertà del corpo dei consociati, tanto che lo stesso Autore subito dopo chiosa: “[m]entre il diritto civile conosce l'onnicomprendente figura dell'illecito aquiliano, il diritto penale moderno sta e cade con la pluralità tassativa degli illeciti, ossia con la frammentarietà dell'intervento punitivo”.

<sup>76</sup> Su cui, per tutti, DE FRANCESCO (2016), p. 2 ss., il quale peraltro opera una accurata distinzione fra un più moderato orientamento che ha elaborato, in seno al reato, le categorie del c.d. bisogno di pena o della c.d. meritevolezza di pena (facente capo a ROMANO (1992), p. 42 ss.) ed un più audace orientamento, cui ci si riferisce nel testo, che annovera la punibilità nella sua interezza fra gli elementi costitutivi del reato (è la classica posizione di MARINUCCI e DOLCINI (2001), p. 651 ss., nonché di Cocco (2013), p. 497 ss.).

più profonda indagine: bisogna cioè soffermarsi sul rapporto fra il fenomeno analogico, soprattutto in ambito penale, ed il principio di separazione dei poteri<sup>77</sup>, naturalmente senza alcuna pretesa di esaustività, atteso che ci si limiterà a suggerire alcuni spunti di riflessione. L'analogia rappresenta – se così si può dire – soltanto una piccola fessura da cui si può guardare al sistema giuridico nel suo complesso sotto il profilo della relazione che intercorre fra il legislatore ed il giudice, fra *legis latio* e *legis executio*. Come è noto, il mondo della dottrina – soprattutto costituzionale – sembra, da questo punto di vista, come 'spaccato in due': da una parte si collocano coloro che guardano con sostanziale *sfavore* all'espansione del ruolo del giudice (anche costituzionale) in veste suppletiva del legislatore, e reputano che il primo dovrebbe attenersi ad un più rigoroso *self-restraint* nei confronti del secondo; dall'altra, invece, si schiera chi sostiene che un ruolo più attivo del potere giudiziario rappresenti una evoluzione *fisiologica* del rapporto giudice-legislatore<sup>78</sup>, soprattutto di fronte ad un potere legislativo sempre meno fisiologicamente esercitato<sup>79</sup>.

Si ritiene – nell'aderire al secondo orientamento di fondo – che il criterio che dovrebbe presiedere alla valutazione, in termini positivi o negativi, dell'espansione del ruolo dei giudici si incentri, come il prisma dei valori costituzionali sembra imporre, sulla tutela dei diritti fondamentali. La stessa, tradizionale regola aurea solennemente stabilita dall'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, secondo cui un popolo non ha una Costituzione qualora non siano tutelati i diritti o non siano separati i poteri, sembra poter dare luogo ad un equivoco: nel giustapporre le due componenti di un ordinamento munito di Costituzione, essa pare obliterare il necessario *nesso di strumentalità* che avvince l'una all'altra. Non si tratta di due fini: la separazione dei poteri è il mezzo, la tutela dei diritti è il fine. L'orientamento, dunque, che subordina la tutela dei diritti al rispetto della separazione dei poteri *inverte* il rapporto di strumentalità, facendo assurgere il principio di separazione dei poteri da mezzo a fine. È ovvia l'obiezione secondo cui obliterare la separazione dei poteri può risolversi, soprattutto in prospettiva, nel pregiudizio, anziché nella tutela, dei diritti. Ciò non può, nondimeno, comportare come corollario l'idolatria del principio della separazione dei poteri anche a dispetto della tutela dei diritti, ma, anzi, impone a chi difenda, *contro* la tutela dei diritti, la separazione dei poteri, di argomentare in maniera chiara e convincente *quale potenziale nocumento* potrebbe recare ai diritti fondamentali la rinuncia al *self-restraint* giudiziale in funzione della tutela di un determinato diritto fondamentale nel determinato specifico caso di cui si discute.

Non si caldeggia certo, beninteso, un sistema in cui la separazione dei poteri sia obliterata ed i giudici possano 'violentare' la legge per affermare diritti o pretesi diritti; si sostiene, tuttavia, che il giudice, qualora ciò sia funzionale alla tutela di un diritto fondamentale, debba poter godere della sfera di discrezionalità, e quindi di *potere*, necessaria a riempire i coni d'ombra volutamente, negligenemente o anche fisiologicamente lasciati dal legislatore. Lo stesso dovrebbe valere per la Corte costituzionale rispetto ai coni d'ombra volutamente, negligenemente o fisiologicamente lasciati – in dispregio dei principi supremi dell'ordinamento – dai Padri e dalle ventun Madri Costituenti. Nulla dovrebbe ad esempio – nell'ottica del presente lavoro – ostare all'affermazione, nel rispetto della legge e della Costituzione, dei cc.dd. 'nuovi

<sup>77</sup> Su cui si rinvia, per tutti (oltre, ovviamente, ai classici della filosofia politica di Locke, Montesquieu etc.), a SILVESTRI (1979); ID. (1984); ID. (1990); ID. (1994); ID. (2011), p. 2 ss., nonché a BASSI (1965); BOGNETTI (2001); ID. (1996); CERRI (1990); MODUGNO (1996), p. 472 ss.; RESCIGNO (1980).

<sup>78</sup> Si ricorda, comunque, che ad avviso di autorevole dottrina (LUCIANI (2020), p. 4) attivismo e deferenza sarebbero "categorie sociologiche e segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche".

<sup>79</sup> Per una sintetica ma densa ricostruzione dell'intero dibattito (che in questa sede non può essere ulteriormente approfondito), SILVESTRI, p. 3 ss. Si può inoltre abbozzare una succinta riflessione: se il Parlamento è stato un tempo efficacemente definito come il potere "costituzionalmente meno pericoloso" (MANTOVANI (2020), p. 46) occorre oggi, oltre a prendere atto (gli studiosi ci hanno già pensato abbondantemente), anche trarre le opportune conseguenze dal fatto che il Parlamento, proprio per la sua sempre maggiore passività, paradossalmente appare *sempre più pericoloso*: lo svilimento del livello del dibattito nelle aule parlamentari, la tolleranza dell'abuso da parte del Governo delle questioni di fiducia ed il succedersi di leggi elettorali che recidono il rapporto tra parlamentare ed elettorato di riferimento e premiano solo i più zelanti peones rendono sempre più il Parlamento mero luogo di ratifica di decisioni già prese, e consequenzialmente *longa manus* della compagine governativa, non immediata espressione della sovranità popolare. Pertanto, il primo non è oggi molto più rassicurante, per le libertà democratiche, del secondo. Questa crescente pericolosità del Parlamento si manifesta peraltro nella ormai cronica tendenza legislativa a ricorrere al diritto penale non più come mezzo per la protezione di beni giuridici, ma come *strumento di (apparente) risoluzione di problemi sociali*. Sulla (per la verità, vecchia e nuova) "passione punitiva" e sull'approccio legislativo di tipo "massimalista" e "bulimico", RISCATO (2021), p. 9; ID. (2019), nonché FERRAJOLI (2017), p. 140 ss. Tanto più, dunque, andrà avanti questa tendenza quanto più andrà limitato il suo potere penale, e all'assolvimento di questo fine sono funzionali, da diverse angolature ed in diversa guisa, non soltanto tutti gli istituti riconducibili al potere giudiziario (latamente inteso, e comprensivo, in certo qual modo, anche della Corte costituzionale), fra cui dunque anche l'analogia *in bonam partem*, ma anche, per muoverci per un attimo oltre il tema qui trattato, gli istituti connessi alla *volontà popolare*, come, per eccellenza, il referendum abrogativo.

diritti' (che poi sovente altro non sono se non fisiologiche evoluzioni di vecchi diritti, al cui passo il legislatore non può stare né, tantomeno, è potuto stare il Costituente), anche perché, almeno nella maggior parte dei casi, ciò non implica il sacrificio di altri diritti fondamentali, ma soltanto lo sfaldamento di antichi privilegi, il venir meno di odiose discriminazioni o il crollo di qualche astratto principio che, per come è configurato, pare fine a sé stesso<sup>80</sup>.

In uno Stato costituzionale, si potrebbe giungere forse anche a revocare in dubbio la coerenza della distinzione fra *interpretazione*, che tradizionalmente spetterebbe al giudice, e *creazione*, che tradizionalmente spetterebbe solo al legislatore. Senza volersi, anche qui, pienamente addentrare in un dibattito oceanico, si avanza solo uno spunto di riflessione, un principio di discussione sul tema. Si ritiene che fra attività interpretativa ed attività creativa esista una differenza (analogamente al rapporto fra principi generali e *rationes leges*) *solo di grado*, ma non di ordine qualitativo. Si muove infatti dall'assunto secondo cui *nessun potere è libero nei fini*<sup>81</sup>, e cioè *libero di creare senza vincoli*. Il legislatore, nel creare norme giuridiche (*rectius* nel dettare disposizioni, il cui risultato interpretativo dà luogo alle norme in senso tecnico), si fa al contempo in qualche modo anche *interprete* di norme sovraordinate (quelle costituzionali e quelle sovranazionali), che ne vincolano i fini e l'attività. Finanche un eventuale futuro legislatore che intenda modificare la Costituzione è vincolato dal rispetto dei principi supremi dell'ordinamento. Si tratta, è chiaro, in entrambi i casi di vincoli *molto più allentati* rispetto a quelli cui è tenuto il giudice, ma non per questo inesistenti o qualitativamente difforni. Allo stesso modo, salvo i casi di scuola, a sua volta il giudice, nell'interpretare la legge, si vale di un ineludibile *spazio creativo*<sup>82</sup>, che non sembra nulla di diverso dalla stessa attività interpretativa: la *scelta fra più possibili significati, tutti potenzialmente validi*, e la *scelta su come far interagire le norme fra di loro*, costituisce, è inutile nascondere, un ineludibile *spazio politico* a disposizione del potere giudiziario<sup>83</sup>.

Se, dunque, per *creazione* si intende *creazione dal nulla e senza vincoli*, non esistono nell'ordinamento poteri creativi. Se invece si intende, meno faraonicamente, *scelta fra più possibili opzioni, tutte potenzialmente autorizzate da una fonte del diritto*, allora tanto il potere legislativo quanto il potere giudiziario<sup>84</sup> sono esercitati *creando*. Se, d'altra parte, per *interpretazione* si intende la meccanica applicazione di una disposizione inequivocabilmente chiara, essa si è già da gran tempo rivelata un *wishful thinking* illuministico, ed un tale tipo di attività è relegata ad oggi a sparuti casi di scuola; se invece si intende attribuire un significato ad una o più disposizioni fra tutti quelli possibili, e rendere la disposizione *operativa*, tanto il potere giudiziario quanto il potere legislativo sono esercitati *interpretando*. In senso ampio, il potere legislativo altro non è infatti che *un interprete privilegiato dei valori costituzionali*. In entrambi i casi, pertanto, con la sola differenza di grado per cui il potere legislativo ha molte più opzioni ed una molto più ampia sfera di azione rispetto al potere giudiziario (lasciando il testo costituzionale uno spazio molto più ampio di quello lasciato dal testo legislativo), si può parlare dunque di una *creazione interpretativa e perciò vincolata* (dalla legge *tout court* per il giudice, dalla Costituzione per il legislatore).

Non si obietti, infine, che le scelte politiche spettino solo al Parlamento in quanto esso sarebbe il potere più rappresentativo del corpo elettorale, più vicino alla volontà popolare. Occorre, ad avviso di chi scrive, abbandonare la visione per la quale le elezioni costituirebbero, in fin dei conti, *l'unica patente di legittimazione del potere politico*<sup>85</sup>. Quest'ultimo viene invece esercitato, sia pur, lo si ripete, con differenze di grado non irrilevanti, tanto dagli organi di indirizzo politico, quanto dagli organi di garanzia<sup>86</sup>. Fingere che esso non esista non comporterà il suo venir meno. In particolare, si sostiene che il potere legislativo non abbia titolo *esclusivo*, ma solamente *prioritario*, a innovare l'ordinamento. Quando l'innovazione sia imposta dalla

<sup>80</sup> Primo fra tutti il c.d. principio della sacralità della vita, che altro non è se non il principio del dovere di vivere.

<sup>81</sup> Si riporta un acuto passaggio di ARENA (2019), p. 220: "l'azione politica non è "libera nel fine", ma subordinata ai fini segnati in Costituzione e quindi preordinata alla massima tutela possibile della dignità di ciascuna persona umana".

<sup>82</sup> Che il giudice, anche interpretando, in qualche misura *crei*, è un dato già autorevolmente messo in luce dalla dottrina; cfr., ad es., FIANDACA (2011), p. 93; Id. (2008), p. 15.

<sup>83</sup> Trattasi di un dato ammesso anche da autorevole dottrina, come Luigi Ferrajoli (soprattutto in *Diritto e ragione*), sebbene l'Autore non sembri trarne le necessarie conseguenze, ed in particolare il ridimensionamento della distanza fra interpretazione e creazione e la necessità che anche il giudice sia *creatore di norme*, e non soltanto mero interprete.

<sup>84</sup> Per brevità, si intende per 'potere giudiziario' tanto quello esercitato dai giudici comuni quanto quello esercitato dal Giudice delle Leggi.

<sup>85</sup> Inteso come "peculiare interpretazione dell'interesse generale" (ARENA (2019), p. 165), cui si può aggiungere la legittimazione da parte dell'ordinamento a farla valere nei modi da questo consentiti.

<sup>86</sup> Efficacemente, ARENA. (2019), p. 163 ss. e p. 219 ss., discorre di 'forza politica' degli organi di garanzia e di 'forza garantista' degli organi di indirizzo politico, sostenendo (*ivi*, p. 165) che politica e garanzia siano "ingredienti mescolati ogni volta in diversa misura".

necessità di proteggere diritti fondamentali (anche *nuovi diritti*), l'inerzia del legislatore non può giustificare una lacuna di tutela, e subentra il dovere del potere giudiziario di intervenire. Il fine – lo si vuole ancora una volta rammentare – non è il principio della separazione dei poteri, ma la tutela dei diritti. Il primo deve sempre fisiologicamente tutelare, e mai patologicamente pregiudicare i secondi<sup>87</sup>. Si può d'altronde avanzare una ulteriore considerazione: si fatica a concepire come si possa, da un lato, mostrarsi così solleciti a salvaguardare il sistema, mediante la difesa del principio di separazione dei poteri, dal cattivo uso di un potere in forma *attiva*, e rimanere, dall'altro lato, giuridicamente indifferenti al cattivo uso di un potere in forma *omissiva*, consistente nell'*inerzia*. La seconda forma di cattivo uso del potere non è infatti necessariamente meno pericolosa della prima, e affermare che l'unico possibile rimedio può rinvenirsi, *quando siano in gioco diritti fondamentali*, nelle spontanee dinamiche della società, e non anche all'interno del sistema giuridico, equivale, giuridicamente, a minare il cuore dello stesso principio della separazione dei poteri.

Si ritiene, al contrario, che, soprattutto in una temperie culturale, se così si può dire, di *anestesia del furore politico* e di cronica incapacità della politica di far valere, attraverso il Parlamento, le istanze provenienti dalla società civile, non si possa alzare le spalle e sperare che in tempi migliori i cittadini si destino per condurre attivamente le loro battaglie politiche o che il legislatore torni a (o cominci a?) rispondere sollecitamente alle istanze sociali. I diritti fondamentali non possono aspettare a lungo; è piuttosto opportuno che ciascun soggetto investito di una posizione di potere lo eserciti, conformemente a legge e Costituzione, per tutelare i diritti. “Nel 1938 gli esseri umani potevano scegliere fra tre narrazioni globali [la narrazione fascista, la narrazione comunista e la narrazione liberale], nel 1968 le opzioni si erano ridotte a due, nel 1998 sembrava prevalere una singola narrazione; nel 2018 non ne è rimasta alcuna”. Occorre cominciare a pensare ad un assetto giuridico modellato sulla desolante presa d'atto della generale assenza di passione politica. L'analogia, nel suo piccolo, può costituire uno degli strumenti atti a colmare i vuoti che questa assenza tristemente lascia.

Per concludere e ritornare al tema, se si individua correttamente la *ratio legis* di una causa di non punibilità, sia essa una esimente, una scusante od una causa di non punibilità in senso stretto, ben vengano le operazioni analogiche, con cui tali norme possano applicarsi anche a casi non espressamente contemplati in via legislativa, ma da ricondursi secondo ragionevolezza al loro alveo applicativo<sup>88</sup>. Né si affermi, come si è fatto in dottrina<sup>89</sup>, che è compito del legislatore colmare tutte le lacune che possano venire a crearsi, quasi che egli fosse un onnisciente Leviatano in grado di abbracciare con la possanza della sua mente l'infinita molteplicità delle vicende umane. Torna quanto mai opportuno, anche con riguardo al legislatore (ed alle cerulee ed ingiustificate speranze che su di esso ripongono i proseliti del principio della radicale separazione dei poteri), il monito di Amleto a Orazio: “ci sono più cose in cielo e in terra di quante tu ne possa sognare nella tua filosofia”.

## Bibliografia

ALPA, Guido (2008): “Il diritto giurisprudenziale e il diritto “vivente” – Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?”, *Sociologia del diritto*, p. 47 ss.

AMATO, Giuliano (1967a): *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Milano, Giuffrè)

<sup>87</sup> Si vuole fare qui una importante precisazione: si suole spesso domandare retoricamente, soprattutto quando entrano in gioco ‘nuovi diritti’: “chi decide quali sono i diritti fondamentali? Un giudice? Un pugno di cittadini?”, etc. Porre questa domanda equivale ad *eludere* il compito non solo del legislatore, ma anche del giudice e anche di ogni membro della società civile, ossia *interpretare* le disposizioni Costituzionali (cfr. il paragrafo 3, settimo cpv. del testo), nonché i relativi principi supremi. È certamente una operazione *politica*, ma è ineludibile: tracciare una linea di demarcazione troppo netta fra ambito costituzionale ed ambito politico, come si trattasse di due sistemi reciprocamente chiusi ed alieni, è semplicemente mistificatorio. Chi chiede retoricamente quale sia il decisore dei diritti fondamentali dimentica di esserlo in prima persona, e solitamente pone tale domanda soltanto per aggirare il compito di argomentare il *perché* a suo parere *non sussista il nuovo diritto* che altri rivendicano (senza, quindi, pigramente addurre il motivo che il detto diritto non risulta dal testo costituzionale, posto che le disposizioni costituzionali sono state *volutamente* strutturate in maniera *ampia*, e dunque *fisiologicamente* si prestano ad interpretazioni *di ampio respiro*).

<sup>88</sup> Chi scrive è consapevole dello “sdoganamento categoriale” che si potrebbe generare con questa presa di posizione. Si tratta, nondimeno, per le ragioni assiologiche di cui si è parlato, di una strada che deve essere, sia pur faticosamente, percorsa.

<sup>89</sup> MARINUCCI – DOLCINI (2001), p. 424.



AMATO, Giuliano (1967b): “La libertà personale”, in BARILE, Paolo (eds.), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Vicenza, Neri Pozza)

ANZON, Adele (1984): “La Corte costituzionale e il “diritto vivente””, *Giurisprudenza costituzionale*, 1, pp. 300 ss.

ANZON, Adele (1998): “Il giudice *a quo* e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1082 ss.

ARENA, Antonio Ignazio (2019): *L'esternazione del pubblico potere*, (Napoli, Editoriale Scientifica)

ARENA, Antonio Ignazio (2020): “Note minime su interpretazione e giudizio accentratore di costituzionalità”, in CAMPANELLI, Giuseppe *et al.* (eds.), *Il sistema “accentratore” di costituzionalità. Atti del Seminario Annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 98 ss.

ASCARELLI, Tullio (1958): “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 14 ss.

BALDASSARRE, Antonio (1989): “Diritti inviolabili”, *Enciclopedia giuridica*, XI (Roma, Treccani)

BARATTA, Alessandro (1963): *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, (Milano, Giuffrè)

BARILE, Paolo (1966): *Le libertà nella Costituzione italiana* (Padova, Cedam)

BARILE, Paolo (1984): *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, (Bologna, Il Mulino)

BARTOLI, Roberto (2021): “La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo”, *La legislazione penale*, pp. 3 ss.

BASSI, Franco (1965): “Il principio della separazione dei poteri”, *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, p. 17 ss.

BELLAGAMBA, Filippo (2007): *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, (Milano, Giuffrè)

BELVEDERE, Andrea (2001-2002): “Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni”, *Diritto privato*, VII-VIII, pp. 557 ss.

BERNARDI, Andrea (2001): “Articolo 7 – Nessuna pena senza legge”, in BARTOLE, Sergio *et al.* (eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, (Padova, Cedam), pp. 260 ss.

BETTIOL, Giuseppe (1962): *Diritto penale. Parte generale*, (Palermo, Priulla)

BIN, Roberto *et al.* (eds.) (2001): *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione (Atti del seminario, Ferrara, 26 gennaio 2001)*, (Torino, Giappichelli)

BOBBIO, Norberto (1938): *L’analogia nella logica del diritto*, (Milano, Giuffrè)

BOBBIO, Norberto (1968): “Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 695 ss.

BOGNETTI, Giovanni (1996): *Poteri (divisione dei)*, voce in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche* (Torino, Utet)

BOGNETTI, Giovanni (2001): *La divisione dei poteri* (Milano, Giuffrè)

- BONOMI, Andrea (2021): “Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un *unicum*”, *Consulta online*, 3, pp. 899 ss.
- BOSCARELLI, Marco (1955): *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale* (Palermo, Priulla)
- BRICOLA, Franco (1965): *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, I (Milano, Giuffrè)
- CADOPPI, Alberto (2007): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* (Torino, Giappichelli)
- CANALE, Damiano (2019): “In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica”, in *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, a cura di CHIASSONI, Pierluigi *et al.* (eds.), (Madrid, Marcial Pons), 2, pp. 239-268
- CARCATERRA, Gaetano (1988): “Analogia” (voce), *Enciclopedia giuridica Treccani*, (Roma, Treccani), II, pp. 19 ss.
- CARETTI, Paolo e TARLI BARBIERI, Giovanni (2022): *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali* (Torino, Giappichelli)
- CARNELUTTI, Francesco (1949): “Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)”, *Rivista di diritto processuale*, 1, pp. 41 ss.
- CAVALIERE, Antonio (2000): *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica* (Napoli, Jovene)
- CERRI, Augusto (1990): “Poteri (divisione dei)” (voce), *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), pp. 487 ss.
- CHIASSONI, Pierluigi (2007): *Tecnica dell'interpretazione giuridica* (Bologna, Il Mulino)
- COCCO, Giovanni (2013): “La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato”, *Scritti in onore di Stile* (Napoli, Editoriale Scientifica)
- CONSULICH, Federico (2018): *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, (Torino, Giappichelli)
- CONTENTO, Gaetano (1991): “Interpretazione estensiva e analogia”, in STILE, Alfonso Maria (eds.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (Napoli, Jovene), pp. 5 ss.
- DE BLASIS, Silvia (2017): “Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, pp. 128-156
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2000): “Sulle scriminanti”, *Studium iuris*, pp. 275 ss.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2016): *Punibilità* (Torino, Giappichelli)
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2018): *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione* (Torino, Giappichelli)
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2020): “Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del ‘principio di realtà’”, *Rivista italiana di medicina legale*, pp. 992 ss.
- DE VERO, Giancarlo (2020): *Corso di diritto penale. Parte generale*, (Torino, Giappichelli)
- DI GIOVINE, Ombretta (2006): *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge* (Milano, Giuffrè)
- DI GIOVINE O. (2018): ““Salti mentali” (analogia e interpretazione nel diritto penale)”, *Questione giustizia*, 4, pp. 55 ss

- DI MARTINO, Alberto (1998): *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, (Milano, Giuffrè)
- DI MARTINO, Alberto (2014): “Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte”, *discrimen.it*, pp. 3 ss.
- DODARO, Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale: uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè)
- DOLCE, Raffaele (1957): *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale* (Milano, Giuffrè)
- DONINI, Massimo (1991): *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato* (Milano, Giuffrè)
- DONINI, Massimo (2016a): “Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 13 ss.
- DONINI, Massimo (2016b): “Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 370 ss.
- DONINI, Massimo (2018): “Fattispecie o *case law*? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza”, *Questione giustiziana*, 4, pp. 87 ss.
- DOVA, Massimiliano (2019): *Alterazioni emotive e colpevolezza* (Torino, Giappichelli)
- ELIA, Leopoldo (1962): *Libertà personale e misure di prevenzione* (Milano, Giuffrè)
- ENGISCH, Karl (1970): *Introduzione al pensiero giuridico* (Milano, Giuffrè)
- FERRAJOLI, Luigi (2017): “Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo”, in CAVALIERE, Antonio *et al.* (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 140 ss.
- FIANDACA, Giovanni (2001): “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 353 ss.
- FIANDACA, Giovanni (2002): *Il diritto penale tra legge e giudice* (Padova, Cedam)
- FIANDACA, Giovanni (2005): “Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione”, *Cassazione penale*, pp. 1722 ss.
- FIANDACA, Giovanni (2011): “Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale”, *Criminalia*, pp. 93 ss.
- FIANDACA, Giovanni (2017): *Prima lezione di diritto penale*, (Roma-Bari, Laterza)
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2012): *Diritto penale. Parte speciale*, I (Bologna, Zanichelli)
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2014): *Diritto penale. Parte generale*, (Bologna, Zanichelli)
- IORE, Stefano (1996): *Cause di giustificazione e fatti colposi* (Padova, Cedam)
- FORNASARI, Gabriele (1990): *Il principio di inesigibilità nel diritto penale* (Padova, Cedam)
- FORNASARI, Gabriele (1997): “Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca. A margine, alcune considerazioni su interpretazione giudiziale e dogmatica giuridica”, in FIANDACA, Giovanni (eds.), *Il sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (Padova, Cedam), pp. 52 ss.
- FORNASARI, Gabriele (2017): “Casi di non punibilità”, in FORNASARI, Gabriele e RIONDATO, Silvio (eds.), *Reati contro l'amministrazione della giustizia* (Torino, Giappichelli), pp. 279 ss.

- FORNASARI, Gabriele (2021): “Applicazione dell’art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco *overruling* delle Sezioni Unite”, *Giurisprudenza italiana*, 7, pp. 1725 ss.
- FRACANZANI, Marcello (2003): *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico* (Milano, Giuffrè)
- GALEOTTI, Serio (1953): *La libertà personale (studio di diritto costituzionale e comparato)*, (Milano, Giuffrè)
- GALLO, Marcello (2014): *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale* (Torino, Giappichelli)
- GIANFORMAGGIO, Letizia (1987): “Analogia” (voce), *Digesto delle discipline privatistiche*, I, (Torino, Utet) pp. 320 ss.
- GIUNTA, Fausto (1993): *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa* (Padova, Cedam)
- GIUNTA, Fausto (1995): “L’applicazione analogica delle scriminanti: un luogo di tensione tra certezza del diritto e *favor libertatis*”, *Studium iuris*, pp. 182 ss.
- GIUNTA, Fausto (2007): “Rileggendo Norberto Bobbio. L’analogia nella logica del diritto”, *Criminalia*, pp. 447 ss.
- GREVI, Vittorio (1974): “Libertà personale dell’imputato”, *Enciclopedia del diritto*, XXIV (Milano, Giuffrè)
- GROSSO, Carlo Federico (1964): *Difesa legittima e stato di necessità* (Milano, Giuffrè)
- GUASTINI, Riccardo (2001): “Interpretazione estensiva o applicazione analogica?”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2032 ss.
- GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare* (Milano, Giuffrè)
- INFANTE, Enrico (2001): “*Nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, pp. 831 ss.
- LUCIANI, Massimo (2020): “L’attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo”, *Questione giustizia*, pp. 4 ss.
- MACCHIA, Alberto (2021): “Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell’art. 384, comma 1, cod. pen.”, *Sistema penale*, pp. 3 ss.
- MANES, Vittorio (2012): “Commento all’art. 7, § 1, Cedu”, in BARTOLE S. *et al.* (eds.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo* (Padova, Cedam), pp. 278 ss.
- MANES, Vittorio (2018): “Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica””, *Diritto penale contemporaneo*, 17, pp. 12 ss.
- MANNA, Adelmo (1996): “L’art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 92 ss.
- MANNA, Adelmo (2007): *Corso di diritto penale. Parte Generale*, I (Padova, Cedam)
- MANTOVANI, Ferrando (2020): *Diritto penale* (Padova, Cedam)
- MANZINI, Vincenzo (1985): *Trattato di diritto penale italiano*, V, (Torino, Utet)
- MARINUCCI, Giorgio (1985): “Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali”, in MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, *Diritto penale in trasformazione* (Milano, Giuffrè), pp. 223 ss.

- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (2001): *Corso di diritto penale*, I, (Milano, Giuffrè)
- MASSARO, Antonella (2020): *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, (Napoli, Editoriale Scientifica)
- MAZZACUVA, Francesco (2020): “La Corte europea ritorna sul principio di “prevedibilità” del diritto penale tra irretroattività, retroattività della *lex mitior* e prééminence du droit”, *Sistema penale*, 2020, pp. 1 ss.
- MEZZANOTTE, Carlo (1979): “La Corte costituzionale: esperienza e prospettive”, in AA.Vv. (eds.), *Attualità e attuazione della Costituzione* (Bari, Laterza)
- MEZZETTI, Enrico (2000), *Necessitas non habet legem? Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità* (Torino, Giappichelli)
- MODUGNO, Franco (1996): “Poteri (divisione dei)”, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, (Torino, Utet)
- NUVOLONE, Pietro (1972): *I limiti taciti della norma penale* (Cedam, Padova)
- NUVOLONE, Pietro (1953): *Le leggi penali e la Costituzione* (Milano, Giuffrè)
- NUVOLONE, Pietro (1982): *Il sistema del diritto penale*, II (Padova, Cedam)
- PACE, Alessandro (1974): “Libertà personale (diritto costituzionale)”, *Enciclopedia del diritto*, XXV, (Milano, Giuffrè), pp. 45 ss.
- PADOVANI, Tullio (1987a): “Teoria della colpevolezza e scopi della pena”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 808 ss.
- PADOVANI, Tullio (1987b): “Costringimento fisico e psichico”, *Digesto delle discipline penali*, 3, pp. 209 ss.
- PADOVANI, Tullio (1993): *Diritto penale* (Milano, Giuffrè)
- PADOVANI, Tullio (2021): “Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.”, *www.ilpenalista.it*, p. 2 ss.
- PALAZZO, Francesco (1979): *Il principio di determinatezza nel diritto penale* (Padova, Cedam)
- PALAZZO, Francesco (2021): “Costituzione e divieto di analogia”, *Diritto penale e processo*, 9, pp. 15 ss.
- PELLICCIOLI, Luca e VELLUZZI, Vito (eds.) (2011), *L'analogia giuridica. Antologia breve* (Pisa, Edizioni ETS)
- PETROCELLI, Biagio (1951): *La colpevolezza* (Padova, Cedam)
- PIFFER, Guido (2005): *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, I (Padova, Cedam)
- PINO, Giorgio (2020): “Norme inesprese”, *Analisi e diritto*, pp. 93 ss.
- PROSDOCIMI, Salvatore (2007): “Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto. Osservazioni di un penalista”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1599 ss.
- PUGIOTTO, Andrea (1994): *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”* (Milano, Giuffrè)
- RESTA, Eligio (2008): *Diritto vivente* (Bari, Laterza)
- PULITANÒ, Domenico (2015): “Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 29 ss.

- RESCIGNO, Giuseppe Ugo (1980): “Divisione dei poteri”, voce in DONATI, Cesare (eds.), *Dizionario critico del diritto*, (Milano, Giuffrè)
- RISICATO, Lucia (2019): *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti. Un ossimoro invincibile?* (Torino, Giappichelli)
- RISICATO, Lucia (2021): “Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021”, *disCrimen*, 2021, pp. 1 ss.
- RISICATO, Lucia (2023): *Lezioni di diritto penale* (Pisa, Pacini Editore)
- RIVERDITI, Maurizio (2016): “Reati contro l'amministrazione della giustizia”, in ANTOLISEI, Francesco (eds.), *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, II, (Milano, Giuffrè)
- ROMANO, Bartolomeo (2016., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia* (Milano, Giuffrè)
- ROMANO, Mario (1990): “Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 58 ss.
- ROMANO, Mario (1992): ““Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 42 ss.
- RUGGIERO, Gianluca (1988): “Punibilità”, *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (Giuffrè, Milano)
- SALVATO, Luigi (2015): “Profili del “diritto vivente” nella giurisprudenza costituzionale”, *cortecostituzionale.it*, p. 1 ss.
- SCARANO, Luigi (1948): *La non esigibilità nel diritto penale* (Napoli, Humus)
- SCOLETTA, Marco (2021): “Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo”, *Osservatorio AIC*, 5, pp. 196 ss.
- SCORCIA, Sirio Moreno (2022): “La natura eccezionale delle scusanti: riflessione a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza”, *La legislazione penale*, pp. 19 ss.
- SPENA, Antonio (2008): *Diritti e responsabilità penale* (Milano, Giuffrè)
- SPENA, Antonio (2010): “Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 145 ss.
- SILVESTRI, Gaetano (1979): *La separazione dei poteri*, I, (Milano, Giuffrè)
- SILVESTRI, Gaetano (1984): *La separazione dei poteri*, II, (Milano, Giuffrè)
- SILVESTRI, Gaetano (1994a): “Poteri dello stato (divisione dei)”, voce in *Enciclopedia del diritto* (Giuffrè, Milano)
- SILVESTRI, Gaetano (1994b): “Poteri attivi e poteri moderatori, attualità della distinzione”, in LUATTI, Lorenzo (eds.), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali* (Torino, Giappichelli), pp. 30 ss.
- SILVESTRI, Gaetano (2011): “Lo stato di diritto nel XXI secolo”, *Rivista AIC*, 2, pp. 2 ss.
- SILVESTRI, Gaetano (2020): “Del rendere giustizia costituzionale”, *questionegiustizia.it*, p. 1 ss.
- STORTONI, Luigi (1985): “Premesse ad uno studio sulla “punibilità””, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 397 ss.
- TALINI, Silvia (2018): *La privazione della libertà personale*, (Napoli, Editoriale Scientifica)
- TARELLO, Giulio (1980), *L'interpretazione della legge* (Milano, Giuffrè)

TASSINARI, Davide (2012): Nemo tenetur se detegere. *La libertà delle autoincriminazioni nella struttura del reato* (Bologna, Bologna University Press)

TUZET, Giovanni (2020): *Analogia e ragionamento giuridico*, (Roma, Carocci)

VASSALLI, Giuliano (1942): *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, (Milano, Giuffrè)

VASSALLI, Giuliano (1960): “Cause di non punibilità”, voce in *Enciclopedia del diritto* (Giuffrè, Milano)

VECCE, Antonio (2016): “L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p., al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma”, *Archivio penale*, 2, pp. 5 ss.

VELLUZZI, Vito (2013a): *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica* (Pisa, Edizioni ETS)

VELLUZZI, Vito (2013b): “Argomenti interpretativi”, in VILLA A. et al. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* (Torino, Giappichelli)

VELLUZZI, Vito (2021): “L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. un. Penali, 17.3.2021, n. 10831, *disCrimen*, 2021, pp. 3 ss.

VENAFRO, Emma (2002): *Scusanti* (Torino, Giappichelli)

VENEZIANI, Paolo (2000): *Motivi e colpevolezza* (Torino, Giappichelli)

VIGANÒ, Francesco (2000): *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti* (Milano, Giuffrè)

VIGANÒ, Francesco (2016): “Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale”, in PALIERO, Carlo Enrico et al. (eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, ESI), pp. 213-265

WUERTEBERGER, Thomas (1965): *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania* (Milano, Giuffrè)

ZAGREBELSKY, Gustavo (1986): “La dottrina del diritto vivente”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1, pp. 1148 ss.

ZAGREBELSKY, Vladmiro (2011): “La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale”, in MANES, Vittorio e ZAGREBELSKY, Vladmiro (eds.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* (Milano, Giuffrè), p. 74 ss.

DIRITTO PENALE E PRINCIPI FONDAMENTALI  
*DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALS*  
*CRIMINAL LAW AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES*

- 81 **“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite.  
Tra storia e diritto**  
*Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas.  
Entre historia y derecho*  
*Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches.  
Between History and Law*  
Alessandro Tesauro
- 115 **A Critical Analysis of the “New” ‘Ergastolo Ostativo’ in Light of ECTHR’s Jurisprudence**  
*Un'analisi critica del “nuovo” ergastolo ostativo alla luce della giurisprudenza della Corte EDU*  
*Un análisis crítico de la nueva “prisión perpetua optativa” a la luz de la jurisprudencia del TEDH*  
Francesco Saccoliti



# “Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto

*Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas. Entre historia y derecho*

*Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches. Between History and Law*

ALESSANDRO TESAURO

Professore ordinario di diritto penale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Palermo  
alessandro.tesauro@unipa.it

REATI D'ODIO, DISCRIMINAZIONE,  
LIBERTÀ DI ESPRESSIONE,  
PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

CRÍMENES DE ODIO, DISCRIMINACIÓN,  
LIBERTAD DE EXPRESIÓN,  
PRINCIPIO DE LESIVIDAD

HATE CRIMES, DISCRIMINATION,  
FREEDOM OF EXPRESSION,  
HARM PRINCIPLE

## ABSTRACTS

L'articolo trae spunto dall'atteso intervento delle Sezioni Unite sul reato che punisce le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista per analizzare criticamente la retorica argomentativa del pericolo concreto di ricostituzione, anche alla luce di un indispensabile confronto interdisciplinare con le conoscenze storiografiche maturate sul tema. Constatato il fallimento degli sforzi volti a conferire concreto spessore applicativo al suddetto criterio di bilanciamento fra democrazia e diritti, propone di individuare l'interesse protetto dalle fattispecie contenute nella Legge Scelba nella memoria antifascista a base dell'identità costituzionale repubblicana.

El artículo toma como punto de partida el esperado pronunciamiento de las Secciones Unidas sobre el delito que castiga las manifestaciones habituales del partido fascista disuelto, para luego analizar críticamente la retórica argumentativa del peligro concreto de reconstitución, también a la luz de una indispensable comparación interdisciplinaria con los conocimientos historiográficos madurados sobre el tema. Tras constatar el fracaso de los esfuerzos dirigidos a dar espesor aplicativo al mencionado criterio de equilibrio entre democracia y derechos, se propone identificar el interés protegido con los hechos contenidos en la Ley Scelba en la memoria antifascista en la base de la identidad constitucional republicana.

The paper draws on the long-awaited judicial intervention on the crime punishing the customary manifestations of the dissolved fascist party to critically analyze the argumentative rhetoric of the concrete danger of reconstitution also in light of a much-needed interdisciplinary comparison with the historiographical knowledge on the subject and proposes to identify the protected interest in the antifascist memory as the basis of the republican constitutional identity.

## SOMMARIO

1. La recente sentenza di rimessione alle Sezioni Unite delle questioni interpretative più rilevanti sollevate dal reato che punisce le «Manifestazioni fasciste»: in particolare se si tratti di un reato di pericolo astratto o di pericolo concreto. – 2. Il pericolo di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: le ragioni di un fallimento. – 3. Le possibili ragioni strutturali che inceppano la regola di bilanciamento basata sul pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista. – 3.1. (segue). Il ruolo dominante svolto dagli atteggiamenti valutativi dell'interprete a fronte di un pericolo non gestibile come evento singolo. – 4. Un equivoco storiografico. – 4.1. (segue). Il dibattito storico-politologico più generale sul c.d. «ritorno del fascismo». – 4.2. (segue). La comparazione storica e il ruolo-chiave della violenza politica organizzata. – 4.3. (segue). Le conseguenze sul piano dell'accertamento penale. – 5. La tendenziale identificazione tra «discorso pericoloso» e «discorso scandaloso». – 6. La protezione della memoria antifascista a base dell'identità repubblicana come vero bene protetto dalla normativa di contrasto al fascismo riemergente. – 6.1. (segue). Giustificazioni, condizioni e controindicazioni di una possibile riconversione ermeneutica del bene protetto in chiave di memoria antifascista.

Ascoltando infatti le grida di esultanza che si levavano dalla città, Rieux si ricordava che quell'esultanza era sempre minacciata. Poiché sapeva quel che la folla in festa ignorava, (...), cioè che il bacillo della peste non muore né scompare mai, che può restare per decenni addormentato nei mobili e nella biancheria, che aspetta pazientemente nelle camere da letto, nelle cantine, nelle valigie, nei fazzoletti e nelle carte, e che forse sarebbe venuto il giorno in cui, per disgrazia e monito agli uomini, la peste avrebbe risvegliato i suoi topi e li avrebbe mandati a morire in una città felice. (A. Camus, *La peste*, 1947).

## 1.

## La recente sentenza di rimessione alle Sezioni Unite delle questioni interpretative più rilevanti sollevate dal reato che punisce le «Manifestazioni fasciste»: in particolare la questione cruciale se si tratti di un reato di pericolo astratto o di pericolo concreto.

Con una sentenza del settembre 2023 la prima sezione penale della corte di cassazione - preso atto delle persistenti difficoltà ermeneutiche che, a dispetto (o forse a causa) di due ben note sentenze manipolative della Corte costituzionale, continuano a pesare sul destino applicativo del reato che punisce le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista (e, per estensione, anche dell'apologia del fascismo)<sup>1</sup> - devolve alla competenza interpretativa delle Sezioni Unite un quesito, articolato in più sotto-questioni tra loro collegate, con cui chiede all'organo nomofilattico di chiarire «se la condotta consistente nel protendere in avanti il braccio nel «saluto fascista», evocativa della gestualità tipica del disciolto partito, tenuta nel corso di una manifestazione pubblica, senza la preventiva identificazione dei partecipanti quali esponenti di un'associazione esistente che propugni gli ideali del predetto partito, integri la fattispecie di reato di cui all'art 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ovvero quella prevista dall'art. 5 legge 30 giugno 1952, n. 645; se entrambe le disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto; e se le stesse siano in rapporto di specialità oppure possano concorrere»<sup>2</sup>.

Come è facilmente intuibile, il cuore della verifica demandata alla cassazione riunita riguarda il diverso trattamento legislativo e giudiziale cui sono rispettivamente sottoposti, da una parte, il reato di «manifestazioni razziste» - e cioè la condotta di chi «in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» - preva-

<sup>1</sup> Si allude a Corte cost., sentenza 26 gennaio 1957, n. 1, in *Giurisprudenza costituzionale* 1957, p. 2 e Corte Cost., sentenza 6 dicembre 1958, n. 74, in *Giurisprudenza costituzionale* 1958, p. 958, con nota di C. Esposito e in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, p. 165 con nota di M. Siniscalco.

<sup>2</sup> Sentenza 6 settembre 2023, inedita.

lentemente concepito come un *reato di pericolo astratto*<sup>3</sup>; e, dall'altra, il reato di chi compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, almeno formalmente concepito, dalla giurisprudenza consolidatasi sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale sul finire degli anni '50, come un *reato di pericolo concreto*, per il quale è richiesta la prova processuale che al comportamento punibile sia associato un pericolo effettivo di ricostituzione del Partito fascista<sup>4</sup>.

Due fattispecie rispetto alle quali, sul terreno della concreta prassi applicativa, si assiste frequentemente a disinvolti cambi di casacca, a fenomeni di sovrapposizione e interscambio tra le due incriminazioni, solitamente spiegabili in base al diverso peso degli oneri probatori rispettivamente incumbenti sull'organo giudicante a seconda della fattispecie coinvolta<sup>5</sup>.

La formulazione del quesito rivolto alle Sezioni Unite presuppone quindi, almeno implicitamente, il riconoscimento, da parte del giudice rimettente, di un'asimmetria nel complessivo assetto della disciplina applicabile che, sia pure in modo inespresso, gli deve essere risultata difficilmente giustificabile al cospetto del principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza (assunto sia nella sua duplice dimensione "intrinseca" e "comparativa").

È il caso di chiedersi, allora, quali siano le ragioni di fondo adducibili a sostegno di questa disparità di disciplina, che "complica" i presupposti della punibilità quando è in gioco la normativa antifascista e li semplifica invece quando, a *parità di condotta materiale*, entra in scena la normativa antirazzista. Verosimilmente, questa asimmetria nella ricostruzione del profilo strutturale della condotta punibile - che, in un caso, esige e, nell'altro, rinuncia al pericolo concreto - si deve fondamentalmente a due ordini di ragioni.

In primo luogo, si deve, banalmente, alla circostanza, fortuita e occasionale, per cui il reato di cui all'art. 2 della c.d. legge Mancino non è stato anch'esso analogamente interessato da pronunce correttive della Corte costituzionale: ragioni per cui l'inserimento del requisito aggiuntivo del pericolo concreto resta affidato a uno "spontaneismo giurisprudenziale" condotto in nome del principio di offensività nella sua dimensione c.d. interpretativa, al di fuori di un mandato del giudice costituzionale percepito come più o meno vincolante.

In secondo luogo, si spiega verosimilmente in rapporto al diverso spessore qualitativo dei beni convenzionalmente assumibili a oggetto di protezione. Pur se in entrambe le fattispecie a raffronto viene ad emersione un bene superindividuale o ad ampio spettro, nell'un caso, più che un potenziale e più defilato rivolto lesivo a carico dell'ordine pubblico materiale<sup>6</sup>, viene più direttamente chiamato in causa un bene come la pari dignità sociale senza distinzioni di razza: un bene con un assorbente statuto "metafisico-trascendente" in relazione al quale

<sup>3</sup> Come espressione paradigmatica dell'orientamento giurisprudenziale favorevole a sussumere le manifestazioni esteriori riconducibili all'armamentario simbolico di tipo fascista nella cornice tipica dell'art. 2 del D. L. n. 122 del 1993, con annessa loro attrazione nell'orbita del pericolo astratto, viene richiamata in motivazione Cass. 27 marzo 2019, Leccisi, secondo cui «il "saluto fascista" o "saluto romano" costituisce una manifestazione gestuale che rimanda all'ideologia fascista e ai valori politici di discriminazione razziale e intolleranza» evidenziando che la fattispecie «non richiede che le manifestazioni siano caratterizzate da elementi di violenza, svolgendo una funzione preventiva, che è quella propria dei reati di pericolo astratto». Accanto a questo filone maggioritario convive un isolato orientamento giurisprudenziale, emblematicamente rappresentato da Cass. 12 ottobre 2021 n. 7904, Scordo, che subordina la punibilità del reato di esibizioni razziste all'«esigenza di scongiurare l'eventualità del rafforzamento» di formazioni (più o meno organizzate) esistenti nella realtà attuale, richiedendo dunque un «nesso funzionale», «sul fronte della connotazione di pericolosità» tra singola esternazione verbale o gestuale e incremento delle potenzialità offensive del gruppo di riferimento, sotto il profilo della propaganda o del proselitismo. A una tale impostazione ricostruttiva si può però obiettare che il suscitare future adesioni all'organizzazione del cui apparato simbolico-comunicativo si fa uso non sembra appartenere al piano di tutela tracciato dal legislatore.

<sup>4</sup> «Rappresenta in modo esemplare questo orientamento ermeneutico il principio di diritto secondo cui: "il delitto di cui all'art. 5 delle legge 20 giugno 1952, n. 645 è reato di pericolo concreto, che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascista in sé, attese le libertà garantite dall'art. 21 cost., ma soltanto ove le stesse possano determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento e all'ambiente in cui sono compiute, attentando concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori ad esso sottesi": così la sentenza di rimessione *de qua*, citando testualmente Cass. 2 marzo 2016, Goglio.

<sup>5</sup> In questo senso A. GALLUCCIO (2019), secondo la quale «sebbene la ricostruzione dei rapporti fra le fattispecie in termini di specialità della l. Scelba appaia largamente condivisibile, sono frequenti le pronunce della cassazione nelle quali l'uso di simboli quali il saluto fascista viene fatto ricadere nell'ambito di applicazione della legge Mancino. Ciò, verosimilmente, per aggirare l'ostacolo rappresentato dalla prova del pericolo concreto per le istituzioni democratiche». In giurisprudenza cfr. Cass. 10 luglio 2007, Sposato, (citata in motivazione), in cui la norma con finalità antirazziste entra in scena come fattispecie di rinalzo per sanzionare «il fatto di chi, in occasione di un incontro calcistico, sventoli un drappo tricolore recante l'emblema del fascio littorio», fatto non inquadrabile in alcuno dei reati previsti dalla legge Scelba per mancanza della «condizione costituita da un pericolo per le istituzioni democratiche».

<sup>6</sup> Per l'impostazione che individua il bene protetto dall'incriminazione in questione nell'ordine pubblico inteso in senso materiale come «condizione di pacifica convivenza immune da disordini e violenza» G. DE FRANCESCO (1994), p. 206. Aderisce a tale impostazione più di recente M. GALLI (2019), secondo la cui interpretazione «il "saluto romano" è punibile ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 122 del 1993 qualora la condotta abbia sì creato un pericolo concreto, ma per il bene giuridico ordine pubblico, non per il bene giuridico personalità dello Stato. Ove, diversamente, si ritenga che la condotta possa dar luogo a un pericolo per le istituzioni democratiche, individuato nella concreta possibilità di ricostituzione del disciolto partito fascista, le circostanze imporranno l'applicazione del reato di cui all'art. 5 della Legge Scelba».

il riferimento al pericolo astratto (se non proprio direttamente al danno) è dovuto apparire come una scelta pressoché obbligata. Nell'altro caso, invece, entra in gioco, almeno secondo la posizione attribuibile alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritaria, un bene con un retroterra empirico-fattuale percepito come comparativamente più accentuato come l'integrità delle istituzioni democratiche, in relazione al quale si è, dunque, reputata come più facilmente percorribile la strada del pericolo concreto<sup>7</sup>.

Nel caso della normativa antirazzista, cioè, la (esigua) prassi applicativa, pur senza esplicitarlo apertamente, sembra mostrarsi per lo più incline a individuare il bene coinvolto in prima battuta dal reato di «esibizionismo razzista»<sup>8</sup> nell'ideale morale-costituzionale riassunto nel super-diritto all'«uguale considerazione e rispetto» desumibile dagli artt. 2 e 3 cost. Un bene, quello della pari dignità razziale, generalmente considerato alla stregua di un'intangibile entità concettuale astratta da preservare *a tutta oltranza e senza eccezioni*, come un valore *assoluto e non bilanciabile* in grado di imporsi in modo categorico sul concorrente diritto alla libertà di espressione. In questa prospettiva di tutela, il saluto romano – o l'esposizione allo stadio di uno stemma littorio o l'esibizione, nel corso della parata commemorativa della marcia su Roma a Predappio, di una maglietta nera con la scritta «Auschwitzland», realizzata con la stessa grafica utilizzata dalla Disney<sup>9</sup> – sono considerati comportamenti astrattamente lesivi della dignità di gruppo in grado di generare *ex se*, per forza propria, il futuro rischio di prassi sociali violente o discriminatorie ai danni dei gruppi-bersaglio, secondo un'ottica che ipotizza un danno criminale *in re ipsa* del tutto sganciato dalla verifica in concreto del pericolo di effetti materiali tangibili sul terreno di possibili violenze, discriminazioni o disordini.

Al contrario, nel caso della normativa antifascista, secondo la concezione che nelle prassi argomentative dei giudici tende a prevalere, il bene protetto, ossia la tenuta dell'assetto complessivo della democrazia costituzionale basata sui diritti (civili, sociali, politici), esibirebbe un substrato fenomenico materialmente ledibile (un impasto a metà strada tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico costituzionale) che ha probabilmente agito da fattore rilevante nello spingere la giurisprudenza (costituzionale prima, e ordinaria poi) a richiedere la prova giudiziaria della pericolosità effettiva dei comportamenti incriminati.

E vale la pena di osservare in proposito che, sotto il profilo della sua intrinseca plausibilità politico-criminale, la scelta di considerare l'ostentazione di simboli fascisti come più sbrigativamente punibile in quanto dannosa e/o pericolosa *in re ipsa* quando riguarda il bene pari dignità razziale – e, cioè, un bene secondario e più defilato, meno direttamente collegato alla specifica fisionomia oggettiva della condotta e alla specifica sfera intellettuale-volitiva del reo – e punibile solo in quanto pericolosa in concreto quando riguarda l'assetto democratico-costituzionale dello Stato di diritto – ossia il bene più direttamente coinvolto da questo tipo di esternazioni (fasciste prima che razziste) – non sembra trovare, a tutta prima, spiegazioni sufficientemente persuasive.

Viste le cose in quest'ottica, basterebbe, infatti, un diverso inquadramento formale nell'una o nell'altra delle due cornici legali teoricamente disponibili, per determinare un radicale mutamento di paradigma: mentre la prima norma considererebbe l'ostentazione di gesti e simboli tipici dell'iconografia rituale fascista come presuntivamente idonea a ledere il bene dignità di gruppo – sicché sarebbe sufficiente, ai fini della punibilità, la mera realizzazione della condotta conforme al modello legale – la seconda norma esigerebbe, per converso, il compimento di attendibili verifiche giudiziali in ordine alla potenziale dannosità espressa *dalla stessa classe di comportamenti* in direzione del diverso bene rappresentato dall'integrità dello Stato costitu-

<sup>7</sup> In dottrina per l'individuazione del bene protetto nella «sicurezza dell'ordine democratico costituzionale» cfr. S. VINCIGUERRA, 1967, p. 914. In senso conforme, più di recente D. NOTARO (2020), il quale sottolinea la «dimensione macroscopica dei beni giuridici attinti dalle norme, attesa l'attitudine di questi ad investire il piano istituzionale e collettivo della comunità organizzata. Se con la violazione del divieto si teme la compromissione dell'assetto democratico del Paese, l'integrazione dei reati dovrebbe ritenersi subordinata alla possibilità di postulare un collegamento, pur potenziale, tra la condotta dell'agente e l'effetto eversivo dell'assetto istituzionale dello Stato». In giurisprudenza cfr. Cass. 1.4.2014, n. 40629, in CED Cass m. 260707, dove si afferma che la legge Scelba tutela l'«integrità dell'ordinamento democratico e costituzionale (con le sue ricadute in tema di divieto del ricorso alla violenza come metodo di lotta politica e rifiuto di atteggiamenti discriminatori basati su condizioni o qualità personali)

<sup>8</sup> L'espressione è di A. SPENA, 2016, p. 588.

<sup>9</sup> È il caso, riportato dalla stampa, della militante di estrema destra Selene Ticchi poi assolta dal Tribunale di Forlì sul presupposto della mancanza di adeguata dimostrazione processuale in ordine alla «portata distintiva del logo» e «in ordine alla riferibilità dello stesso a una qualche organizzazione attualmente esistente che propugni ideologie fondate sull'odio razziale». Fatto poi riquilificato in cassazione come più correttamente inquadrabile all'interno dell'art. 604 bis c.p. in base al rilievo per cui «non fu una incitazione alla discriminazione tramite ostentazione di simboli particolari, ma un incitamento fondato sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah».

zionale di diritto.

Il che produce un evidente *stress* a carico del principio di uguaglianza (o giustizia formale), che impone di trattare (tipi di) casi uguali in modo uguale e (tipi di) casi diversi in modo diverso: per cui, o ci si decide a trasformare anche la prima in reato di pericolo concreto, replicando tutti gli inconvenienti che da sempre ne inceppano il funzionamento pratico, o ci si rassegna a considerare anche l'altra come un reato di pericolo astratto, a dispetto dell'intervento manipolativo realizzato dalla Corte costituzionale nella seconda metà del novecento<sup>10</sup>.

È in definitiva questo il senso ultimo del quesito devoluto alla cognizione della Cassazione riunita: precisare la rispettiva fisionomia strutturale e i reciproci intrecci tra le due fattispecie a confronto e avviare a soluzione i problemi di sussunzione al loro interno del caso tipologico "saluto romano", chiarendo le specifiche condizioni dell'inquadramento penalistico nell'uno o nell'altro dei due dispositivi legali disponibili.

In proposito, resta pendente un interrogativo cruciale: è davvero così incolmabile la distanza tra la punibilità delle esternazioni razziste secondo il modello del pericolo astratto e la punibilità delle esternazioni fasciste secondo il modello, sulla carta più esigente, del pericolo concreto, come sembra doversi desumere dal panorama giurisprudenziale passato in rassegna dal giudice rimettente? O nei fatti, al di là dell'ossequio formale alla retorica argomentativa del pericolo concreto, si tratta di due approcci solo apparentemente antitetici ma sostanzialmente convergenti nei rispettivi esiti ultimi?

È quello che ci proponiamo di sottoporre a verifica.

## 2. Il pericolo di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: le ragioni di un fallimento.

Come è evidente, la fuga dalla legge Scelba, e il ripiegamento strategico sulla meno rigorosa legge Mancino, costituisce una spia significativa del disagio interpretativo cui si trova normalmente esposta la prassi applicativa al momento di confrontarsi col nodo irrisolto del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista.

In questo senso, il cortocircuito tra i diversi presupposti di applicazione delle due disposizioni messo in evidenza dalla pronuncia di rimessione in questione rappresenta la proverbiale "pietra di inciampo" che sollecita una rinnovata riflessione sulla reale tenuta giudiziaria di tale problematico criterio di bilanciamento tra libertà e democrazia.

A questo scopo, tenteremo di mettere in evidenza il curioso destino evolutivo dei reati di opinione contenuti nella normativa di contrasto al fascismo riemergente: originariamente concepiti dal legislatore del 1952, per comprensibili ragioni di difesa sociale, come reati di pericolo astratto (o meglio, presunto) contro la democrazia nascente (o, comunque, non ancora definitivamente consolidatasi); trasformati poi in reati di pericolo concreto, con l'obiettivo di fornire tutela selettiva *caso per caso* contro il rischio contingente di sovvertimento o alterazione degli assetti repubblicani (comparativamente percepiti come più solidi); per poi assumere, ricorsivamente, il volto di reati in cui, per la vistosa impraticabilità del criterio di bilanciamento prescelto, il pericolo torna nuovamente ad essere *di fatto* affermato su basi sostanzialmente presuntive.

La vicenda è nota: la Corte costituzionale, servendosi dello strumento delle interpretative di rigetto, ha a più riprese proposto, sia con riferimento all'apologia del fascismo, sia con riferimento alle manifestazioni fasciste, un modello di bilanciamento che punta sul rischio contingente di causare effetti dannosi empiricamente verificabili a carico del bene 'integrità dello Stato democratico-costituzionale': le singole manifestazioni di pensiero fascista sarebbero dunque punibili *a patto che* il giudice riesca a fornire adeguata dimostrazione processuale

<sup>10</sup> Costituisce una spia significativa del disagio interpretativo cui risulta esposta la prassi, il tentativo di contaminazione concettuale della dogmatica del pericolo astratto con elementi più tipicamente ambientabili nel diverso dominio del pericolo concreto esperito da Cass. Cass. 27 marzo 2019, Leccisi, secondo cui «la natura di reato di pericolo astratto della fattispecie dell'art. 2 del decreto-legge n. 122 del 1993 impone, per la sua configurazione, che sia accertata l'idoneità della condotta a offendere il bene giuridico, contestualizzando il comportamento dell'agente attraverso un giudizio *ex ante*. Tale contestualizzazione presuppone un accertamento finalizzato a verificare se la condotta dell'imputato è astrattamente idonea a essere percepita come manifestazione esteriore o come ostentazione simbolica ed emblematica «delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654».

del pericolo effettivo di riorganizzazione del disciolto Partito fascista, cui si dovrebbe poter ulteriormente associare un pericolo di danni sostanziali realmente incombenti *hic et nunc* a carico dell'interesse vitale all'inalterabilità della scelta istituzionale a favore della democrazia costituzionale.

Un modello di bilanciamento tra gli interessi costituzionali in conflitto, quello che scommette sul suddetto requisito aggiuntivo, non già *categorico* e *incondizionato* - come secondo alcuni sembrerebbe invero potersi desumere dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione<sup>11</sup> - bensì *relativo* e *condizionato*: un bilanciamento «per contemperamento», e non già «per superamento»<sup>12</sup>, con cui (non senza una spiccata dose di ottimismo, come vedremo) si chiede alle corti comuni di «dissociare», dalla cornice dei fatti punibili, le esternazioni verbali o gestuali prive di pericolosità reale nei confronti del bene 'conservazione delle istituzioni repubblicane', assunto nella sua duplice dimensione giuridico-istituzionale e politico-ideologica<sup>13</sup>.

Più in particolare, la Corte costituzionale ha affermato, per l'apologia di fascismo (art. 4, l. n. 645/1952) che la condotta non può rilevare «in sé e per sé» ma «per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista»; in modo convergente, a proposito del delitto di pubbliche manifestazioni usuali del partito fascista (art. 5, l. n. 645/1952), la Corte ha affermato che la norma non può spingersi a considerare «come fatto punibile qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido» in quanto «una simile interpretazione della norma non si può ritenere conforme alla intenzione del legislatore, il quale, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che [...] possono determinare il pericolo che si è voluto evitare».

Nel formulare un siffatto criterio di bilanciamento in stretta aderenza al mandato costituzionale che impone un divieto di ricostituzione a largo raggio («sotto qualsiasi forma»), la Corte ha avuto cura di precisare «che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale; ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi».

E per sgombrare il campo da ogni possibile rischio che il criterio proposto potesse trasformarsi in un collo di bottiglia troppo stretto, si è altresì affermato che la condotta punibile, nel proiettarsi oltre il ristretto novero degli «atti veri e propri di riorganizzazione strettamente intesi», deve «trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali, da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste».

Un ridimensionamento in chiave di mera «attitudine al proselitismo» (per citare dal vocabolario giurisprudenziale) che, come vedremo, oltre a lasciare la regola di bilanciamento ambiguamente sospesa a metà strada tra idoneità causale *ex ante* e mera diffusione di idee, mantiene inalterato sullo sfondo il riferimento, storiograficamente problematico, ad organizzazioni assimilabili al «partito fascista», come destinatarie potenziali dell'attività di aggregazione di consensi.

In realtà, la regola di bilanciamento del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista non ha tardato a rivelarsi strutturalmente inidonea a garantire applicazioni tenden-

<sup>11</sup> Cfr. in tal senso B. PEZZINI (2011), p. 1394, secondo cui il «riferimento alla *sicurezza dell'ordine democratico* (...), sul versante dell'accertamento penale, chiede la dimostrazione dell'effettività del pericolo per l'ordine democratico, ignorando il giudizio irrevocabilmente postulato dalla XII disp. che ha creato una presunzione assoluta di incompatibilità democratica a carico del fascismo».

<sup>12</sup> Per questa distinzione v. P. CHIASSONI (2018), p. 13.

<sup>13</sup> Sulla c.d. «interpretazione dissociativa», nell'argomentazione giuridica v. nella letteratura teorica, E. DICIOTTI, 1999, pp. 451 e ss; e R. GUASTINI (2004), p. 163. Il concetto di dissociazione è stato introdotto nella teoria dell'argomentazione pratica (morale, politica, giuridica) e filosofica da C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA (2001), pp. 433 ss. Nella riflessione costituzionalistica cfr. G. SORRENTI (2006), p. 243, secondo cui «di frequente il contemperamento delle contrapposte istanze costituzionali coinvolte, effettuato dal legislatore in misura sbilanciata a favore di una sola di esse e riformulato dalla Corte costituzionale, giustifica di per sé una «metamorfosi» della disposizione legislativa, la cui rigorosa natura di regola viene stemperata da eccezioni da essa ritagliate in via interpretativa per «aggiustare» il punto di equilibrio tra i configgenti principi».

zialmente oggettive e neutrali, dando vita a un panorama giurisprudenziale complessivo in cui prevalgono pronunce contraddittorie e oscillanti, non di rado avventurosamente motivate, soluzioni equitativo-clemenziali e un alto tasso di archiviazioni in sede di indagini preliminari<sup>14</sup>.

Ma quali sono le ragioni che potrebbero contribuire a spiegare perché la “clausola di eccezione” del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista era candidata a un fallimento più che probabile sul piano del rendimento applicativo che da essa ci si poteva ragionevolmente attendere?

Innanzitutto, a pesare sono ragioni strutturali generalmente connesse alla logica interna di funzionamento del ricorso alla tecnica del pericolo concreto.

E poi, ragioni storico-politologiche specificamente connesse alla perdurante attualità di un possibile “ritorno del fascismo”.

### 3. Le possibili ragioni strutturali che inceppano la regola di bilanciamento basata sul pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista.

Quanto alle prime, si può cominciare con l'osservare preliminarmente che le linee evolutive del sindacato costituzionale di ragionevolezza-uguaglianza sui reati di pericolo, in questo come in altri settori della legislazione penale, sembrano decisamente orientarsi verso la progressiva trasformazione dei reati di pericolo astratto in corrispondenti fattispecie a pericolo concreto. Si è, cioè, assistito al tendenziale superamento di un modello di decisione giudiziale basato su “generalizzazioni trincerate”, cioè su regole “indefettibili”, “inderogabili”, “conclusive (in cui il giudice è chiamato solo a sussumere e nessuno deve potersi scagionare) a tutto vantaggio di una strategia di decisione che, in nome di elementari esigenze di uguaglianza, si mostra sensibile alle giustificazioni sostanziali sottostanti e al bilanciamento in concreto delle ragioni confliggenti: e cioè, a vantaggio di una strategia di decisione di tipo “particolaristico” che, attraverso la clausola generale del pericolo concreto, punta alla trasformazione delle presunzioni legali di pericolosità da generalizzazioni assolute in generalizzazioni *prima facie*: e, cioè, sulla loro riconversione in regole “defettibili” o “superabili”<sup>15</sup>.

Nell'ottica della Corte costituzionale, il superamento del pericolo astratto a favore di decisioni individualizzate caso per caso si giustifica principalmente in base all'esigenza costituzionale di assicurare al giudice la possibilità di differenziare situazioni di fatto fra loro non assimilabili, cosa che trasforma la questione di legittimità costituzionale da questione relativa all'offensività in astratto in una questione relativa all'uguaglianza in concreto<sup>16</sup>. Più in particolare, lo strumento che, anche nel caso dei reati di pericolo, la giurisprudenza costituzionale solitamente adotta per trasformare generalizzazioni assolute in regole rivedibili al servizio delle circostanze e aperte alle eccezioni è costituito dalla c.d. *delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione*: un meccanismo decisionale cui la Corte fa frequente ricorso proprio quando si tratta di rendere più “malleabili” presunzioni legali basate su rigidi automatismi allo scopo di rendere la “sovrainclusività” delle presunzioni assolute un inconveniente solo temporaneo, emendabile sul terreno dell'applicazione giudiziale concreta<sup>17</sup>.

E proprio l'intervento manipolativo della Corte costituzionale sulla normativa di attuazione della XII disposizione transitoria e finale ha costituito uno dei primissimi esempi del ricorso a tale tecnica decisoria.

Ma, si tratta di una manovra sensata, plausibile? O, piuttosto, di un assetto regolativo di più che dubbia tenuta pratica?

Per rispondere al quesito, occorre ripercorrere, in estrema sintesi, i passaggi argomentativi del ragionamento solitamente seguito dal giudice costituzionale per giustificare il salto

<sup>14</sup> Per un quadro complessivo della giurisprudenza in materia si rinvia a D. NOTARÒ (2020); D. TARANTINO (2020), pp. 248 e ss.

<sup>15</sup> La distinzione tra «strategia decisionale basata su regole» e «strategia decisionale particolaristica», come la connessa nozione di «regole trincerate», si deve a F. SCHAUER, (1991), 2000.

<sup>16</sup> Sul punto v. G. FIANDACA, (2011), p. 290, il quale rileva che il senso complessivo di tutta la giurisprudenza costituzionale sulle presunzioni assolute di pericolo sia proprio quello di risolvere, in linea col principio di uguaglianza, «un problema interpretativo-applicativo di “giusta” o proporzionata riconduzione del caso concreto alla fattispecie generale e astratta».

<sup>17</sup> Per questo modello di decisione cfr. R. BIN, (1991), p. 3574.

dal pericolo astratto a un pericolo concreto a gestione giurisprudenziale<sup>18</sup>. Tale ragionamento segue generalmente uno spartito abbastanza costante che si snoda attraverso due tappe fondamentali.

In primo luogo, per aggirare i rischi più che probabili di una conflittualità istituzionale col decisore politico, il giudice costituzionale di solito si sottrae al compito di procedere con rigore analitico ad una puntuale verifica *in positivo* della corrispondenza alla realtà empirica dei predicati fattuali su cui si basano le presunzioni legali di pericolosità. Anche perché la valutazione circa la fondatezza empirica delle generalizzazioni legislative si presenta di solito come epistemicamente controversa, quando non aperta a usi politici contingenti dei saperi tecnici degli esperti (nel nostro caso di tipo storico-politologico). E ripiega su un criterio di legittimazione più presuntivo che effettivo, com'è quello che fa leva sulla c.d. ragionevolezza *in negativo*: un criterio che si incarica di mettere immancabilmente al riparo la fattispecie incriminatrice sotto il generoso e capiente ombrello della “non manifesta irrazionalità o arbitrarietà” della normativa astratta secondo l'*id quod plerumque accidit*.

In secondo luogo - ed è questo il punto più sensibile - con una tattica di spostamento alla sede giudiziaria di decisioni altrimenti spettanti al legislatore democratico o allo stesso giudice costituzionale, delega alle corti di merito il compito di verificare, caso per caso, in base a quali circostanze sia possibile diagnosticare possibili convergenze o sfasature tra pericolo astrattamente congetturato e pericolo effettivamente pronosticabile.

Senonché, il ricorso a una clausola di salvaguardia basata sulla prova giudiziaria di una reale messa in pericolo del bene protetto, pur se motivata dalla comprensibile esigenza di evitare applicazioni eccessivamente formalistiche della norma penale ai limiti dell'illecito di pura disobbedienza, rischia di apparire ‘controintuitivo’. E ciò per due ordini di ragioni.

Limitando il discorso alle esternazioni fasciste, una prima ragione in grado di spiegare il cortocircuito applicativo cui va fatalmente incontro il pericolo concreto in questo campo ha a che vedere col fatto che la normativa di contrasto è posta a salvaguardia di beni superindividuali: e questi beni, presentandosi in realtà come strutturalmente privi di un substrato empirico materialmente ledibile per effetto di una singola condotta di *micro-aggressione* diretta nei loro confronti, tendenzialmente rifiutano la logica del pericolo concreto.

Sotto questo profilo, l'incommensurabile sproporzione di scala osservabile tra i “macro-effetti” politico-sociali del discorso fascista ipotizzati a carico di un bene dai contorni indefiniti e imprevedibili come la tenuta complessiva delle istituzioni democratico-repubblicane e le condotte di c.d. “microfascismo” oggetto di repressione penale, finisce col rendere l'offesa impossibile da circoscrivere entro precisi correlati fenomenici, fino al punto da renderla, il più delle volte, nemmeno giudiziariamente prospettabile.

La seconda ragione, strettamente collegata alla precedente, ha a che vedere col fatto che l'ispirazione politico-criminale di fondo più plausibilmente attribuibile la normativa penale contro le insorgenze neofasciste sembra rinviare a un'ideologia punitiva di tipo genericamente “precauzionista”, come tale sganciata da collaudate regole di esperienza dotate di fondamento controllabile.

L'idea presumibilmente alla base dell'originaria scelta legislativa a favore del pericolo astratto costituirebbe, in questo senso, niente di più che l'espressione di un “epistemologia del sospetto” tutta protesa verso la prevenzione di rischi potenziali che poi il giudice, chiamato in causa in base alla suddetta delega di bilanciamento in concreto, non è in condizione di escludere o asseverare al metro delle conoscenze empirico-criminologiche disponibili.

In tali condizioni, la norma che punisce l'agire comunicativo di chi si richiama a questa tradizione storico-politica finisce per porsi in un rapporto di filiazione più o meno legittima con una logica di tipo *lato sensu* “precauzionale”, secondo quello che è stato suggestivamente definito il “Paradigma Cassandra”<sup>19</sup>, nel senso che la logica punitiva che vi sta alla base potrebbe costituire un'emersione spuria del c.d. “principio di precauzione”: e cioè, di quel criterio

<sup>18</sup> Per un efficace quadro riassuntivo della giurisprudenza costituzionale sui reati di pericolo che ne mostra complessità e limiti di approccio v. G. FIANDACA, in G. FIANDACA-G. DI CHIARA (2003), 141 e ss.

<sup>19</sup> D. CASTRONUOVO (2011), pp. 611 e ss., secondo cui “una riconduzione degli illeciti fondati sul principio di precauzione al modello del pericolo astratto-presunto pare possibile a patto di intendere tale modello in maniera sensibilmente diversa rispetto a quello “tradizionalmente” invalso: ossia il modello a base etiologica potenziale, fondata su leggi scientifiche o regole di esperienza. Benché i rischi temuti sulla base di una seria supposizione, ma in assenza di certezze, restino nell'alveo del “dogma causale” (perché si continua, inevitabilmente, a ragionare in termini di ipotetici rapporti causa/effetto tra condotte indiziate e conseguenze supposte), gli illeciti costruiti per scongiurare tali tipologie di rischi si distinguono dal modello tradizionale del pericolo astratto-presunto proprio per l'indisponibilità, in tali costellazioni di casi, di una base cognitiva nomologico-esperienziale dotata di sufficiente conferma”.



di gestione del rischio sempre più frequentemente attivato quando si abbia a che fare con un quadro epistemico di sfondo caratterizzato da forte incertezza cognitiva circa i possibili effetti dannosi congetturati come conseguenza di determinate attività. Un criterio che, data la sua intrinseca versatilità concettuale, si è spesso prestato a progressive, e non sempre ben sorvegliate, dilatazioni dei suoi confini applicativi (dal rischio ambientale alla lotta al terrorismo internazionale, all'*allarme fascismo*) che lo hanno reso adattabile a fenomeni molto distanti ed eterogenei fra loro, tutti accomunati però dalla capacità di provocare, in diversa misura, insicurezza, ansia e paura collettiva.

Sotto questo profilo, quindi, è la più che problematica individuazione *a monte* di sottostanti generalizzazioni causali dotate di intrinseca plausibilità empirico-criminologica invocabili a sostegno della dannosità sociale astratta del discorso fascista a mettere sotto scacco la stessa possibilità di un fruttuoso ricorso *a valle* alla tecnica del pericolo concreto.

La conclusione che se ne può trarre è che, nelle condizioni date, appare quanto meno poco promettente la speranza di recuperare a livello interpretativo-applicativo un'offensività *in concreto* difficilmente pronosticabile *in astratto*, ossia a livello di progettazione legislativa della fattispecie.

L'autorizzazione conferita ai giudici a utilizzare criteri di giudizio ispirati alla logica del caso concreto non può che tradursi in "erculei", e per lo più inutili, tentativi di stabilire un ponte diretto col macro-bene tutelato, sperando così di conferire concreto spessore lesivo a tipologie di condotta che, per la fragilità empirica della connessione causale tra manifestazione espressiva e danno temuto, ne risultano già prive in partenza, a livello di tipizzazione astratta del pericolo<sup>20</sup>: in tali circostanze, la richiesta rivolta al giudice di fornire caso per caso la prova empirica della pericolosità in concreto della singola condotta incriminabile equivale, perciò, a una richiesta supererogatoria ai limiti della *probatio diabolica*.

### 3.1. *(segue). Il ruolo dominante svolto dagli atteggiamenti valutativi dell'interprete a fronte di un pericolo non gestibile come evento singolo.*

Non sorprende, allora, che, considerata tra l'altro l'assenza di istruzioni anche solo debolmente orientative del giudice costituzionale che vadano al di là di un generico richiamo al «momento» e al «contesto», il correttivo della ricerca in sede giudiziaria di un'irraggiungibile offensività in concreto finisca con l'assomigliare molto da vicino a una delega in bianco che, in nome di una certa fiducia ideologica nel particolarismo, attribuisce ai giudici di merito un ruolo quasi ruolo "sapienziale": quello di una corte di *equitas* che, per distinguere tra casi pericolosi e casi innocui, deve operare in base a generalizzazioni compensative contingenti di tipo prevalentemente intuizionistico-emotivo, ovvero in base a poco controllabili valutazioni extragiuridiche di stampo sociologico-politico.

Ne deriva, allora, che l'appello risolutivo al pericolo concreto, quando si misura con mega-beni istituzionali troppo distanti dalla gittata massima della condotta singola e non può disporre di basi conoscitive oggettive e neutrali dotate di fondamento empirico controllabile, non è mai una polizza di assicurazione contro il rischio che sulla sua amministrazione giudiziale pesino in misura determinante valutazioni etico-politiche di riprovevolezza, inquietudini preventivo-repressive, esigenze di stigmatizzazione simbolica, considerazioni legate al *tipo di autore*, nonché i diversi atteggiamenti etico-normativi dell'interprete sul modo di concepire, pesare e contemperare tra loro il grappolo degli interessi costituzionali in gioco.

Di fronte a un *pericolo non gestibile come evento singolo*, quel che spinge ad affermarne la presenza nel caso individuale oggetto di giudizio sono, infatti, in larga parte, gli atteggiamenti valutativi dell'interprete, contingentemente ispirati a tassi di maggiore o minore drammatizzazione del pericolo fascista a seconda delle diverse premesse politico-culturali di partenza.

Tra questi trova posto anche una preoccupazione di tipo schiettamente general-preventivo: la preoccupazione (a sua volta avvertita in modo più o meno pronunciato a seconda dei

<sup>20</sup> «Nel caso di beni superindividuali o ad ampio spettro (inclusi quelli a carattere istituzionale o immateriale) il potenziale offensivo di singole condotte tende a farsi sfuggente, per cui non è tecnicamente possibile in sede legislativa tipizzare le condotte penalmente rilevanti in base a un criterio di offensività concepito in senso forte (in termini cioè di danno o pericolo concreto)»: così G. FIANDACA (2012), p.109.

diversi orientamenti politico-ideologici condivisi a monte) che la singola manifestazione di pensiero fascista possa operare come un “veleno a lento rilascio”, che sia, cioè, in grado di produrre, *in combinazione con altre violazioni dello stesso tipo*, un effetto tossico su larga scala. Facendosi portavoce di istanze di tipo dissuasivo-responsabilizzante, la domanda che, senza esplicitarla in modo autocosciente, i giudici presumibilmente si fanno è: cosa succederebbe, in una prospettiva futura *che trascende il piano degli effetti immediati* prodotti da violazioni contingenti e occasionali, se si lasciassero circolare liberamente, fino alla piena saturazione dell’ambiente sociale, messaggi di propaganda fascista? Se si lasciassero sbocciare liberamente sul “mercato delle idee” tutti i fiori, compresi quelli carnivori e velenosi?

L’impressione è che, in tutti i casi in cui ci si dichiara disposti a ravvisarne in giudizio gli estremi, il pericolo non sia un pericolo “chiaro e presente” associato alla *condotta singola*, bensì un pericolo futuro ricollegato ad una successiva stratificazione seriale di più messaggi ostili a democrazia/uguaglianza/diritti civili, politici, sociali: nel senso che a giocare un ruolo preponderante è, in realtà, l’allarme generato da un possibile *danno cumulativo* valutato in un’ottica di iper-prevenzione molto anticipata di “grandi rischi” non attribuibili su basi individuali.

Al punto che, in una situazione in cui a imporsi come prioritario sembra essere più il “controllo del comportamento” e la “gestione del conflitto” che la risposta reattiva a un danno temuto *hic et nunc*, l’autore di dichiarazioni o gesti tipici del repertorio neofascista - condannato per proteggere la collettività presente e futura dalla creazione di grandi pericoli a carico di grandi beni - sarebbe in fondo autorizzato a chiedersi: *perché proprio io?*

Ed in effetti, è vero che una tangibile caduta in crisi di un bene istituzionale privo di substrati empirico-fattuali e giuridico-costituzionali ledibili per effetto di singole violazioni individuali sarebbe forse più plausibile aspettarsela, più che come effetto isolato di circoscritte e puntiformi trasgressioni dell’interdetto antifascista, come effetto “di lungo periodo” prodotto dal replicarsi generalizzato e frequente di più condotte dello stesso tipo ripetute nel tempo con grado crescente di intensità.

Ma, allora, occorrerebbe riconoscere francamente che alla normativa antifascista è, di fatto, attribuito in sede giudiziaria il compito di intervenire in funzione accentuatamente preventiva allo scopo di neutralizzare in anticipo una offesa potenziale al bene democrazia che non è mai il prodotto della singola condotta ma che, a tutto concedere, potrebbe essere semmai il risultato della progressiva accumulazione di una pluralità indeterminata di messaggi ad essa ostili.

Il che, se non si vede male, è il più caratteristico biglietto da visita del pericolo astratto!

Sicché, una volta preso atto del carattere illusorio della retorica argomentativa del pericolo concreto, la conclusione che se ne può trarre è che si ha a che fare, in realtà, con un pericolo astratto “sotto mentite spoglie”: un pericolo astratto a gestione giurisprudenziale basato su una valutazione di rischiosità presunta che questo genere di condotte comunicative, *se considerate in aggregato*, potrebbe sprigionare.

Né a conclusioni diverse da quelle raggiunte fin qui parrebbe in grado di condurre il tentativo di ridimensionare in sede di interpretazione giudiziaria la *magnitudo* dell’evento di pericolo, sfruttando alcune ambiguità concettuali presenti già in sede di originaria prospettazione del criterio ad opera della giurisprudenza costituzionale. Si allude alla tendenza giurisprudenziale a rimpiazzare il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista col pericolo concreto di aggregare «adesioni e consensi», pur sempre in vista della riorganizzazione di un partito con tali caratteristiche<sup>21</sup>. Ma c’è davvero una differenza sostanziale così netta tra queste due diverse declinazioni del pericolo concreto<sup>22</sup>? O una simile riconversione ermeneutica dell’oggetto del giudizio di pericolo è, in fin dei conti, solo un mero espediente retorico con cui, per ragioni di semplificazione probatoria, si sostituisce semplicemente a una idoneità diretta e immediata,

<sup>21</sup> Cfr. Cass. 25.3.2014, n. 37577, in CED Cass m. 259826 la quale individua la sussistenza di un sia pur minimo potenziale sollecitatorio della condotta nel «suo venir in essere in condizioni di pubblicità tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione del disciolto partito fascista». Come accadrebbe, ad es., nel caso di coloro che dopo la lettura della sentenza compiono il saluto romano e gridano più volte la parola “Sieg Heil” (così Cass. 14.12.2016, n. 8108, in *Guida al diritto*, 2018, n.15, p. 98).

<sup>22</sup> Sembra dare risposta positiva al quesito D. NOTARO, (2020), p. 9, il quale rileva che «le esternazioni di orientamento neofascista, più che per la concreta probabilità d’indurre alla (prossima) riorganizzazione del disciolto partito, sono oggetto di repressione per la possibilità che ad esse segua la diffusione di idee fertili alla germinazione dei movimenti vietati. Si dà con ciò evidenza alla capacità del divieto di abbracciare gli atti prodromici a un’eventuale ricostituzione del partito fascista. Ed è chiaro che, rispetto all’esito di una propagazione delle idee antidemocratiche, è più facilmente prospettabile una relazione di pericolosità (non meramente presunta) delle esternazioni di opinioni e degli atteggiamenti di simpatia per movimenti di matrice fascista (...) l’integrazione dei reati in esame dovrebbe finire col risultare subordinata al riscontro di concreti caratteri di idoneità della manifestazione del pensiero a indurre gli astanti ad aderire ai contenuti esternati. Le condotte assumerebbero allora le vesti di sollecitazioni *ad incertas personas*».

una idoneità più indiretta e mediata ma misurata pur sempre in rapporto al medesimo evento finale ‘ricostituzione’? Il sospetto è, cioè, che si tratti di un semplice aggiustamento di comodo, più praticabile dal punto di vista del suo riscontro processuale ma, in realtà, privo di reale autonomia concettuale rispetto alla precedente sistemazione. La concreta idoneità a coagulare consensi in vista di una futura, ipotetica ricostituzione di un partito di tipo fascista, infatti, non è altro che una controfigura semplificata e impoverita del medesimo criterio, una sua versione iper-preventiva sospinta ad una fase prodromica ancora più remota dei meri atti preparatori.

Se è così, sarebbe forse il caso di riconoscere che nemmeno l’adozione in chiave sostitutiva un simile correttivo al criterio di bilanciamento tra democrazia e libertà di parola praticato in tale ambito riesce a nascondere il dato di fondo per cui quel che si punisce è, ancora una volta, la *mera diffusione pubblica di idee secondo lo schema del pericolo astratto* nei confronti dell’assetto democratico-pluralista della forma di Stato.

Anche qui, quel che in definitiva torna puntualmente a fare capolino, come lo *Stregatto* di Lewis Carroll, è una pericolosità della condotta punibile affermata su basi presuntive e nascosta sotto la “foglia di fico” di una sua supposta attitudine concreta al proselitismo.

## 4. Un equivoco storiografico.

Le conclusioni più generali appena raggiunte in ordine alle disavventure applicative del pericolo concreto, concepito più come metafora psicologicamente rassicurante che come oggetto di rilevazione empirica - con la connessa identificazione tendenziale tra condotta realmente pericolosa e condotta eticamente censurabile e il conseguente scivolamento verso forme mascherate di pericolo astratto a gestione giurisprudenziale - trovano ulteriore conferma alla luce di specifiche ragioni di taglio storiografico che sembrano opporsi alla possibilità di affermare la perdurante attualità di un pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista nell’odierno contesto politico-istituzionale, socio-economico e giuridico-costituzionale.

Tutto il complesso normativo finalizzato a reprimere penalmente le riemersioni del fascismo in epoca presente, così come riconfigurato in chiave correttiva dall’intervento manipolativo della Corte costituzionale, sembra avvitarci, invero, su di un colossale fraintendimento storiografico, ben messo in luce nelle opportune sedi specialistiche.

Vediamo in breve di che si tratta, partendo da una necessaria premessa: la descrizione, da parte della Corte costituzionale, dell’oggetto del giudizio di pericolo delegato alle corti di merito sembra, a stretto rigore, fare riferimento al pericolo di ricostituzione di un partito assimilabile al c.d. “partito fascista storico”, *al completo di tutti i caratteri che ne hanno originariamente contraddistinto il profilo identitario*, primo fra tutti il carattere armato di “partito-milizia”<sup>23</sup>. Non allude, invece, in modo più sbrigativo o meno esigente, al pericolo di dare vita alla costituzione o al rafforzamento di neoformazioni associative che si richiamino semplicemente a quella tradizione politico-ideologica senza, però, duplicarne assetti organizzativi, metodi di azione e obiettivi programmatici di lotta politica. E, soprattutto, senza l’aggancio alle indispensabili condizioni storico-fattuali di contesto che ne hanno storicamente agevolato il sorgere e l’affermarsi<sup>24</sup>. L’indicazione tassativa contenuta nella XII disposizione transitoria e ribadita dal combinato disposto degli artt. 1, 4 e 5 della Legge Scelba, col suo riferirsi espressamente al «*disciolto partito fascista*», non lascia, del resto, spazio a soverchi dubbi in merito.

Di sicuro c’è che l’intero apparato legislativo di riferimento, con un consapevole sforzo di specificazione descrittiva, sembra riferirsi all’*esperienza storica del Partito Nazionale Fascista*, anziché puntare i riflettori sul fascismo inteso più come concetto teorico astratto che come fenomeno storico reale, il cui «presunto polimorfismo» «nasconde una sua camaleontica capacità di ripresentarsi sulla scena pubblica sotto una quantità di mentite spoglie sorprendenti»<sup>25</sup>.

Si tratta, perciò, di una restrizione legislativa ispirata a canoni di determinatezza *semantica* e inevitabilmente destinata a riflettersi sul modo di intendere il criterio di bilanciamento successivamente messo a punto dalla Corte costituzionale<sup>26</sup>. E, come vedremo, si tratta di una

<sup>23</sup> La fortunata espressione di sintesi è di E. GENTILE (1989).

<sup>24</sup> Sul punto cfr. D. PULITANO (2019), p.17, il quale, consapevole dei rischi di un’applicazione in chiave espansiva della normativa in questione prodotti da un uso inflazionistico del termine “fascista”, raccomanda, come antidoto contro indebiti e non sorvegliati «sovraccarichi semantici» del termine, un uso consapevole di competenze storiografiche in sede giudiziaria.

<sup>25</sup> A. DE BERNARDI (2018), p. 13.

<sup>26</sup> Già l’on. Palmiro Togliatti, in sede di lavori dell’Assemblea Costituente, all’iniziale favore per l’introduzione di una norma che vietasse

indicazione altrettanto fatalmente destinata a generare un cortocircuito con la concorrente dimensione *empirica* dello stesso principio di determinatezza-tassatività.

Al riguardo, possiamo cominciare col dire che, nel valutare la sussistenza di tale requisito cruciale, il giudice non dovrebbe lasciarsi ispirare da una nozione, per lo più intuitiva, di «fascismo generico»: ossia andare alla ricerca di una presunta «essenza» del fenomeno, che possa poi servire da guida per l'attribuzione in giudizio dell'etichetta di «fascista» ai movimenti che si teme possano svilupparsi nell'attuale *milieu* politico-sociale<sup>27</sup>. Non deve, cioè, muovere - per dirla con E. Nolte - da un concetto «transpolitico» di fascismo<sup>28</sup> ed elaborare, in modo più o meno personale, una «teoria generale del fascismo» che vada alla caccia del c.d. «minimo comun denominatore fascista», pescando - dall'ampio e assortito *supermarket* delle opinioni espresse, non tanto da storici di professione, quanto soprattutto da storici delle idee, studiosi di scienze sociali e di filosofia politica - «liste di caratteristiche» asseritamente in grado di catturare l'*intrinseca natura* del fenomeno<sup>29</sup>. Anche perché il tentativo di identificare, con uno sforzo di astrazione generalizzatrice, le coordinate politico-ideologiche comuni del fascismo inteso come fenomeno *metastorico e transnazionale* ha tradizionalmente dato luogo, nell'ambito dei settori disciplinari più direttamente interessati da simili indagini, a un panorama così variegato, incerto e contraddittorio di posizioni, da consigliare la rinuncia ad ogni sforzo volto a individuare una «definizione universale di fascismo», nella convinzione che il termine «sia intraducibile al di fuori di un determinato contesto storico»<sup>30</sup>.

In questa prospettiva, il sindacato giudiziario sulla sussistenza degli estremi di un pericolo concreto e attuale di ricostituzione del Partito fascista è necessariamente tenuto a fare i conti con le specifiche acquisizioni conoscitive consolidate dalla storiografia: una disciplina che, in ragione del metodo individualizzante di indagine cui, per statuto professionale, è vincolata, si è sempre concentrata sulla «singolarità inimitabile delle numerose espressioni particolari del fenomeno», evitando di «pronunciare qualsiasi parola definitiva sul suo carattere di manifestazione politica generale»<sup>31</sup>.

E ciò anche perché, nella specifica ottica del giudizio di pericolo demandato in questa materia al giudice penale, se lo scopo è quello di valutare le effettive *chances* di riemersione dell'esperimento fascista nell'attuale contesto politico-istituzionale, interessa più interrogarsi sul *perché* sia sorto, *come* e con *quale tipo* di proposta politica si sia *storicamente* affermato in Italia, che non su *cosa* sia nella sua essenza di fondo, come fenomeno generale unitario.

Paradigmatica al riguardo la posizione assunta da Renzo De Felice, uno dei più celebrati storici del fascismo. Lo studioso reatino sembra opporre una netta chiusura nei confronti dei tentativi di costruzione di un «concetto superiore unitario» di fascismo da estendere al di là dei confini nazionali (o, per quel che qui interessa, da utilizzare come modello idealtipico per gli scopi del processo penale). E dichiarandosi in linea di principio contrario al proficuo impiego di approcci generalizzanti, a causa del peso decisivo esercitato dalle peculiarità nazionali sulle caratteristiche specifiche dei singoli movimenti, esprime forti riserve critiche sull'utilità di ricerche che mettano l'accento «sul *quantum* di fascismo puro, sul *minimum*, sul *maximum*, come se lo si dovesse pesare col bilancino, per poi attribuire un'etichetta, una patente». Insomma, fare impropriamente uso di un concetto omnicomprensivo, non contestualizzato e cronologicamente indeterminato, non importa se per finalità contingenti di polemica politica o di risposta repressiva, significa costruire «grattacielo su palafitte», come tali inesorabilmente destinati a cadere sotto il peso delle obiezioni ad esso opponibili.

Per il vincolo costituzionale che lo lega al principio di stretta legalità, il giudice penale deve, quindi, restare fedele al celebre monito di Angelo Tasca per cui «definire il fascismo è anzitutto scriverne la storia»<sup>32</sup>. E verificare, pertanto, non già il generico rischio di «finanziare»

in chiave genericamente omnicomprensiva la ricostituzione «di un partito fascista», sostitui ben presto una posizione ispirata a canoni di maggiore determinatezza descrittiva che concentrava il divieto costituzionale sul solo fascismo storico.

<sup>27</sup> Per la nozione di *Generic Fascism* v. R. GRIFFIN (1999), p. 107.

<sup>28</sup> E. NOLTE (1971).

<sup>29</sup> Le espressioni riportate tra virgolette nel testo sono di M. TARCHI (2003), pp. 3 e ss. il cui saggio ha al centro la controversa questione dell'ipotizzabilità di un concetto teorico-generale di fascismo, inteso come categoria metapolitica.

<sup>30</sup> È la posizione paradigmaticamente assunta al riguardo da G. ALLYARDACE (1979), pp. 365-388, che oppone una netta chiusura di principio nei confronti di ogni pretesa universalizzante in materia, ritenendo che formulare un modello generale di fascismo produce solo astrazioni idealizzanti che finiscono per funzionare come «uno specchio che riflette le illusioni intellettuali del periodo che le genera». Per poi concludere che i diversi concetti generalizzanti di fascismo universale proposti sono pure costruzioni ideologiche senza altro effetto se non quello di generare un fraintendimento di ciò che i movimenti raggruppati sotto questa etichetta realmente sono.

<sup>31</sup> Così M. TARCHI (2003), pp. 15 e 12.

<sup>32</sup> A. TASCA (1950).

la formazione di entità associative iscrivibili in un più generico orizzonte di «panfascismo planetario»<sup>33</sup>; bensì il più specifico pericolo di contribuire alla rifondazione di un partito analogicamente assimilabile al c.d. “Partito Nazionale Fascista” (o a quel suo abbozzo embrionale che è stato il movimento dei Fasci di combattimento) al completo di tutti i caratteri che ne hanno storicamente contraddistinto non solo il profilo ideologico, ma soprattutto le peculiari modalità di azione e le specifiche condizioni economico-sociali e politico-istituzionali di cornice.

Incidentalmente, si può forse osservare in proposito che, se così non fosse, se ci si potesse accontentare del meno impegnativo accertamento del pericolo di contribuire con la singola manifestazione di pensiero alla costituzione di movimenti politici che si richiamano semplicemente a quella tradizione ideologica, senza poterne replicare moduli organizzativi, metodi di azione e scopi programmatici e, soprattutto, senza doverne dimostrare l’ancoraggio a condizioni storico-fattuali equiparabili a quelle che hanno storicamente agevolato il sorgere e l’affermarsi del c.d. “fascismo-movimento”, potremmo trovarci, in realtà, di fronte a un cortocircuito legislativo difficilmente giustificabile.

Più precisamente, posto che della repressione di tali formazioni associative si occupano già gli artt. 1 e 2 della L. Scelba, se l’evento verso cui la singola espressione verbale o gestuale sprigiona la sua carica di pericolosità andasse ricostruito secondo questa più caritatevole chiave interpretativa, le fattispecie che puniscono propaganda, apologia e manifestazioni fasciste sarebbero controintuitivamente destinate a svolgere l’incongrua funzione di prevenire la creazione di un *pericolo già esistente* (anzi già trasformatosi in danno), essendo le manifestazioni esteriori di adesione o appartenenza a tale universo politico-ideologico indirizzate verso organizzazioni neofasciste già costituite, che, cioè, quel pericolo hanno già concretizzato con la loro stessa esistenza<sup>34</sup>.

A prendere sul serio le enunciazioni del giudice costituzionale, il giudice penale non dovrebbe, dunque, limitarsi semplicemente ad accertare che alla singola rivendicazione identitaria di affiliazione all’ambiente politico-culturale di matrice neofascista sia genericamente associato un più blando pericolo di agevolare il mero rafforzamento di organizzazioni ideologicamente orientate in quel senso<sup>35</sup>. Bensì impegnarsi nel ben più impervio riscontro empirico di un pericolo di *ricostituzione del Partito fascista*<sup>36</sup>.

## 4.1.

### *(segue). Il dibattito storico-politologico più generale sul c.d. “ritorno del fascismo”.*

Sia come sia, giunti a questo punto è il caso di chiedersi se, anche sotto questo più specifico profilo, la regola di collisione approntata dalla giurisprudenza costituzionale e diligentemente seguita, con esiti alterni, dalla giurisprudenza ordinaria, sia in grado di mantenere quel che promette. O se sia, invece, progressivamente diventato sempre più simile a un *bilanciamento-truffa con oggetto impossibile*: se, cioè, la prospettata verifica giudiziaria del pericolo concreto di riorganizzazione del partito fascista sia una verifica ontologicamente ed epistemologicamente praticabile o se, invece, un simile giudizio sia ineluttabilmente condannato a un fallimento applicativo ampiamente prevedibile, per sopravvenuta impossibilità di riscontrare la

<sup>33</sup> P. TAGUIEFF (2015), p. 63.

<sup>34</sup> Sul punto cfr. NOTARO (2020), pagg. 2-3, il quale, a proposito della «difficoltà nel definire i tratti dei movimenti ai quali si rivolge il divieto di ricostituzione», ritiene che l’attuale formulazione a trama aperta della norma definitoria contenuta nell’art. 1 della legge del 1952 - contenutisticamente più ampia di quella previgente che si limitava, ben più parsimoniosamente, a vietare soltanto quei partiti e movimenti «che, per l’organizzazione militare o paramilitare o per l’esaltazione o l’uso di mezzi violenti di lotta, perseguissero finalità proprie del disciolto partito fascista» - nota come, pur essendo «evidenti i rimandi a concetti storicamente connotati, condensati nell’attributo “fascista”(…) le finalità o le modalità attuative del programma evocano non di rado caratteristiche *non esclusive* dei movimenti che si sono imposti nel “ventennio”(…). Non infondato è, dunque, il rischio di confondere i fenomeni da colpire».

<sup>35</sup> E’ questo semmai il tratto distintivo che, almeno secondo l’orientamento giurisprudenziale patrocinato dalla sentenza *Scordo* richiamata alla nota 3, caratterizzerebbe il profilo tipico del diverso reato di esibizioni razziste di cui all’attuale art. 604 bis c.p.

<sup>36</sup> Sotto questo aspetto, vale la pena di notare, a ulteriore chiarimento dell’assunto, che la portata significativa della regola di bilanciamento proposta dalla Corte costituzionale per circoscrivere lo spazio applicativo dei reati di opinione contenuti nella legislazione penale di settore è indipendente dalla definizione legale ad ampio spettro del concetto di «Riorganizzazione del disciolto partito fascista» fornita dall’art. 1 della Legge Scelba, posto che si tratta di una definizione valevole esclusivamente al diverso fine di delimitare la rilevanza penale del solo fenomeno associativo, senza refuenze vincolanti sul modo di intendere il criterio di contemperamento adottato dal giudice delle leggi. Ne costituisce una riprova indiretta il fatto che, ai sensi di questa definizione legale a trama aperta, ci sarebbe riorganizzazione del partito anche nel caso di un’associazione, un movimento o un gruppo di persone non inferiore a cinque che «compie manifestazioni esteriori di carattere fascista»: i rischi di un ragionamento “a spirale” che si avvita su sé stesso sono più che evidenti.

presenza delle indispensabili condizioni storico-fattuali, politico-istituzionali, socio-culturali di sfondo che ne hanno favorito la comparsa e il successivo radicamento. E se dunque, anche sotto questo profilo più squisitamente storiografico, non finisce con l'assomigliare a una scatola vuota riempita solo dai mutevoli giudizi di valore etico-politico del singolo interprete giudiziario e, persino, da fattori emotivi e irrazionali.

In questa direzione di indagine, le difficoltà applicative in cui si imbatte il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista, come nozione interna al diritto che identifica il prodotto del bilanciamento tra gli interessi in conflitto, potrebbero essere messe utilmente in relazione con il dibattito storico-politologico più generale sul c.d. "ritorno del fascismo" e costituirne, in un certo senso, il suo "doppio" penalistico.

La prima cosa da mettere a fuoco in proposito è, infatti, che la scommessa sulle effettive chances di utilizzo di un siffatto criterio di compatibilità tra gli interessi in gioco si mostra solidale con la tesi storico-antropologica dell'«eterno ritorno del fascismo», finendo per questo col restare inevitabilmente ostaggio delle insuperabili obiezioni critiche ad essa opponibili<sup>37</sup>.

Secondo questa tesi, il fascismo sarebbe da considerare come una specie di maledizione antropologica degli italiani riattivabile in permanenza, una «malattia morale» che - lungi dal poter essere efficacemente estirpata, come riteneva B. Croce<sup>38</sup> - sarebbe perennemente disponibile al suo ciclico reinnesco. Dovremmo costantemente fare i conti, cioè, con un «sommerso della Repubblica» fatto di diffidenza pregiudiziale nei confronti dei partiti e della partecipazione politica, anti-antifascismo qualunquista, sostanziale estraneità nei confronti del costituzionalismo dei diritti, visti come atteggiamenti collettivi da cui potrebbero derivare non solo innocui nostalgismi verso il passato regime ma una ben più temibile disponibilità diffusa, sempre presente in sottofondo, verso avventure autoritarie affidate all'Uomo della Provvidenza di turno<sup>39</sup>. Insomma, il fascismo come «autobiografia della nazione», secondo la memorabile definizione che ne fornì Piero Gobetti<sup>40</sup>. O come "rivelazione": propendendo per una lettura dell'esperimento fascista che non riusciva a coglierne i tratti inediti e irripetibili - quelli, per intenderci, di una mobilitazione dall'alto delle masse volta a «trasformare, attraverso un uso capillare della violenza di Stato e di partito, le nazioni in comunità di destino razzialmente definite sotto la guida del partito unico e del capo carismatico»<sup>41</sup> - fu F. S. Nitti ad aver introdotto, per la prima volta, la categoria interpretativa del c.d. "fascismo-rivelazione"<sup>42</sup>: il fascismo sarebbe stato nient'altro che la manifestazione epifenomenica di tendenze strutturali di fondo stabilmente presenti nel tessuto della società italiana, la riemersione sintomatica, con tratti solo più traumatici, di una stessa Italia reazionaria, clericale e antimoderna, la riproposizione tragica di irrisolte patologie sociali sempre in agguato (dal sovversivismo delle classi dirigenti, al ribellismo anarcoide degli strati sociali inferiori, alle tendenze autoritarie del capitalismo di famiglia italiano)<sup>43</sup>.

In tempi più recenti, è a Umberto Eco che si deve la più lucida e arguta difesa della legittimità del tentativo di ipostatizzare il fascismo in una categoria politico-antropologica cui sono attribuiti caratteri a-temporali e ricorsivi.

Il c.d. «"Ur-Fascismo" o "fascismo eterno" è ancora intorno a noi, talvolta in abiti civili» e

<sup>37</sup> L'espressione è di E. GENTILE (2019), pp. 10 e ss. il quale rileva anche (a pag. 142) la curiosa stranezza per cui il fascismo, a differenza di altri movimenti e regimi della storia contemporanea, a cominciare dal bolscevismo, sarebbe «l'unico fenomeno politico al quale si attribuisce una straordinaria capacità mimetica, la vocazione a ritornare camuffato sotto altre spoglie. Dopo la singolarità del "fascismo generico", abbiamo la singolarità del "fascismo mimetico", che sono però un'unica singolarità: entrambe sottintendono infatti che il fascismo sia dotato, se non dell'eternità, certamente della immortalità o di una straordinaria vitalità, che gli permette di rianimarsi, quando vuole e come vuole, per tornare a minacciare la democrazia».

<sup>38</sup> B. CROCE (1946), p. 102.

<sup>39</sup> F. M. BISCIONE (2023).

<sup>40</sup> P. GOBETTI, 2016. Di questo stesso avviso anche P. CALAMANDREI (1952), tra gli antifascisti più intransigenti nel denunciare il pericolo del fascismo ritornante, considerato come un fenomeno mai veramente morto, perché affondava le sue radici nel carattere e nel costume secolari degli italiani, il quale osservava che se il fascismo, come ordinamento politico, era finito, sopravviveva ancora, sotterraneo, il «costume fascista», che «circola, serpeggia, fermenta: alimenta altre ruberie, incoraggia altre tracotanze, suscita altre oppressioni. E i dominatori, anche se sotto divise meno marziali (e magari, oggi, sotto vesti pie: e domani chissà sotto quali altri travestimenti) sono sempre loro; e le vittime sono sempre le stesse». Date queste condizioni, il giurista proponeva il dovere della vigilanza antifascista per scoprire il nuovo fascismo «sotto tutti i suoi travestimenti».

<sup>41</sup> A. DE BERNARDI (2018), p. 54.

<sup>42</sup> Scriveva dal suo esilio parigino F. S. NITTI (1926), p. 87, a sostegno dell'idea del fascismo come "rivelazione" di una stessa struttura sociopolitica di base, suscettibile dunque di ripresentarsi ciclicamente sia pure sotto altre forme: «la marche fasciste sur Rome n'a pas été, comme prétendent les Fascistes, une révolution, mais seulement une révélation (...). C'est un retour au passé dans la forme la plus inattendue, mais la plus explicable».

<sup>43</sup> A. DE BERNARDI (2018), p. 55.

«può ancora tornare sotto le spoglie più innocenti. Il nostro dovere è di smascherarlo e punire l'indice su ognuna delle sue forme»<sup>44</sup>. Per riempire di contenuti questo super-concetto archetipico dai contorni storicamente indeterminati e dalle pressoché infinite potenzialità attualizzatrici viene proposta una lista di indicatori sintomatici che, variamente combinati fra loro, sono virtualmente in grado di abbracciare tutti i movimenti di destra, dagli autoritarismi novecenteschi ai neopopulismi sovranisti del tempo presente: nell'elenco trovano posto il *culto della tradizione* e la "rivolta contro il mondo moderno", con il connesso primato di "terra e sangue" sugli ideali universalistici della Rivoluzione francese; l'*idolatria dell'azione diretta* come manifestazione suprema dell'energia sociale; il *sospetto verso il mondo intellettuale*; la *paura della differenza* da cui deriva la spinta al respingimento fobico di un'ampia platea di intrusi e l'assunzione di posture razziste e xenofobe; la *mobilizzazione delle classi medie frustrate* (la c.d. "rivolta dei perdenti"); l'*ossessione del complotto*, l'*elitismo popolare* (o di massa) e il *machismo*, con la connessa condanna di abitudini sessuali non conformi; l'*antiparlamentarismo*; il ricorso ad una *neolingua* creata al fine di inibire il ragionamento critico<sup>45</sup>. E analoghe tassonomie, tutte accomunate dallo sforzo teorico di elaborare un concetto generale e astratto di fascismo utile anche per future applicazioni, sono state tentate da una nutrita schiera di storici di professione<sup>46</sup>.

Ora, il tentativo di accreditare la tesi di un possibile ritorno del fascismo è sostenibile solo a patto di interpretarlo come un concetto tipologico privo di coordinate precisamente definite nel tempo e nello spazio, come una mera disposizione collettiva totalmente destoricizzata e, in quanto tale, da considerare, anche in sede giudiziaria, come dotata di un'intrinseca e insopprimibile *consuetudo revertendi*.

La tesi è stata, però, fatta oggetto di confutazioni radicali in sede storiografica. Confutazioni che finiscono col travolgere la stessa ragionevolezza politico-criminale complessiva del ricorso al pericolo effettivo di ricostituzione del partito fascista come controlimite plausibile alla criminalizzazione del dissenso politico-ideologico.

Alcuni tra i più avvertiti storici del fascismo e della Liberazione, mettendo in guardia contro i nefasti effetti di quello che S. Mallarmè chiamava *il demone dell'analogia*, hanno, infatti, meritoriamente messo nel dovuto risalto l'irripudibilità delle condizioni storiche in cui si impose la soluzione totalitaria, escludendo nettamente ogni possibile sovrapposizione tra la crisi economico-sociale e politico-istituzionale post-bellica degli anni Venti del Novecento - e cioè la temperie in cui maturò l'esperimento fascista - e la crisi della democrazia indotta dalla globalizzazione neo-liberista dei primi anni Duemila, in cui ha fatto la sua comparsa il sovranismo populista<sup>47</sup>.

Al centro delle argomentazioni addotte a sostegno dell'inattualità di un pericolo fascista di qualche tipo nell'attuale contesto politico segnato dall'avanzata dei moderni populismi identitari di destra sta la ribadita necessità di ancorare il giudizio sul presente (per quel che qui interessa, non solo politico ma anche giuridico-penale) ad un'attenta valutazione *storica* del passato<sup>48</sup>: non si può in nessun modo parlare di un pericolo imminente di un possibile ritorno del fascismo perché «non si vede alle porte la ricomparsa di alcun regime totalitario monopartitico proteso al dominio integrale della società e alla sua trasformazione»<sup>49</sup>, nessun contesto ambientale che possa funzionare da incubatore per lo sviluppo di movimenti anche solo analogicamente apparentabili al partito fascista storico, contraddistinto com'era da caratteristiche di impossibile riscontrabilità empirica nelle attuali contingenze storico-politiche: tra queste, «il capo carismatico, il partito-milizia, il corporativismo, lo statalismo organicistico, la sacralizza-

<sup>44</sup> U. Eco (2018), pp. 49-50.

<sup>45</sup> U. Eco (2018), pp. 34 e ss. Una sottocultura che N. BOBBIO (1982), pp. 598-624. riassumeva in un lungo catalogo di "anti": «anti-razionalismo, anti-illuminismo, anti-progressismo, anti-materialismo, anti-individualismo, anti-parlamentarismo, anti-pacifismo».

<sup>46</sup> Per una esaustiva rassegna dei risultati cui è pervenuta la storiografia contemporanea nel tentativo di intercettare l'essenza del fenomeno, in quella che è stata efficacemente definita la «guerra delle interpretazioni» v. M. TARCHI (2003), pp. 21 e ss. Sul versante delle dispute politiche già Giorgio Amendola osservava: «Si vede il fascismo italiano come un fenomeno che si ripete, come se ci fosse una categoria universale del fascismo. Io respingo questa astrazione».

<sup>47</sup> Il riferimento è ai due lavori di De Bernardi e Gentile già citati in precedenza.

<sup>48</sup> Per la tesi secondo cui l'eterno ritorno del fascismo si basa sull'uso di analogie, che solitamente producono falsificazioni nella conoscenza storica» si veda E. GENTILE (2019), p. 18, il quale sottolinea con forza l'indicazione di metodo per cui «non possiamo prescindere dal fascismo storico per definire chi è fascista, o usare il termine "fascista" per movimenti politici che non presentano affatto le caratteristiche peculiari, o hanno addirittura caratteristiche opposte del fascismo storico, cioè del fenomeno politico che ha impresso il suo marchio nella storia del Novecento, imponendosi in Italia negli anni fra le due guerre mondiali come partito milizia, regime totalitario, religione politica, irregimentazione della popolazione, militarismo integrale, preparazione bellicosa all'espansione imperiale, e diventando un modello per altri partiti e regimi sorti nello stesso periodo in Europa, per finire poi travolto e distrutto dalla disfatta militare nel 1945».

<sup>49</sup> E. GENTILE (2019), p. 93.

zione della politica, la dialettica amico/nemico, con la distruzione violenta di quest'ultimo»<sup>50</sup>.

Del resto, una carica di dinamite epistemologica sulla fondatezza empirico-criminologica del ricorso al requisito-chiave del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista viene, più in generale, dal versante della metodologia della ricerca storica, che da sempre insiste sul monito (peraltro intuitivamente percepibile anche in base al senso comune) per cui 'la storia non si ripete': essa «è un insieme di fatti materiali, culturali, militari, politici, sociali, mentali, unici e irripetibili. E il compito specifico degli storici è quello di ricordare all'opinione pubblica di non confondere possibili somiglianze tra eventi attuali e altri del passato con la possibilità che il passato si riproduca nell'oggi e, quindi, di non cadere nel tranello di spiegare il recente con il remoto»<sup>51</sup>, inseguendo quella che Marc Bloch definiva «l'ossessione delle origini»<sup>52</sup>.

Il tempo storico è «una realtà concreta e viva» fondata sulla «irreversibilità del suo corso», all'interno del quale si dispongono fenomeni ed eventi dotati di una loro irripetibile unicità, sicché l'impossibilità ontologica di mandare in replica il "già avvenuto" è l'unico paradossale contributo che gli storici possono dare alla previsione del futuro implicata in un accertamento come quello devoluto dal giudice costituzionale alle corti comuni in materia.

Se si vuole scomodare ancora una volta Bloch, si può forse dire che il frequente errore epistemologico commesso dai giudici impegnati in questa verifica sia quello di scambiare «una filiazione per una spiegazione»<sup>53</sup>: e va da sé che l'adozione di un simile stile decisorio, confondendo pericolo oggettivamente esistente e pericolo soggettivamente percepito, non può che compromettere la persuasività, al metro di convincenti verifiche sperimentali, del giudizio predittivo sulla pericolosità effettiva della singola condotta che essi pretendono di poter formulare.

## 4.2.

### *(segue). La comparazione storica e il ruolo-chiave della violenza politica organizzata.*

In un quadro come quello fin qui molto sommariamente tratteggiato, una valutazione delle *performances* attese dal criterio che punta sulla riorganizzazione del partito fascista, se condotta alla luce di una seria analisi di "storia comparata", ne mette allo scoperto tutte le insufficienze.

Detto in estrema sintesi, lo specifico statuto disciplinare cui obbedisce la comparazione storica consiste fondamentalmente nel mettere in evidenza, attraverso confronti sistematici e alla luce di determinati interessi conoscitivi, le analogie e le differenze esistenti tra due o più fenomeni storici, allo scopo o fornirne una descrizione il più possibile accurata o di pervenire a interpretazioni più generali di eventi, esperienze, strutture e processi storici.

Ora, le comparazioni storiche fra due o più "casi" oggetto di indagine possono essere distinte in base alle rispettive finalità euristiche cui prevalentemente tendono. A livello teorico generale esistono, infatti, due tipi fondamentali di analisi storica comparata, finalizzati a scopi rispettivamente diversi: da un lato, un approccio tendenzialmente focalizzato sugli aspetti differenziali, sui profili di discontinuità esistenti tra le c.d. unità storiche oggetto di indagine e funzionalmente preordinato a fornire una descrizione e una conoscenza più esatta dei singoli casi posti a confronto (o di uno solo di essi); dall'altro, un approccio che invece mette l'accento su affinità e similitudini, questa volta allo scopo principale di formulare generalizzazioni o di fornire una descrizione di contesti globali.

La distinzione tra queste due tipologie ricorrenti di comparazione storiografica si incontra costantemente nella letteratura in argomento.

Già John Stuart Mill aveva contrapposto il *method of difference* al *method of agreement*<sup>54</sup>. Fu poi Marc Bloch ad avere affermato per parte sua che la storia comparata ha come obiettivo primario il riconoscimento di analogie e differenze e, per quanto possibile, la spiegazione della loro presenza in contesti storici diversi<sup>55</sup>. Analogamente, Otto Hintze osservava che la com-

<sup>50</sup> A. DE BERNARDI (2018), p. 120.

<sup>51</sup> A. DE BERNARDI (2018), p. 27

<sup>52</sup> M. BLOCH (2009), p. 152.

<sup>53</sup> M. BLOCH (2009), p.157.

<sup>54</sup> J. S. MILL, (1881), pp. 221-233.

<sup>55</sup> M. BLOCH (1963), p. 17.



parazione può essere finalizzata all'individuazione di un carattere generale che sta alla base dei fenomeni oggetto del confronto, oppure può mirare a distinguerli e coglierli nella loro specifica singolarità<sup>56</sup>. In anni più recenti, Theda Skocpol e Margaret Somers hanno isolato due tipi di comparazione, una "storica" e l'altra "sociologica", la prima caratterizzata dalla individuazione e valorizzazione di profili di contrasto (c.d. *contrasting type*) e la seconda orientata a mettere in evidenza possibili parallelismi tra i fenomeni storici indagati (c.d. *parallel demonstration*), pronunciandosi poi a favore di un metodo intermedio che associa entrambi nella c.d. analisi macrocausale<sup>57</sup>. E Charles Tilly ha, dal canto suo, distinto agli stessi fini una «comparazione universalizzante» attenta alle ricorrenze e una «comparazione individualizzante» attenta alle variazioni.<sup>58</sup>

Ora, assumendo come oggetti di indagine storiografico-giudiziaria rilevanti in materia di esternazioni fasciste penalmente rilevanti, da un lato, il fascismo storico e, dall'altro, le singole manifestazioni contemporanee di un presunto fascismo riaffiorante, le uniche analogie rintracciabili in base ai sopra richiamati obiettivi tipici della c.d. «comparazione generalizzante» si fermano tutt'al più al piano di una mai tramontata mentalità fascista sommersa. Mentre, se si imposta la verifica giudiziale secondo gli scopi analitico-descrittivi tipici della c.d. «comparazione individualizzante» - come del resto parrebbe esigere lo specifico *thema probandum* delegato ai giudici penali - a prevalere nettamente sono gli elementi differenziali o di contrasto<sup>59</sup>.

Fra questi soprattutto il requisito centrale della violenza politica organizzata.

Anche se «gli aspetti originali e specifici della sua individualità come un fenomeno del XX secolo che non può avere repliche future» ovviamente non coinvolgono solo la c.d. «dimensione organizzativa» ma anche quella «culturale» e quella «istituzionale»<sup>60</sup>, l'esigenza di sottolineare i contrassegni differenziali e irripetibili del fascismo storico rispetto alle sue manifestazioni contemporanee vale, ai nostri fini, soprattutto per la prima dimensione, caratterizzata dal connotato di fondo della c.d. «brutalizzazione della politica»<sup>61</sup>: un requisito attinente ai metodi e agli obiettivi della lotta politica che, avendo costituito il tratto identitario più saliente del c.d. fascismo delle origini, assume particolare rilevanza nel contesto di un'indagine giudiziaria tipicamente volta ad accertare la sussistenza di un pericolo oggettivo di ricostituzione di un partito di tipo fascista fotografato "allo stato nascente". Vediamo in breve di che si tratta.

Costituisce oggetto di consenso unanime tra gli storici di professione che il fascismo di massa si è originariamente strutturato secondo l'inedita fisionomia organizzativa del c.d. "partito-milizia": e, cioè, un partito armato che, per prima cosa, si era proposto - dandosene, sul piano della realtà effettiva, le possibilità materiali e istituzionali di contesto - l'abbattimento violento della democrazia parlamentare tramite il ricorso su larga scala a forme diffuse di intimidazione e terrore nei confronti del nemico politico (per poi procedere, nelle fasi successive della sua dinamica di sviluppo, alla realizzazione di uno stato totalitario a partito unico e a vocazione bellicista-imperialista, attuata nel quadro di una mobilitazione permanente delle masse, trasformate dal capo carismatico in comunità organica).

In questo senso, la c.d. "brutalizzazione della politica" ad opera di formazioni paramilitari di partito assume il ruolo di chiave interpretativa fondamentale per spiegare storicamente l'ascesa del fascismo<sup>62</sup>.

E (passando dal descrittivo al prescrittivo) lo stesso elemento assume contemporaneamente il ruolo di prerequisito indispensabile per giustificare in sede giudiziaria la sussistenza del pericolo concreto di una sua eventuale riproposizione in forme attualizzate.

In uno dei primi e più lucidi studi sulle origini del fascismo in Italia, Angelo Tasca individuava nello squadristo «la vera, la sola forza reale del fascismo», facendone un attributo necessario e indefettibile di tutti i movimenti di stampo fascista nati in seguito: «ogni fascismo

<sup>56</sup> O. HINTZE, (1964), p. 251.

<sup>57</sup> T. SKOCPOL, M. SOMERS (1980), pp. 174-197.

<sup>58</sup> C. TILLY (1984), pp. 82 ss. Si può osservare, al riguardo, che mentre gli storici di regola privilegiano l'individualizzazione, sociologi e politologi sono solitamente più interessati alla generalizzazione, sebbene si tratti comunque soltanto di una distinzione tendenziale o di grado.

<sup>59</sup> «Marc Bloch, metteva in guardia dal credere che il metodo comparativo "non abbia altro oggetto se non la caccia alle somiglianze", perciò "facilmente lo si accusa di accontentarsi di analogie forzate, perfino, all'occasione, d'inventarsele"; un metodo comparativo così adoperato "non sarebbe che una mediocre caricatura", mentre se rettamente inteso, "esso riserva al contrario un interesse particolarmente vivo alla percezione delle differenze", "la storia comparativa "deve mettere in evidenza la originalità" dei fenomeni politici, piuttosto che ricondurli tutti alla genericità di un unico fenomeno, che si ripete sotto diverse spoglie»: così E. GENTILE (2019), pp. 144-45.

<sup>60</sup> Per un sintetico resoconto del significato storicamente assunto da queste tre dimensioni definitorie del fenomeno fascista v. E. GENTILE (2019), pp. 163-167.

<sup>61</sup> L'espressione è di G. MOSSE (1990).

<sup>62</sup> Sul punto cfr. G. ALBANESE (2014), pp. 3-14.

implica un'organizzazione armata: senza organizzazione armata, niente fascismo»<sup>63</sup>.

L'attenzione della storiografia si è poi concentrata con sempre maggiore insistenza sul ruolo svolto dal braccio armato del movimento e sulla sua stretta compenetrazione con le strutture organizzative e politiche: Adrian Lyttelton, ad esempio, ha dato un contributo decisivo nel mettere in luce come l'organizzazione paramilitare e il capillare ricorso alla violenza di partito abbia rappresentato «verosimilmente la più importante di tutte le componenti del fascismo»<sup>64</sup>; Emilio Gentile, per parte sua, definendo il fascismo *ante-marcia* come un «partito-milizia», ha negato l'esistenza di un vero e proprio «dualismo inseparabile» tra «politici» e «guerrieri», ritenendo che lo squadristo avrebbe rappresentato la vera «essenza del fascismo», la «sostanza originale del nuovo partito» e del suo innovativo modo di fare politica<sup>65</sup>. D'altra parte, per convincersene basterebbe rileggere gli enunciati programmatici del primo Statuto del Partito nazionale fascista, nella parte in cui afferma esplicitamente che «le Squadre formano un tutto inscindibile con i Fasci».

E non è un caso che proprio su questo requisito-chiave puntino tutti i più recenti e accreditati studi come spartiacque ideale tra fascismo e neopopulismo identitario di destra<sup>66</sup>. Così, in un recente lavoro di comparazione su scala internazionale tra le due tradizioni politiche, si individuano innanzitutto alcuni tratti costitutivi comuni a entrambe, come l'essere una «teologia politica fondata da un leader del popolo che ha tratti messianici e carismatici», il promuovere una concezione tendenzialmente olistica del popolo contrapposto alle élites, l'operare una costante identificazione degli avversari politici con l'antipopolo, il manifestare una malcelata insofferenza nei confronti dello stato di diritto, della separazione dei poteri, del pluralismo politico-culturale, il definirsi in base a un'idea esclusivista o «nativista» di nazione declinata in termini etnici, con una decisa ostilità nei confronti di qualsiasi progetto di società multietnica e multiculturale basata sull'universalismo dei diritti. E tuttavia, se sul piano delle genealogie culturali sono molte le aree di sovrapposizione, il populismo continua a differenziarsi nettamente dal fascismo perché, pur coltivando un progetto di trasformazione autoritaria della democrazia, non contesta il metodo democratico fondato su libere elezioni pluripartitiche, accetta il gioco elettorale e soprattutto si caratterizza per il rifiuto della violenza politica come metodo di conquista e mantenimento del potere, sicché «sul piano concettuale e soprattutto su quello pratico, proprio la violenza fa da spartiacque tra fascismo e populismo».

Alcune puntualizzazioni possono forse risultare utili a mettere meglio a fuoco il nodo della violenza politica, anche in vista della sua valorizzazione sul terreno dell'attualità penalistica<sup>67</sup>.

Procedendo un po' all'ingrosso, la prima precisazione è che la pratica della violenza paramilitare organizzata a livello di partito non ha rappresentato semplicemente una strategia di risposta in chiave «antisovversiva» spiegabile solo in base al noto binomio «rivoluzione-reazione»<sup>68</sup>, ma è stata concepita e attuata fin dall'inizio come una vera e propria *strategia eversiva di ampio respiro* esplicitamente volta al rovesciamento delle legittime istituzioni politiche<sup>69</sup>.

La seconda puntualizzazione riguarda il fatto che, in generale, l'analisi storiografica si è concentrata soprattutto sulla cosiddetta fase «eroica» dello squadristo (vale a dire sul periodo anteriore alla marcia su Roma), focalizzando l'attenzione sul ruolo svolto dalla violenza politica organizzata nell'eliminazione sistematica degli oppositori e nell'assalto allo stato liberale. In realtà, però, la violenza di matrice squadrista ha caratterizzato, come elemento di governo informale, le dinamiche di sviluppo regime fascista lungo tutta la sua parabola evolutiva, e non solo la sua fase movimentista.

Ciononostante, quel che dovrebbe assumere rilievo decisivo nel contesto di una valutazione penalistica sul pericolo di rifondazione di un movimento che ne rispecchi i tratti tipici della sua fase inaugurale è, più specificamente, il riscontro di un'organizzazione paramilitare di grandi dimensioni e il diffuso ricorso su larga scala alla violenza di partito in vista del sovvertimento delle istituzioni democratiche.

<sup>63</sup> A. TASCA (1967), pp. 257, 562.

<sup>64</sup> A. LYTTTELTON (1974), p. 83.

<sup>65</sup> E. GENTILE (1989), pp. 464-5, 534.

<sup>66</sup> F. FINCHLSTEIN (2019), pp. 23 e ss, Su queste tematiche cfr. anche G. SERUGHETTI, (2021).

<sup>67</sup> Su questi aspetti cfr. M. MILLAN (2014).

<sup>68</sup> Cfr. sul punto R. VIVARELLI (1991).

<sup>69</sup> Questo non implica che la pratica della violenza, così come realmente sperimentata all'interno della squadra, non abbia assunto anche i tratti di una «violenza per la violenza» capace di diventare stile di comportamento abituale: lo squadristo ha introdotto infatti un costume politico prima sconosciuto nel quale il ricorso attivo alla violenza fisica e morale è divenuto un obiettivo fine a sé stesso e, contemporaneamente, uno strumento terroristico programmaticamente rivolto alla conquista del potere.

La terza precisazione riguarda il nesso genetico inscindibile tra guerra mondiale, violenza politica e conquista del potere fascista. La forza dirompente dei processi di trasformazione della società indotti dal primo conflitto mondiale fu tra le principali cause che determinarono la diffusione a vasto raggio della violenza organizzata di tipo squadrista, il collasso dello Stato liberale e l'imporsi della soluzione fascista. Esiste dunque un «nesso non solo politico, ma anche esistenziale, tra guerra e fascismo»<sup>70</sup>, tra acquisizione di pratiche e culture della violenza nel corso del primo conflitto mondiale, mobilitazione delle masse, radicalizzazione della politica e avvento del fascismo.

Niente di tutto questo è alle viste.

## 4.3. (segue). *Le conseguenze sul piano dell'accertamento penale.*

Se è vero che lo squadristo ha rappresentato l'«essenza» del fascismo, da quanto precede si può ricavare l'assunto per cui, in mancanza di un analogo clima diffuso di violenza organizzata programmaticamente volto al ribaltamento violento delle istituzioni democratiche, l'allegazione di un pericolo di ricostituzione del partito fascista come conseguenza potenzialmente associabile al compimento di gesti tipici del relativo repertorio iconografico assomiglia molto da vicino a un vero e proprio *non sequitur*, nel senso che non lo si può nemmeno ritenere un dato processualmente dimostrabile al banco delle prove esperibili in giudizio: solo con una notevole dose di fantasia giudiziaria si può infatti immaginare che dal compimento in pubblico di manifestazioni esteriori tipiche dell'universo simbolico fascista si possa originare un reale pericolo di riprodurre organizzazioni di partito con effettive possibilità di realizzare simili obiettivi programmatici (o fare proselitismo in vista di una loro possibile ricostituzione). L'organo giudicante se non vuole condurre interamente *in vacuo* l'accertamento delegatogli, dovrebbe, prima di tutto, riuscire a classificare, dal punto di vista definitorio, come «fascista» nel senso predetto l'organizzazione politica verso cui l'esternazione verbale o gestuale sprigiona la sua carica di pericolosità, per poi passare a verificare l'eventuale presenza delle condizioni empirico-fattuali di un suo radicamento effettivo nel contesto socio-politico di riferimento. E una simile verifica, presa sul serio, non può che dare esito negativo: adattando al tema specifico in questione una efficace metafora di Marc Bloch, si potrebbe osservare che, certo, «la quercia nasce dalla ghianda. Ma diventa quercia e tale rimane, solo se incontra condizioni d'ambiente favorevoli, che non dipendono più dall'embrilogia»<sup>71</sup>.

In questa prospettiva di analisi, si è quindi opportunamente osservato che la possibilità di argomentare con successo (per quel che qui interessa, anche in sede giudiziaria) a favore di una riedizione in forme aggiornate del fenomeno fascista (o del suo *equivalente penalistico* rappresentato dal pericolo concreto di rifondazione del relativo partito) è possibile solo a patto di trattare il fascismo, e il suo antagonista (anche politico-criminale), e cioè l'antifascismo, come «due archetipi metastorici del lessico politico» (e giuridico-penale), come «due lemmi enciclopedici fuori dal tempo che possono riempirsi di tutti i contenuti politici che di volta in volta attori diversi e storicamente determinati gli hanno attribuito e continuano ad attribuirgli» (inclusi nel conto, ovviamente, i magistrati penali). Ed in effetti, assecondando una simile prospettiva metastorica in sede di formulazione del giudizio di pericolo loro demandato, i giudici finiscono il più delle volte ineluttabilmente col rimanere prigionieri di quella che potremmo definire l'«illusione retrospettiva della fatalità»<sup>72</sup>: l'illusione, cioè, di potere effettuare con successo raffronti comparativi fra due fenomeni radicalmente diversi per caratteristiche ed esiti come fascismo e «post-fascismo»<sup>73</sup>.

Nelle condizioni sopra sommariamente descritte, quel che continua a venire alla ribalta in sede applicativa è, allora, solo un nebuloso ed evanescente rimando a un «fascismo antropologico» proiettato in una dimensione atemporale più che effettuale: riconoscerlo sinceramente

<sup>70</sup> G. ALBANESE (2014), p. 4.

<sup>71</sup> M. BLOCH (2009), p. 157.

<sup>72</sup> Z. STERNHELL, M. SZNAJDER, M. ASHÉRI (2008), pp. 53-128.

<sup>73</sup> Per la categoria del c.d. postfascismo cfr. E. TRAVERSO (2017), pp. 11 e ss. Sul punto E. GENTILE (2019), p. 89, «se invece di librarci con l'immaginazione fra le analogie volessimo rimanere con i piedi ben piantati nella storia, dovremmo innanzi tutto rinunciare a pensare che ci sia storicamente un albero genealogico fascista, che ha le radici nel 1919, si è sviluppato robustamente nel ventennio e, dopo essere stato stroncato nel 1945, si è ripreso e nei successivi settanta anni ha continuato a produrre nuovi frutti, anche se all'apparenza diversi da quelli del periodo precedente il 1945».

eviterebbe ai giudici penali di rimanere «contagiati e invischiati in pronostici infiniti sul fascismo prossimo venturo» di impossibile risoluzione<sup>74</sup>.

Se ne può concludere che la minaccia fascista, intesa come “alternativa sistemica” - *pur se valutata al più remoto stadio del pericolo di ricostituzione delle relative strutture di partito* - pare definitivamente scomparsa dall’orizzonte delle possibilità realisticamente percorribili di organizzazione politica della società. Volendo, si potrebbe anche impiegare a questo proposito la formula riassuntiva del «fascismo-parentesi», proposta, con tutt’altro significato, da B. Croce<sup>75</sup>: se negli intendimenti di chi l’aveva originariamente avanzata, la formula esprimeva in forma abbreviata una rappresentazione del fascismo come corpo estraneo a una supposta tradizione politico-culturale di stampo liberale che si presumeva profondamente radicata nella società italiana (la c.d. «invasione degli *Hyksos*»), nel diverso contesto in cui la si ripropone qui, questa stessa formula allude semplicemente al fatto che «il fascismo è morto»<sup>76</sup>, che il totalitarismo fascista - inteso come “regime reazionario di massa”, per usare una efficace espressione di P. Togliatti<sup>77</sup> - nell’attuale quadro dei vincoli socioeconomici, politico-culturali e *lato sensu* costituzionali in cui si muovono le moderne democrazie occidentali, non presenta nessuna *chance* di resurrezione postuma, *nemmeno a livello di embrionali strutture di partito col compito di promuovere la restaurazione*. E semmai, se c’è qualcosa che presenta caratteri di persistente attualità è proprio il permanere di un residuo di mentalità fascista che ispira, oltre al “folklore tenebroso” di chi rivendica tuttora un’affiliazione identitaria al mondo dei vinti, la formazione di movimenti, fortemente minoritari, eredi di un’esperienza storica in nome della quale continuano a rifiutarsi di aderire senza riserve al “patto sui fondamentali” sancito a livello costituzionale.

Se ci si vuole esprimere nei termini della sistematica tradizionale del pericolo, si potrebbe dire, allora, che manca la “base” per emettere il relativo giudizio (di “prognosi postuma”), il *plafond* minimo di circostanze storico-ambientali su cui appoggiare la relativa verifica. Al punto che si potrebbe prospettare in chiave difensiva il ricorso alla figura del “reato impossibile per inidoneità dell’azione” (a veicolare plausibili contenuti lesivi a carico del bene democrazia costituzionale), affermando che l’evento pericoloso da cui è stata fatta dipendere l’esistenza del reato è empiricamente impossibile che si verifichi per sopravvenuta carenza delle necessarie condizioni storico-politiche di sfondo.

E, spingendo il ragionamento un metro più in là, si potrebbe addirittura prospettare una incostituzionalità (che potremmo definire “di secondo grado”) per indeterminatezza empirica del presupposto di fatto cui è stata agganciata la rilevanza penale del fatto punibile. Sulla scia della presa di posizione a suo tempo assunta dalla Corte costituzionale in materia di plagio si potrebbe, cioè, ritenere che ai guadagni conseguiti sul piano della determinatezza semantica della fattispecie attraverso il riferimento (costituzionale, legislativo e giurisprudenziale) al fascismo come concetto storicamente definito, si sono accompagnate corrispondenti perdite sul piano della determinatezza empirica: vale, infatti, anche per le norme in questione il principio per cui «nella dizione dell’art. 25 Cost., che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell’intelligibilità dei termini impiegati, deve ritenersi anche implicito l’onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà (...). Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza col principio di tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intelleggibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili»<sup>78</sup>.

E non è superfluo ribadire che, anche sotto questo profilo, il criterio di bilanciamento adottato in materia non sembra reggere al vaglio di una serrata indagine di taglio storiografico, nemmeno se, per correre ai ripari e continuare ad attribuirgli un minimo di credibilità,

<sup>74</sup> E. GENTILE (2019), p. 141.

<sup>75</sup> B. CROCE (1963). Per il filosofo neoidealista napoletano il fascismo era rappresentabile come una “parentesi” tra lo stato monarchico liberale e lo stato repubblicano democratico, visti l’uno come erede legittimo dell’altro. Tale “parentesi” spuria ed estranea era da imputare a una “malattia morale” che avrebbe corrotto le strutture più autentiche della società e della politica italiana in occasione dell’avvento e del successivo consolidamento del regime fascista.

<sup>76</sup> Così, lapidariamente, A. DE BERNARDI (2018), p. 120, il quale opportunamente ha cura di aggiungere che «ovviamente non sono morti il nazionalismo, il populismo, la destra reazionaria, la violenza politica, il terrorismo, il razzismo e l’antisemitismo che invece attraverseranno la storia dell’Occidente fino a oggi in diverse forme».

<sup>77</sup> P. Togliatti (1970).

<sup>78</sup> Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 1981, n. 96.

si adottasse quella iper-semplificata chiave di lettura giudiziaria della clausola eccettuativa in questione tutta sbilanciata sul versante della mera attitudine al proselitismo: essendo infatti questa capacità potenziale della condotta ad attrarre consensi pur sempre misurata in vista del possibile, futuro coagulo di un aggregato politico con le caratteristiche ideologico-organizzative proprie del Partito fascista, l'argomento dell'impossibilità di un "eterno ritorno dell'identico" resta pendente.

In conclusione, se è vero che l'affermazione del fascismo fu il prodotto di precise contingenze storico-politiche insuscettibili di replica in un contesto sociopolitico e istituzionale come quello odierno, ormai irreversibilmente segnato da una cultura costituzionale di livello anche europeo, la sostanziale inutilizzabilità sul piano pratico-applicativo del criterio di accertamento a suo tempo prospettato dalla Corte costituzionale finisce con l'assumere le sembianze del proverbiale "elefante nella stanza", che tutti hanno sotto gli occhi ma che tutti fingono di non vedere<sup>79</sup>.

Tutto ciò a meno di non volere procedere a una manipolazione con effetti estensivi dell'"oggetto" del pericolo (a una surrettizia metamorfosi del termine di riferimento del relativo giudizio di idoneità *ex ante* e in concreto) e sostenere che la regola di bilanciamento messa a punto in questo settore non faccia più riferimento, nemmeno in termini sfumati e indiretti, al pericolo di ricostituzione di un partito assimilabile al partito fascista storico, al completo dei tratti più tipici che ne hanno storicamente contraddistinto il profilo identitario, ma (più debolmente) al pericolo di contribuire ad alimentare con la propria condotta un clima culturale diffuso favorevole al recepimento nel contesto sociale di riferimento di simili dottrine politiche<sup>80</sup>; e cioè, ripiegare su un'edulcorata e vanificante lettura del criterio di temperamento tuttora vigente in materia in cui l'estremo del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista perde quota come requisito autonomo e la sostanza del reato finisce, nei fatti, per esaurirsi tutta nella pura e semplice manifestazione esterna di convincimenti politici indesiderati. Una lettura, questa, che mostraintonie concettuali più che evidenti con l'idea di un fascismo concepito *sub specie aeternitatis* come fenomeno incistato nell'antropologia profonda della nazione ma depurato da ogni riferimento probatorio a connotati storicamente determinati.

## 5. La tendenziale identificazione tra "discorso pericoloso" e "discorso scandaloso".

Anche da questa angolazione più strettamente storico-politologica, sembra quindi trovare conferma il dato di fondo, più innanzi già messo in evidenza, per cui la decisione giudiziale a favore o contro la sussistenza nel caso concreto di un rischio oggettivo di ricostituzione del partito fascista non è che una mera retorica argomentativa che maschera o traveste i giudizi di valore dell'interprete, i suoi atteggiamenti etico-normativi nei confronti del pericolo fascista.

Ed in effetti, quel che di frequente è dato osservare dietro le applicazioni giudiziarie del criterio è, non a caso e non di rado, una tendenziale identificazione tra "discorso pericoloso" e "discorso scandaloso".

Volendo sintetizzare in poche battute questioni complesse, si può richiamare sul punto la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti allorché, nel codificare, in un celebre *Seminal Case*, il criterio del *Clear and Present Danger*, ha nitidamente affermato che «la parola è spesso di per sé provocatoria: tuttavia risulta protetta contro la censura preventiva o contro

<sup>79</sup> Non se la sente di giungere a conclusioni così *tranchant* D. PULITANÒ (2019), pp. 18-19, il quale, pur partendo dalla condivisibile premessa metodologica secondo cui «per formulare e controllare i giudizi di pericolo richiesti per l'applicazione della legge Scelba, può (e deve) entrare nel processo il problema della attualità o inattualità storica di un pericolo fascista - cioè rispecchiante le caratteristiche del fascismo novecentesco - nel XXI secolo in Italia», non ne trae fino in fondo tutte le conseguenze, limitandosi ad affermare che «nell'ottica del giudizio penale, l'inattualità di un pericolo specificamente fascista oggi in Italia è una ragionevole ipotesi di partenza, fino a prova contraria» sicché «nei termini in cui il contesto fattuale abbia rilievo rispetto all'ipotesi d'accusa (...) è l'accusa che ha l'onere di provare il pericolo costituente elemento di fattispecie, ricostruendo il fatto e (in quanto siano rilevanti) gli elementi del contesto in cui si inserisce».

<sup>80</sup> Sembra orientata in questa direzione la posizione espressa da L. RISICATO (2021), pp. 1959 e ss. la quale, attraverso la porta girevole dei frequenti interscambi concettuali tra proselitismo e riorganizzazione, si mostra propensa a considerare reciprocamente sovrapponibili pericolo di ricostituzione e pericolo di diffusione di idee, individuando il pericolo concreto di rifondazione delle strutture di partito nel pericolo di «una nuova legittimazione politico culturale» dell'ideologia fascista. Sembra reputare, per altro verso, sufficiente ai fini della diagnosi di pericolosità in concreto il requisito della pubblicità della condotta «a prescindere dall'eventuale e futura commissione di atti emulativi o violenti» e reputa, in conclusione, promettente in prospettiva di riforma la strada del pericolo astratto, riservando al legislatore il compito di selezionare *ex ante* gli indicatori generali di pericolosità.

la sanzione, a meno che non sia provata la capacità di produrre un pericolo, chiaro ed attuale, di un male grave e sostanziale, e di un'entità tale da ergersi al di sopra del semplice disagio pubblico, fastidio o disordine»<sup>81</sup>.

Una parte della letteratura giuridica nordamericana che ha indagato in profondità i nessi tra dignità, libertà e democrazia, assumendo una posizione critica nei confronti di chi inclina a rappresentarlo come il risultato innocente di una operazione di misurazione oggettiva valutativamente neutra e dagli esiti tendenzialmente certi e controllabili, ha messo in luce il dato di fondo per cui la strategia argomentativa del pericolo concreto non sarebbe altro che una forma di razionalizzazione postuma di decisioni di condanna che continuano pur sempre a fondarsi su aspettative sociali di comportamento rispettoso, decente o politicamente corretto<sup>82</sup>.

La pericolosità del discorso ostile (e, per estensione, del discorso fascista) viene vista come un concetto *culturalmente condizionato*: nel senso che la disciplina penalistica dell'*hate speech* (o del pensiero politico radicale di destra) «non è nulla di più che una forma di protezione di norme di civiltà (...) in realtà stiamo usando il diritto per fare rispettare norme di correttezza in aree sensibili quali la razza, la nazionalità e l'etnia» (o il passato fascista).

In questa prospettiva di indagine, tutte «le leggi che vietano discorsi intrisi d'odio» (incluso l'odio politico per la democrazia costituzionale antifascista), anche quelle in apparenza orientate a reprimere «solo quelle espressioni capaci di provocare effetti concreti (...), in realtà mirano a reprimere solo il sottoinsieme comunicativo che viola determinate norme sociali di rispetto»<sup>83</sup>: sottoinsieme nel nostro caso rappresentato da quello che Renzo De Felice polemicamente definiva «l'antifascismo inteso come ideologia di Stato»<sup>84</sup>.

In questo senso, la violazione di *standard* di decenza del discorso pubblico considerati come irrinunciabili occupa il centro della scena anche in «quei tipi di regolamentazione che pretendono di fondarsi su fatti oggettivi ed empirici, come la realizzazione di discriminazione o violenza»<sup>85</sup> (o il fantasmatico pericolo di riorganizzazione di un partito autenticamente fascista nel senso sopra precisato).

Se si traduce la retorica argomentativa del pericolo concreto in chiave sociologica e di psicologia della percezione, infatti, «ci rendiamo conto che noi percepiamo la violazione di norme sociali come provocatorie e potenzialmente idonee a creare disordini, proprio perché il mantenimento di tali norme è ritenuto essenziale per l'ordine sociale». Il pericolo concreto servirebbe, quindi, non tanto ad affermare una possibile relazione causale tra pensieri (o gesti) «cattivi» e danni contestuali empiricamente dimostrabili quanto, piuttosto, a confermare «la sensazione soggettiva di disturbo che insorge quando le norme sociali di correttezza o civiltà vengono violate»<sup>86</sup>.

Ecco che, quanto più si percepisce soggettivamente come disgustosa o disturbante la singola rivendicazione identitaria di appartenenza all'universo simbolico-discorsivo di estrema destra, tanto più si è disposti a ravvisare la presenza di un pericolo concreto di rifondazione del partito fascista<sup>87</sup>. E ciò potrebbe, tra l'altro, anche contribuire a spiegare perché la prassi giurisprudenziale si è mostrata per lo più incline a escludere la possibile esistenza di qualsiasi pur remota traccia di pericolo concreto nel saluto romano (e correlativa rituale «chiamata del presente») con carattere commemorativo di elogio funebre, non reputandosi violate norme sociali di correttezza o di civiltà in grado di provocare reazioni emotive di turbamento e angoscia<sup>88</sup>.

In un quadro come quello che abbiamo tentato fin qui di delineare, la normativa penale contro il pericolo fascista, data la più che dubbia verificabilità di un'offesa criminale alla stregua di affidabili generalizzazioni empiriche di taglio storico-politologico, sembrerebbe quindi

<sup>81</sup> *Terminello v. Chicago* 337 US 1, 4 (1949).

<sup>82</sup> Il riferimento è ai lavori di R. C. POST (2011), pp. 97 e ss. ID (1992), p. 2267 e ss.

<sup>83</sup> Così R. C. POST (2011), p. 112 e ss.

<sup>84</sup> Così R. DE FELICE, in un'intervista concessa a Giuliano Ferrara e pubblicata dal «Corriere della Sera» (*Le norme contro il fascismo? Sono grottesche, aboliamole*, 27/12/1987).

<sup>85</sup> R. C. POST (2011), p. 114.

<sup>86</sup> R. C. POST (2011), p. 114.

<sup>87</sup> Conforme la posizione espressa da D. PULITANÒ (2019), p. 16, secondo cui «nell'insieme le condanne paiono fondate su un giudizio etico-politico di riprovevolezza del fatto retoricamente tradotto in giudizio di pericolo».

<sup>88</sup> Si allude a quel consistente filone giurisprudenziale esemplificativamente rappresentato dalle sentenze Goglio e Clemente (rispettivamente Cass. 23 marzo 2016 e Cass. 14 dicembre 2017) che - pur senza rinnegare apertamente l'orientamento più rigorista incline a immedesimare il connotato della pericolosità in concreto nella mera pubblicità della condotta - tende a ridimensionare il campo di applicazione della norma eccettuando in chiave generalizzante dalla cornice dei fatti punibili quelle sotto-tipologie casistiche con carattere prevalentemente commemorativo di onoranza funebre ai caduti, da considerare come astrattamente non pericolose. Per una ricostruzione del panorama giurisprudenziale formatosi sul punto cfr. A. GALLUCCIO (2019).

orientata a presidiare il bene «sicurezza dell'ordine democratico costituzionale» secondo una prospettiva di tutela sensibilmente sbilanciata sul versante *psicologico* piuttosto che su quello *fattuale*: più come «condizione mentale» che come «stato di cose», più come percezione soggettiva di allarme diffuso a livello di emozioni profonde che come pericolo oggettivo<sup>89</sup>.

All'intervento penale finirebbe così con l'essere affidata una funzione più “propulsiva” che “conservativa”: non più tutela di interessi costituzionali ben identificabili contro il pericolo di danni realmente incombenti o in atto, ma piuttosto una iper-prevenzione marcatamente anticipata che sconfinata nella *protezione dell'ambiente sociale da rischi ubiquitari e indeterminati* contro condotte che, di per sé, si annunciano, già in partenza, come concretamente prive di connotati di pericolosità *hic et nunc* nei confronti dell'interesse fondamentale all'integrità delle istituzioni democratico-repubblicane. Il nucleo essenziale del fatto illecito verrebbe in tal modo identificato in uno “stato negativo” da scongiurare grazie alla funzione stabilizzatrice svolta dalla sanzione penale, intesa come sistema di governo e di organizzazione della società.

In un contesto come questo, è quasi superfluo aggiungere che la selezione giudiziale delle circostanze fattuali di volta in volta considerate come indicative di pericolosità reale in direzione di un macro-evento dai contorni così manifestamente “fantasmizzati” non è un'attività assiologicamente neutrale ma è potentemente influenzata dalla preventiva formulazione di giudizi etico-normativi a monte sul modo di concepire i beni in conflitto, fino al punto da coincidervi quasi del tutto: e così, giusto per fare un esempio, all'intitolazione di un parco e alla connessa organizzazione di uno spazio museale dedicato alla memoria di un noto gerarca della R.S.I., in sede di giudizio di merito è stata riconosciuta, in un modo poi giudicato come apodittico e immotivato, l'idoneità causale *ex ante* a funzionare da “incubatore” in vista di una futura riorganizzazione del partito fascista<sup>90</sup>. E, al contrario, all'allestimento di uno stabilimento balneare noto alle cronache come “la spiaggia del Duce”, forse per il clima più scanzonato e il contesto vacanziero, è stata negata analoga attitudine (e per questo concessa l'archiviazione)<sup>91</sup>.

Ne esce, a conti fatti, il ritratto di una legislazione al crocevia tra funzione “promozionale” del diritto penale e “tutela dei sentimenti”.

Sotto il primo profilo, avremmo a che fare con fattispecie incriminatrici chiamate a esercitare vistose funzioni di tipo propulsivo-rieducazionale, fattispecie cui, cioè, sono affidati in via principale compiti di pedagogia sociale prevalentemente ambientabili sul terreno della c.d. prevenzione positiva: insomma, una terapia collettiva somministrata per mezzo di rimedi penalistici all'improbabile scopo di promuovere, attraverso auspiccate riconversioni delle pulsioni fasciste largamente radicate nell'immaginario collettivo, una cultura politica di base ispirata al costituzionalismo democratico-pluralista, quando non addirittura più ambiziosi mutamenti antropologici su vasta scala<sup>92</sup>.

Sotto il secondo dei due profili sopra menzionati, non è da escludere che, data la più che problematica verificabilità su solide basi empirico-criminologiche dei possibili danni macro-sociali (o sistemici) asseritamente prodotti dalle singole manifestazioni di pensiero fascista, mobilitare il diritto penale serve, in definitiva, a tutelare emozioni collettive – di scandalo, irritazione, disgusto, indignazione, inquietudine, paura. E che quindi le fattispecie in esame possano trovare le proprie ratifiche in titoli di legittimazione diversi e ulteriori sia rispetto all'idea tradizionale della protezione dei beni giuridici che dal c.d. “principio del danno” di matrice anglosassone.

Da questo specifico punto di vista, le fattispecie che puniscono le esternazioni di pensiero fascista, per come nei fatti vengono solitamente trattate in sede giudiziaria, finiscono col risultare concretamente caratterizzate dall'attitudine a offendere sentimenti o provocare reazioni

<sup>89</sup> Così A. PINTORE (2010), p. 127, la quale sottolinea che l'esperienza (insieme con le scienze cognitive) ci dice che l'aspetto soggettivo e quello oggettivo della sicurezza sono tra loro collegati (normalmente si prova timore per i pericoli, a parte i casi estremi dei pavidetti e dei temerari), ma non in modo necessario o meccanico, perché non è affatto detto che il pericolo e il timore seguano la stessa metrica. Sono anzi possibili divaricazioni anche notevoli.

<sup>90</sup> Mentre non è chiaro se sia stato frutto di studiata perfidia o di ingenuo ottimismo epistemologico il successivo invito rivolto dalla cassazione al giudice di rinvio a specificare in dettaglio gli indicatori oggettivi di contesto a sostegno di tale conclusione: Cass. 25 marzo 2021, in Giurisprudenza italiana 2021, p. 1959 con nota di L. Risicato

<sup>91</sup> Sui contorni della vicenda relativa allo stabilimento balneare “Playa Punta Cana” - dove ovunque campeggiavano cartelli recanti immagini iconografiche e parole d'ordine categoriche e ammonitrici tipo “zona antidemocratica e a regime”, “servizio solo per i clienti... altrimenti manganello sui denti”, “Nonno Benito per un'Italia onesta e pulita torna in vita” - per la quale il G.i.p presso il tribunale di Venezia, su richiesta della procura, ha disposto l'archiviazione, ritenendo che si trattasse di «mera articolazione del pensiero», v. P. Berizzi, la spiaggia fascista di Chioggia: “Qui a casa mia vige il regime”, in “La Repubblica”, 9 luglio 2017..

<sup>92</sup> Cfr. in questo senso D. PULITANO (2019), p. 16, secondo cui è «poco plausibile ipotizzare effetti di prevenzione speciale “rieducativa”; più probabili (forse) effetti di rafforzamento dell'adesione dei condannati all'ideologia messa sotto accusa

emotive sgradevoli e col denunciare, quindi, una imprevista parentela con quella categoria di reati espressamente finalizzati, nella prospettiva del legislatore, a tutelare entità di tipo affettivo-passionale (come quelli posti a salvaguardia del sentimento religioso, del sentimento di pietà per i defunti, del comune sentimento del pudore o del sentimento per gli animali)<sup>93</sup>.

Non possiamo entrare più direttamente nel merito della delicata questione se sia o meno ammissibile che il legislatore democratico - o, più o meno consapevolmente, il giudice penale - forniscano un presidio penalistico a entità incorporee e immateriali come sono di regola i sentimenti morali, anche quando se ne voglia prospettare un'immagine che non li confini, per partito preso, nel regno della pura irrazionalità<sup>94</sup>.

Quel che qui si può dire al riguardo è che il tema del possibile promovimento, a livello legislativo o giudiziario, dei sentimenti a legittimi oggetti di tutela penale non può essere affrontato in astratto, ma richiede «una selezione fra le emozioni, in funzione del relativo grado di razionalità o irrazionalità, così come in considerazione delle loro possibili implicazioni politiche in termini di compatibilità o incompatibilità con i valori di una democrazia liberale»<sup>95</sup> (nel nostro caso, ad esempio, delle possibili ripercussioni a carico della libertà di espressione). Nel senso che qui non si tratta tanto di ipotizzare in partenza una lesione del principio di necessaria offensività o del principio di determinatezza (per es., nella sua dimensione empirica) e archiviare la pratica *in apicibus*<sup>96</sup>. Si tratta piuttosto di prendere atto di un quadro più articolato e complesso, in cui i sentimenti individuali e/o collettivi che trovano protezione a livello di decisioni politico-criminali o interpretativo-applicative non sono bruti fenomeni psicosociali di tipo naturalistico ma sono 'imbevuti di valori': «più che sentimenti in sé, sentimenti-valori, se non valori *tout court*»<sup>97</sup>.

## 6. La protezione della memoria antifascista a base dell'identità repubblicana come vero bene protetto dalla normativa di contrasto al fascismo riemergente.

In quest'ottica, se ci si dovesse chiedere, allora, quale potrebbe essere il valore più probabilmente retrostante al sentimento di indignazione collettiva che almeno una parte consistente dell'opinione pubblica democratica sperimenta di fronte a manifestazioni rituali e esaltazioni glorificatrici del passato regime, una possibile risposta potrebbe essere, a nostro avviso, questa: che il valore ad esso soggiacente non sia tanto la sicurezza dell'ordine costituzionale democratico contro il più o meno remoto pericolo di una sua messa in crisi ad opera di organizzazioni interne alla "galassia nera" ma la salvaguardia della memoria antifascista e della identità repubblicana<sup>98</sup>, «una memoria pubblica che è stata in grado di attivare nel paese processi di identificazione profondi, tali da conferirle i tratti di una memoria collettiva»<sup>99</sup>.

Il che implicherebbe l'aperto riconoscimento di un ineluttabile slittamento dell'asse di tutela dalla difesa dell'integrità delle istituzioni democratiche dal pericolo più o meno imminente di una (impossibile) riorganizzazione del partito fascista alla protezione di un diverso bene, identificabile, appunto, nella memoria repubblicana su cui si fonda il patto costituzionale: un valore concettualizzabile come la "controparte oggettiva" del sentimento soggettivo di rifiuto morale del fascismo prodotto dall'eterogenea serie di comportamenti sussumibili all'interno degli artt. 4 e 5 della legge in questione, che in tal modo risulterebbe, per un verso, fondato su basi razionali un pò più solide dell'enfatico e sproporzionato allarme per la demo-

<sup>93</sup> Sul tema cfr., per tutti, F. BACCO (2018).

<sup>94</sup> G. FIANDACA (2013), p. 223, il quale, sulla scorta delle acquisizioni maturate sul terreno della filosofia morale contemporanea, segnala come si tenda a considerare ormai superata "la tradizionale opposizione filosofica tra ragione, da un lato, ed emozione e sentimento dall'altro, come se questi ultimi fossero soltanto manifestazione di irrazionalità, o comunque, del tutto privi di qualsiasi valore cognitivo. Piuttosto si inclina a ritenere che le emozioni siano intrise di pensiero, abbiano una struttura cognitiva, sottintendano ed esprimano giudizi di valore".

<sup>95</sup> G. FIANDACA (2013), p. 228.

<sup>96</sup> Come ritiene M. DONINI (2008), p. 1578. Sul tema cfr. anche F. BACCO (2010), pp. 1165 e ss.

<sup>97</sup> G. FIANDACA (2013), p. 228.

<sup>98</sup> Sul concetto di «memoria collettiva», e sui suoi nessi strutturali con la costruzione del profilo identitario di un gruppo sociale o di una comunità politica, M. HALBWACHS (2001), p. 155, il quale, a proposito dello stretto legame tra memoria e identità di gruppo, acutamente segnala che «quando il periodo smette di essere interessante per il periodo che segue, non è lo stesso gruppo che dimentica una parte del suo passato: ci sono, in realtà, due gruppi che si succedono». Sui rapporti tra esperienza storica dell'antifascismo e costruzione dell'identità politico-costituzionale repubblicana v. M. LUCIANI (1991), p. 191.

<sup>99</sup> F. FOCARDI (2005), p. 4.



crazia in pericolo e, per altro verso, più sensatamente in grado di entrare in bilanciamento con la libertà di espressione esercitata con un singolo, puntiforme atto comunicativo<sup>100</sup>.

Se le cose stanno così, a meno di non volere continuare a riproporre illusori modelli di soluzione del conflitto tra i diritti e gli interessi realmente in gioco (*che, tra l'altro, spesso funzionano come sostituto occulto di una più radicale scelta abolizionistica*) bisognerebbe prendere definitivo congedo dall'autoconsolatorio richiamo a un indimostrabile pericolo attuale di ricostituzione del partito fascista. E prendere esplicitamente atto che, se proprio si vuole insistere con l'opzione penalistica, fare il saluto romano in una pubblica adunanza, scrivere un libello anti-resistenziale che trae ispirazione dalla memorialistica saloina, attrezzare una spiaggia a tema "Ventennio", intitolare un parco alla memoria del Maresciallo Graziani, emettere scontrini con l'effigie del duce<sup>101</sup>, pubblicare sul sito ufficiale di "Forza Nuova" l'immagine di una torta di compleanno recante una svastica e la scritta «Sieg Heil!»<sup>102</sup>, lanciare sul *web* l'idea di una "marcia su Roma" contro lo *ius soli* nell'anniversario della più storica marcia<sup>103</sup>, arredare la stanza di una caserma dei carabinieri con un vessillo nazista<sup>104</sup> sono, in realtà, tutte condotte che possono semmai più realisticamente integrare un reato - se di danno, di pericolo astratto, o di pericolo concreto lo vedremo subito appresso - diretto, in prima battuta, contro la intangibilità della narrazione memoriale antifascista posta a base della convivenza democratica e non, invece, un reato di pericolo concreto contro la tenuta complessiva della democrazia costituzionale: un reato che impegna in prima istanza l'identità repubblicana e, solo *di rimbalzo*, l'assetto democratico della forma di stato<sup>105</sup>.

Quanto poi il ripiegamento strategico pressoché obbligato verso la tutela di un bene da sempre controverso e problematico come la memoria possa esibire sufficienti titoli di legittimazione in termini di giustificazione etico-politica e costituzionale della fattispecie - dal grado di certezza e di razionalità argomentativa realmente conseguibile per effetto di una simile manovra di riconversione del bene giuridico, al coefficiente di effettiva dannosità sociale espresso dalla condotta - è tutto un altro discorso, che confidiamo di affrontare in altra sede.

## 6.1. (segue). Giustificazioni, condizioni e controindicazioni di una possibile riconversione ermeneutica del bene protetto in chiave di memoria antifascista.

Per il momento basti qui rilevare che se il fascismo, concepito nelle sue forme storiche di invero, è da considerare come definitivamente dissolto in termini di *pericolo reale*, si ritiene però che la sua eredità culturale, con tutte le opzioni autoritarie, antiegalitarie e razziste che ne hanno connotato l'originaria proposta politica, possa ancora vantare una notevole capacità di penetrazione nell'immaginario collettivo, con tutti i connessi rischi di regressione democratica che questo reca con sé: il che accade soprattutto, grazie ad un uso pubblico della storia disinvolto, autointeressato e politicamente orientato<sup>106</sup>.

Se, cioè, aveva ragione A. Gramsci quando avvertiva che «la storia è sempre contemporanea, cioè politica», ovvero che le interpretazioni del passato non sono mai dissociabili da un loro impiego strategico nel dibattito pubblico corrente per finalità contingenti di lotta politica, una percezione sociale del fascismo infiltrata o, peggio, colonizzata da memorie «antagoniste e inconciliate»,<sup>107</sup> o anche indulgenti e assolutorie, «può comunque rappresentare una minaccia

<sup>100</sup> Sul ruolo della memoria collettiva nel dibattito pubblico contemporaneo, anche in rapporto ai processi di istituzionalizzazione cui va incontro anche col contributo del diritto penale, e sui suoi intrecci con l'indagine storiografica e la divulgazione in sede di *Public History*, v. di recente M. FLORES (2020). Sul tema v. anche E. TRAVERSO (2005); S. PIVATO (2007).

<sup>101</sup> Sul caso della Titolare del Bar Armando di Cerea v. "La Repubblica", 7 settembre 2023, *Polemica sul bar veneto con il Duce sullo scontrino, la barista: "per me è tutta pubblicità"*.

<sup>102</sup> Sulla vicenda v. P. Berizzi, *Forza Nuova, nella sede di Milano la svastica sulla torta. Gli ebrei italiani: "Sconcertante"*, in "La Repubblica", edizione di Milano, 7 giugno 2017.

<sup>103</sup> Cfr. P. Berizzi, *Forza Nuova prepara la marcia su Roma per il 28 ottobre*, in "La Repubblica.it", 12 ottobre 2017.

<sup>104</sup> Sulla vicenda cfr. ilFattoQuotidiano.it, 2 dicembre 2017.

<sup>105</sup> Che questo sia l'orizzonte di tutela più plausibilmente attribuibile alla normativa in questione è una tesi sostenuta con diversità di accenti e impostazione già da G. SPAGNOLO (1979), pp. 318-333 e, in tempi più recenti da B. PEZZINI (2016), pp. 219-241.

<sup>106</sup> Il passato, come rileva A. ASSMANN (2008), p. 57, «non è più chiuso tranquillamente nei libri di storia ma continuamente rivendicato come una risorsa importante per il potere e le politiche di identità. La storia non è solo ciò che viene *dopo* la politica; è diventata materia e carburante della politica».

<sup>107</sup> L'espressione è di G. E. RUSCONI (1995).

per le nostre democrazie»<sup>108</sup>. In che senso?

In poche battute, la premessa è che, nel contesto di una memoria pubblica del fascismo e della resistenza che è stata definita come «divisa»<sup>109</sup>, «fratturata»<sup>110</sup>, «difficile»<sup>111</sup>, si può constatare, almeno a partire dagli anni novanta del '900, l'ampia diffusione nella comunicazione politico-mediatica corrente in Italia, di una rilettura edulcorata e benevola del regime fascista, condotta con l'obiettivo di riabilitarne la rappresentazione pubblica e presentarlo come «un autoritarismo all'italiana»<sup>112</sup> bonario, paternalista e modernizzatore, come una «dittatura all'acqua di rose»<sup>113</sup> retorica, velleitaria e sostenuta dal consenso popolare<sup>114</sup>: il tentativo è stato (e continua ad essere) quello di accreditare nel discorso pubblico una «defascistizzazione retroattiva del fascismo»<sup>115</sup> che, al prezzo di «banalizzazioni, amnesie e striscianti riabilitazioni»<sup>116</sup>, tendeva, e tende tuttora, a oscurarne i tratti totalitari, liberticidi e criminali che storicamente lo avevano contraddistinto<sup>117</sup>.

Accanto a questa sopravvive, e anzi tende sempre più a riemergere in tempi recenti, anche «l'altra memoria», «la memoria antagonista e rancorosa del neofascismo»<sup>118</sup>, elaborata in modo più o meno sotterraneo dalla cultura politica d'area in risposta alla narrazione egemonica compendiata nel c.d. «paradigma antifascista» e nella «vulgata resistenziale»<sup>119</sup>: per un verso, si tratta di una «seconda memoria» parallela ispirata ad atteggiamenti di estraneità esistenziale, prima ancora che culturale e politica, nei confronti dell'Italia democratica, che ha dato luogo a una «storiografia dell'autocompiacimento» e «del risentimento» basata sulla contrapposizione tra un'immagine eroica ed estetizzante del regime fascista e un'immagine dell'Italia della Resistenza, vista come sentina di tutti i vizi storici del paese (in breve «l'élite della nazione» contro «il popolo-plebe»). Per altro verso, di una rielaborazione di parte che, in base a un atteggiamento di pregiudiziale diffidenza polemica nei confronti della storiografia ufficiale più accreditata, ha tentato di risolvere in chiave strumentalmente revisionista la questione politico-istituzionale della propria «identità illegittima», col proposito di «fondare la propria legittimazione politica a partire dalla propria legittimazione storica»<sup>120</sup>.

Ora, in un paesaggio memoriale come quello sinteticamente tratteggiato, ciò che va messo nel dovuto risalto anche ai nostri fini è un dato che numerosi osservatori hanno opportunamente messo in evidenza: e, cioè, che la circolazione indisturbata nell'*audience* sociale di memorie conflittuali anti-antifasciste o, peggio, dichiaratamente neofasciste, è potenzialmente in grado di influire attivamente sugli equilibri politici attuali, favorendo l'affermazione elettorale di democrazie autoritarie o illiberali di stampo nazional-populista, sovranista o postfascista<sup>121</sup>. E così, ad esempio, una solida ricerca empirica condotta in campo politologico, dopo aver individuato quattro possibili «culture del ricordo» astrattamente ipotizzabili («auto-colpevolizzazione», «vittimizzazione», «eroicizzazione», «rimozione») ha messo in luce che il particolare tipo di elaborazione collettiva del passato fascista che si impone come dominante nel discorso pubblico in un determinato contesto nazionale è in grado di influenzare le *performances* eletto-

<sup>108</sup> F. FOCARDI (2020), p. 29.

<sup>109</sup> G. CONTINI (1997).

<sup>110</sup> J. FOOT (2009).

<sup>111</sup> S. PELI (1999).

<sup>112</sup> L'espressione è di N. GALLERANO (1986), pp. 106-133.

<sup>113</sup> F. FOCARDI (2020), p. 30.

<sup>114</sup> Sul punto cfr. T. BARIS (2018).

<sup>115</sup> Secondo la fortunata formula di E. GENTILE (2002), p. VII.

<sup>116</sup> A. DE BERNARDI (2018), pagg. 58-59.

<sup>117</sup> Sul processo di costruzione sociale di una memoria collettiva che «lentamente ma insistentemente si è allontanata dai fatti» dedicandosi con energia a una progressiva «normalizzazione del fascismo» come mito popolare resistente alla confutazione v. di recente P. CORNER (2022), pp. 7-37.

<sup>118</sup> F. FOCARDI (2005), p. 19.

<sup>119</sup> Sul «racconto egemonico» elaborato dalla cultura antifascista v. F. FOCARDI (2005), pagg. 3 e ss. V. anche T. BARIS (2014), pp. 437 e ss.

<sup>120</sup> Le espressioni tra virgolette basse riportate nel testo sono di F. GERMINARIO (1999), pp. 18 e ss.

<sup>121</sup> Va in questa direzione la riflessione di E. TRAVERSO (2017), pp. 11-13, il quale osserva che se «da un lato, la nuova destra estrema non è più fascista, dall'altro non possiamo definirla senza un confronto col fascismo», che ne costituirebbe per così dire, il «supplemento d'anima». Sulla stessa linea argomentativa, come abbiamo visto, si schiera lo storico argentino F. FINCHELSTEIN (2019), p. 262, il quale, a proposito del retaggio politico-culturale che il fascismo storico transnazionale ha continuato a trasmettere pur dopo la sua definitiva scomparsa, osserva che «i leader populistici di estrema destra prendono spunto dal copione fascista senza essere loro stessi fascisti» perché «il populismo è collegato sia geneticamente, sia storicamente, al fascismo». In senso conforme nella dottrina penalistica v. D. PULITANÒ, (2019), pp. 17-18, il quale si rende ben conto che le condanne emesse in base alla legge Scelba «sono discutibili in fatto o, e comunque insignificanti rispetto a problemi di difesa della società democratica da un ipotetico pericolo fascista» e segnala come «per la tenuta della democrazia liberale si profilano pericoli nuovi, non quelli di un ritorno al fascismo novecentesco fra le due guerre mondiali. In una lettura storica dell'oggi, i fascismi novecenteschi appaiono un antifatto, una radice (accanto ad altre) di nuove forme o tendenze di democrazia illiberale. Non sono i fascismi storici una fotografia di ciò che oggi sta avvenendo».

rali dei partiti politici che si iscrivono nell'orizzonte del neopopulismo identitario di destra<sup>122</sup>.

La conclusione che se ne può trarre è che una simile presa d'atto potrebbe costituire una ragione in più per procedere a una riconversione ermeneutica del piano di tutela tracciato dalle incriminazioni in esame secondo un'orientazione teleologica che, nel passaggio dalla più che dubbia messa in pericolo diretta degli equilibri democratici alla lesione della memoria pubblica antifascista come suo tramite intermedio di tutela, potrebbe, almeno a prima vista, apparire comparativamente più in linea col principio di offensività.

Ora, un riorientamento interpretativo dell'offesa tipica come quello sopra abbozzato apre la strada a due possibili soluzioni alternative del conflitto tra libertà di espressione e protezione della memoria pubblica alla base della c.d. «Nazione antifascista»<sup>123</sup>.

Una prima, più drastica, soluzione - prospettata proprio sul presupposto che la XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione sia stata finalisticamente concepita per svolgere funzioni di «garanzia della matrice antifascista dell'ordinamento costituzionale», piuttosto che di tutela della «sicurezza dell'ordine democratico»<sup>124</sup> - considera *in blocco* il discorso fascista come una categoria di «discorso non protetto» e, correlativamente, esclude in partenza la stessa possibilità di formulare una qualsiasi ulteriore regola di compatibilità tra gli interessi costituzionali in gioco a livello di bilanciamenti giudiziali, perché inclina a ritenere che tale disposizione contenga già, al suo interno, un bilanciamento «trincerato» con cui il legislatore costituente ha *una volta e per tutte* inteso attribuire, in modo categorico e incondizionato, priorità inderogabile e assoluta al «patto fondativo antifascista» sulle concomitanti esigenze di tutela della libertà di opinione<sup>125</sup>: un bilanciamento *di livello costituzionale* che esprime già a monte, un giudizio definitivo di prevalenza secca del primo sul secondo, in premessa concepito come non più rivedibile dal circuito co-decisionale Corte costituzionale-giudici comuni. Cosa che dovrebbe simmetricamente spingere ad attribuire senza troppe inibizioni alle fattispecie incriminatrici contenute nella relativa normativa di attuazione la natura di reati di pericolo astratto in cui il giudice è chiamato solo a operare un mero giudizio di sussunzione, secondo un'impostazione che, del resto, si colloca sulla stessa scia di progetti di riforma e soluzioni regolative adottate in altri ordinamenti culturalmente più vicini al nostro<sup>126</sup>. E vale la pena di segnalare per inciso che, una volta adottata una simile soluzione massimalista, solo fino a un certo punto ha senso chiedersi se propaganda, apologia o gesti tipici dell'iconografia rituale fascista si traducano in un insulto alla memoria che lede il bene suddetto nelle forme del danno (ovviamente, non nelle forme della compromissione definitiva bensì in quelle dell'erosione goccia dopo goccia, dell'arretramento progressivo), o se ne provochino soltanto una potenziale caduta in crisi nelle forme del pericolo astratto, essendo i relativi concetti e confini in larga misura dipendenti da scelte normativo-valutative dell'interprete.

Una seconda possibile soluzione, un po' meno costosa per la libertà di espressione politica radicale e più in sintonia con l'inevitabilità del bilanciamento nell'*ecosistema* del moderno neo-costituzionalismo democratico-pluralista, potrebbe rispondere al mutamento di paradigma imposto dalla suddetta trasformazione qualitativa del bene protetto con una parallela riformulazione del criterio di bilanciamento E quindi virare su una «legge di collisione» analogicamente strutturata sulla falsariga di quella in atto prevista in tema di negazionismo dall'art.

<sup>122</sup> D. CARAMANI, L. MANUCCI (2019), pp. 1-28.

<sup>123</sup> L'espressione è di A. DE BERNARDI (2018), p. 116, che la contrappone alla «Nazione comunista» e alla «Nazione fascista».

<sup>124</sup> Così B. PEZZINI (2011), p. 1393.

<sup>125</sup> Cfr. ancora B. PEZZINI (2011), p. 1394, la quale parla al riguardo di «eccezione antifascista» e nota come «la magistratura non trovi le coordinate per un percorso che usi *direttamente* la XII disposizione. Esigenze di tutela garantistica della libertà di manifestazione del pensiero contribuiscono a spingere la magistratura a cercare bilanciamenti *non necessari*. La norma che vieta la ricostituzione del partito fascista è *norma speciale e fondativa*, la sua attuazione legislativa non richiede di essere applicata con le stesse cautele interpretative con cui si reindirizza l'applicazione della legislazione penale sui reati di opinione».

<sup>126</sup> Si allude all'ordinamento penale tedesco, il cui paragrafo 86a StGB, intitolato «*Uso di contrassegni di organizzazioni incostituzionali*» (*Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen*), incrimina l'uso (in pubblico, in una riunione, o in scritti divulgativi) dei contrassegni tipici delle organizzazioni anticostituzionali, tra le quali il partito nazionalsocialista, e nella nozione di contrassegno annovera espressamente «bandiere, stemmi, uniformi, slogan e forme di saluto»: si tratta di una fattispecie che la giurisprudenza, più volte chiamata a precisarne i confini, ha ricostruito come reato di pericolo astratto. Per un rapido sguardo in chiave comparativa alla giurisprudenza tedesca cfr. P. Caroli, Commemorare i caduti della R.S.I. con il saluto romano non costituisce reato, in *Diritto penale e processo*, 2017, n. 12, pp. 1589-1592. Manifesta un analogo slittamento verso un tipo di tutela penalistica contro la circolazione di ideologie tossiche strutturato secondo il modello del pericolo astratto il testo dell'art. 293 bis del codice penale (*Propaganda del regime fascista e nazifascista*), attualmente approvato alla Camera dei Deputati, secondo cui «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaga i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli ad essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propaganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito con la reclusione da sei mesi a due anni».

604 bis c.p., in modo da punire soltanto le professioni simboliche o discorsive di fede fascista commesse «in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione»<sup>127</sup>.

Nonostante qualche impressione in senso contrario, ci sembra di poter dire che una simile riconfigurazione dell'assetto di tutela non segni, come in un paradossale “gioco dell'oca”, un deludente ritorno alla casella di partenza, perché - nello sbarazzarsi di un limite ormai anacronistico originariamente pensato per regolare una “transizione di regime” - rende esplicito, quanto meno dal lato delle (rare) decisioni di condanna, quel che in atto segretamente si fa già, in una meritoria operazione di smascheramento dell'ipocrisia.

Quel che di sicuro si può dire è che si tratterebbe di una regola di bilanciamento che, nel semplificare di molto *thema decidendum* e partita argomentativa, si presenterebbe *prima facie* dotata di migliori *chances* di verifica rispetto all'ormai obsoleto macro-pericolo di riorganizzazione del partito fascista: nel senso che il pericolo di diffusione, e di successivo contagio, di idee basate sulle «finalità antidemocratiche proprie del partito fascista» è un'eventualità più circoscritta rispetto al pericolo di ricostituzione. Certo, l'attività di selezione giudiziale delle circostanze indicative di pericolosità reale continua, anche in questa diversa cornice decisionale, a restare pur sempre un'attività “normativamente compromessa”, risente sempre di pregiudiziali etico-politiche sui beni in conflitto. Ma, pur con tutti i margini di discrezionalità valutativa a disposizione dell'interprete nella prospettazione giudiziale di un pericolo di diffusione, l'evento temuto appare comunque circoscrivibile entro correlati fenomenici comparativamente più delimitabili e, dunque, più controllabili intersoggettivamente e meglio gestibili processualmente.

C'è però un intuibile lato in ombra.

Entrambe le soluzioni sopra prospettate, sia pure in misura diversa, si espongono, infatti, a una consistente batteria di note obiezioni critiche. Mi limito ad elencarne cursoriamente soltanto alcune, con riserva di tornare più diffusamente sul punto in un lavoro di prossima pubblicazione.

In primo luogo, slacciando le fattispecie penali in tema di apologia e manifestazioni fasciste da un vincolo applicativo con funzioni “deflazionistiche” nascoste - forse mantenuto in vita proprio per la sua natura “spettrale” di evento irraggiungibile - il primo rischio è quello di un più che probabile incremento del numero di condanne, con correlativo scivolamento verso possibili forme di penalizzazione a tappeto del mero dissenso politico-ideologico. Intuibili, sotto questo profilo, le possibili assonanze che un assetto regolativo primariamente incentrato sulla protezione della memoria antifascista intrattiene con il c.d. «paradosso della tolleranza» di K. Popper: paradosso riassumibile nello *slogan* auto-difensivo tipico di una “democrazia interventista” per cui «a essere tolleranti con gli intolleranti si genera intolleranza»<sup>128</sup>; o anche con l'idea di «tolleranza repressiva» di H. Marcuse, secondo cui quanto più ampi sono gli spazi di tolleranza garantiti ai movimenti di opinione di stampo regressivo-reazionario, corrispondentemente più ampie saranno le future ripercussioni repressive nei confronti delle fasce più deboli e svantaggiate della società: per cui sarebbe raccomandabile reprimere con minori inibizioni la libertà di parola per liberare libertà, non solo di parola<sup>129</sup>.

Il secondo rischio ha a che fare con un interrogativo più di fondo: il diritto penale può plausibilmente rientrare fra i possibili strumenti di una “politica legislativa del ricordo”? Più precisamente, il diritto e il processo penale possono persuasivamente candidarsi al ruolo di strumenti di riaffermazione di una “narrazione condivisa” contro le manomissioni del «mito di fondazione dello Stato repubblicano»<sup>130</sup> operate, con sempre maggiore frequenza, dai c.d. «assassini della memoria»<sup>131</sup>?

In effetti, una simile rimodulazione della tutela penale, caratterizzata dal superamento del vecchio *totem* del pericolo di ricostituzione, potrebbe finire con l'attribuire ai giudici penali il ruolo di “funzionari della memoria” col compito di «riparare la storia»<sup>132</sup> in sostituzione degli

<sup>127</sup> Sul tema v. M. DONINI (2021); E. Fronza (2017), pp. 155-157. Sulla difficoltà teorica di assumere la memoria a bene penalmente tutelabile della stessa autrice v. E. Fronza (2018). Esprime parere favorevole in ordine a un possibile apparentamento in chiave analogica dei reati in questione con una prospettiva di tutela declinata in chiave di diritto penale “memoriale” o “identitario” tipica del reato di negazionismo, e cioè con una «tutela penale del consenso» (l'espressione è di E. FRONZA, 2016, p. 1025) nei confronti del patto etico-politico sui fondamenti che caratterizza le Costituzioni post-belliche, P. CAROLI (2017), p. 1592

<sup>128</sup> K. R. POPPER (2004), pp. 214-215.

<sup>129</sup> R. P. WOLFF, B. MOORE JR., H. MARCUSE (1968), pp. 97-98.

<sup>130</sup> F. FOCARDI (2005), p. 46.

<sup>131</sup> Per dirla con P. VIDAL-NAQUET (2008).

<sup>132</sup> E con A. GARAPON (2008).

appartenenti al ceto professionale degli storiografi di mestiere, piegando il processo penale a una specie di “ossessione commemorativa” non priva di effetti collaterali (dalla diffusione di tesi complottiste all’auto-vizzimizzazione dei responsabili nel ruolo di martiri della libertà, al rafforzamento cameratesco della coesione interna al gruppo destinatario della condanna). Il rischio è, cioè, quello di una *rimemorializzazione per via giudiziaria* che può facilmente assumere i toni di una vera e propria “guerra della memoria” condotta con le armi improprie del diritto penale, con tutti gli inconvenienti della canonizzazione di una memoria «imballata o beatificata»<sup>133</sup>. Come è stato ben rilevato, a differenza della ricostruzione storica, caratterizzata da distacco critico e attenzione alla complessa dimensione multifattoriale degli eventi, la memoria collettiva, nelle sue connessioni con la fondazione dell’identità di gruppo, assomiglia piuttosto a un più semplificato impasto tra storia, «mito e propaganda»<sup>134</sup>. In queste condizioni, la convinzione diffusa che la sua protezione costituisca un dovere (eventualmente anche politico-criminale) non farebbe a sufficienza i conti col fatto che «essa può anche essere fomentatrice e sobillatrice di rabbia, conflitti, violenze»<sup>135</sup>. Per cui è quantomeno legittimo chiedersi problematicamente se, in luogo di un interventismo penalistico a tutti i costi, «una misura decente di oblio collettivo non fosse in realtà la condizione *sine qua non* di una società pacifica e dignitosa, mentre ricordare fosse un obiettivo politicamente, socialmente e moralmente rischioso»<sup>136</sup>.

Un terzo motivo di perplessità si basa sul rilievo per cui nel punire, in definitiva, l’esterminazione di “false credenze” e “pensieri cattivi” - con o senza propensione alla diffusione poco importa - ossia due voci esemplificative di quelli che il liberalismo penale di matrice anglosassone annovera tra i c.d. illeciti senza danno<sup>137</sup>, non è infondato intravedere, in controluce, la tendenza politico-criminale a soggettivizzare il disvalore dell’illecito più in termini di mera pericolosità individuale che di fatto oggettivo anche solo indirettamente dannoso per la tenuta dell’assetto complessivo della democrazia costituzionale<sup>138</sup>: uno spostamento spiegabile solo in un’ottica securitaria di protezione dal Nemico fascista, dal c.d. *Dissenter* che (a gesti o a parole) esprime punti di vista eterodossi ed esteticamente sgradevoli su questioni attinenti a fascismo, resistenza, democrazia e diritti<sup>139</sup>.

Infine, resta sul tappeto la grande questione se il pericolo astratto per la democrazia che dovrebbe accompagnare il pericolo concreto di diffusione di idee basate sulla c.d. «superstizione fascista (nel senso di sopravvivenza di credenze e pratiche di un tempo lontano)»<sup>140</sup> sia sorretto da affidabili generalizzazioni esplicative di taglio socio-politologico o se si basi, invece, su argomentazioni *lato sensu* causali più asserite che dimostrate “modello Barone di Münchhausen”, analogamente a quanto è dato di osservare sul confinante terreno della propaganda razzista a proposito degli effetti macrosociali del discorso razzista<sup>141</sup>.

A ritenere insuperabili le obiezioni ora passate in rassegna, a disposizione resterebbe solo la scelta abolizionista<sup>142</sup>. O, come pure si è sostenuto, il mantenimento della norma con funzione di «messaggio» - sul duplice presupposto che «la pregiudiziale antifascista ha un significato assiologico» e che il rischio annunciato di una formale abrogazione sarebbe quello di aprire il campo a «reinterpretazioni strumentali dei fondamenti della nostra democrazia» - sterilizzandone, però, in partenza le proiezioni applicative grazie a «un’archiviazione culturale nella

<sup>133</sup> F. FOCARDI (2005), p. 47.

<sup>134</sup> D. RIEFF (2019).

<sup>135</sup> M. FLORES (2020), p. 17.

<sup>136</sup> D. RIEFF (2019), pp. 57-58.

<sup>137</sup> J. FEINBERG (1990), pp. 20 e ss.

<sup>138</sup> Si può, sotto questo profilo, osservare, in linea con le osservazioni fatte sul punto da M. NUSSBAUM (2005), pp. 387 e ss. che anche la tutela penale apprestata alle reazioni emotive di turbamento e angoscia prodotte dai discorsi fascisti sia, in fondo, maggiormente in sintonia con un moralismo legale di stampo conservatore, autodifensivo ed escludente che fomenta lo spostamento dello stigma dal fatto all’autore.

<sup>139</sup> La figura del c.d. *dissenter* è utilizzata da una parte cospicua della cultura giuridica americana come metafora riassuntiva di alcune delle ragioni che militano a sostegno del principio di c.d. neutralità dello Stato nel campo della libertà di espressione, concepito come uno ‘spazio franco’ dove le regole di rispetto e decoro dovrebbero essere sospese per consentire lo sviluppo del dibattito pubblico e la messa in crisi opinioni consolidate, idee tradizionali e senso comune diffuso: cfr. sul punto C. SUNSTEIN, Cambridge (2003). È però il caso di rilevare che il *dissenter* (soprattutto quello nostrano) non fa parte di solito di una minoranza anticonformista e politicamente scorretta ma, molto meno eroicamente, si fa più spesso portavoce, amplifica e, in alcuni casi, legittima umori tossici stabilmente acuartierati nella pancia della maggioranza dei benpensanti.

<sup>140</sup> Come la definisce A. SCURATI (2023), p. 28.

<sup>141</sup> A cominciare dal c.d. *Silencing Effect*. Sul punto cfr. A. TESAURÒ (2013), pp. 67 e ss.

<sup>142</sup> Sulla scelta politico-criminale di rispondere a difficoltà pratico-applicative e problemi di legittimazione costituzionale con l’abrogazione radicale delle fattispecie della legge Scelba più compromesse col piano dei reati di opinione v. M. PELISSERO (2015), p. 38.

sfera pubblica»<sup>143</sup>: una scommessa, non si sa quanto vincente, per una specie di *abrogatio sine abolitione* che mantiene la norma al suo posto come presidio simbolico e la avvia verso un destino di desuetudine applicativa.

È, però, il caso di chiedersi in chiusura se, sotto il profilo della razionalità assiologica e strumentale, non sia più raccomandabile, in prospettiva *de jure condendo*, il definitivo abbandono di una strategia di contrasto *dal basso*, arbitraria, casuale, ad alto tasso di ineffettività, con mere funzioni di riaffermazione simbolica dei valori antifascisti messi in discussione, come quella penalistica, e la sua sostituzione con una strategia di intervento a più forte impatto politico che punti sul potenziamento di un “dispositivo di scioglimento” di associazioni, movimenti o gruppi riformato nei suoi presupposti, da affidare magari alla Corte costituzionale sul modello del *Parteiverbot* utilmente sperimentato in Germania, per colpire alla fonte la centrale generatrice delle più insidiose forme di esternazione dell’ideologia nazi-fascista<sup>144</sup>.

## Bibliografia

ALBANESE, Giulia (2014): “Brutalizzazione e violenza alle origini del fascismo”, in *Studi Storici*, n. 1, “Fascismo: itinerari storiografici da un secolo all’altro”, pp. 3-14.

ALLYARDACE, Gilbert. (1979): “What fascism is not: thoughts on the deflation of a concept”, in *American Historical Review*, 84, 2, pp. 365-388, trad. it. Cosa non è “fascismo”. Riflessioni sulla deflazione di un concetto, in R. DE FELICE (eds.), “Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici”, Laterza, Roma-Bari, 1998.

ASSMANN, Aleida (2008): “Transformation between History and Memory”, in *Social Research*, vol. 75, n.1, pp. 49-72.

BACCO, Federico (2010): “Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1165 e ss.

BACCO, Federico (2018): “Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale” (Torino, G. Giappichelli editore).

BARIS, Tommaso (2014): “Crisi del paradigma antifascista e retoriche politiche delle nuove destre tra prima e seconda repubblica”, in S. COLARIZI, A. GIOVAGNOLI, P. POMBENI (eds.), “L’Italia contemporanea dagli anni Ottanta a oggi”, pp. 437 e ss. (Roma, Carocci editore).

BARIS, Tommaso (2018): “La stampa italiana e il dibattito sul fascismo (1945-1990). Appunti per una ricerca”, in *E Review*, n.6.

BIN, Roberto, “Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»”, in *Giur. Cost.*, 1991, 3574.

BISCIONE, Francesco M. (2023): “Il sommerso della repubblica. La democrazia italiana e la crisi dell’antifascismo” (Torino, Bollati Boringhieri).

BLOCH, Marc (1963): “Pour une histoire comparée des sociétés européennes”, in *Mélanges historiques*, vol. I, Paris, pp. 16-40.

BLOCH, Marc (2009): *Apologia della storia. O mestiere di storico* (Torino, Einaudi) (ed. or. 1950)

BOBBIO, Norberto (1982): “L’ideologia del fascismo”, in *Quaderni della Fiap*, 1975, ora in C. Casucci (eds.), “Il fascismo. Antologia di scritti critici” (Bologna, Il Mulino), pp. 598-624.

CALAMANDREI, Piero (1952): “Trent’anni dopo”, in *Il Ponte*, n. 10 (Firenze, La Nuova Italia).

<sup>143</sup> È la proposta conclusiva di D. PULITANÒ (2019), p. 17 e p. 20.

<sup>144</sup> Sul punto cfr. A. GATTI (2017).

CARAMANI, Daniele - MANUCCI, Luca, “National Past and Populism: the Re-elaboration of Fascism and its Impact on Right-Wing Populism in Western Europe”, in *Western European Politics*, n. 42, pp. 1-28.

CAROLI, Paolo (2017): “Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato”, in *Diritto penale e processo*, pp 1587-1592.

CASTRONUOVO, Donato (2011): “Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione”, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (eds.), “L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona” (Milano, Giuffrè).

CHIASSONI, Pierluigi (2018): “Tre problemi di teoria del bilanciamento”, in *Lo Stato*, n. 11, pp. 1 e ss.

CONTINI, Giovanni (1997): “La memoria divisa”, Rizzoli, Milano, 1997.

CORNER, Paul (2022): “Mussolini e il fascismo. storia, memoria e amnesia” (Roma, Viella).

CROCE, Benedetto (1946): «*Quaderni della Critica*», vol. 2, n. 6, p. 102.

CROCE, Benedetto (1963): “Scritti e discorsi politici (1943-1947)”, vol. II (Bari, Laterza).

DE BERNARDI, Alberto (2018): “Fascismo e antifascismo. Storia, memoria e culture politiche” (Roma, Donzelli editore).

DE FRANCESCO, Giovannangelo (1994): Sub. art. 2, in “Commento al d.l. 24/4/1993, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993, n. 205”, in *Leg. pen.* 1994, pp. 203 e ss.

DICIOTTI, Enrico (1999): “Interpretazione della legge e discorso razionale”, Giappichelli, Torino, pp. 451 e ss.

DONINI, Massimo (2008): “«Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici a margine della categoria dell’«offense» di Joel Feinberg”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1546-1593.

DONINI, Massimo (2021): “Negazionismo e protezione della memoria. L’eredità dell’Olocausto e la sua sfida per l’etica pubblica e il diritto penale”, in *Sistema penale*, 10 febbraio 2021.

ECO, Umberto (2018): “Il fascismo eterno” (Milano, La nave di Teseo).

FEINBERG, Joel (1990): “The Moral Limits of the Criminal Law”, vol. IV, “Harmless Wrong-doing” (Oxford-New York, Oxford University press).

FIANDACA, Giovanni (2011): “Sui «giudizi di fatto» nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi”, in *Studi in onore di Mario Romano*, I (Napoli, Jovene).

FIANDACA, Giovanni (2012): “Sull’approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti” in *La Corte d’Assise*, n. 1-2, pp. 95 e ss.

FIANDACA, Giovanni (2013): “Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell’applicazione delle leggi penali”, in O. Di Giovine (eds.), “Diritto penale e neuroetica”, pp. 215-239 (Padova, Cedam).

FIANDACA, Giovanni - DI CHIARA, Giuseppe (2003): *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata* (Napoli, E.S.I.).

FINCHELSTEIN, Federico (2019), “Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale”, (Roma, Donzelli).

FLORES, Marcello (2020): “Cattiva memoria. Perché è difficile fare i conti con la storia” (Bologna, Il Mulino).

- FOCARDI, Filippo (2005): “La guerra della memoria. La resistenza nel dibattito politico italiana dal 1945 a oggi” (Roma-Bari Laterza).
- FOCARDI, Filippo (2020): “Nel cantiere della memoria. Fascismo, Resistenza, Shoah, Foibe” (Roma, Viella).
- FOOT, John (2009): “Fratture d’Italia. Da Caporetto al G8 di Genova. La memoria divisa del paese” (Milano, Rizzoli).
- FRONZA, Emanuela (2016): “Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1025.
- FRONZA, Emanuela (2017): “L’introduzione dell’aggravante di negazionismo”, in *Diritto penale e processo*, II, pp. 155-157.
- FRONZA, Emanuela (2018): “Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law (Den Haag, Asser).
- GALLERANO, Nicola (1986): “Critica e crisi del paradigma antifascista”, in AA.VV. “Fascismo e antifascismo negli anni della Repubblica” (Milano, Franco Angeli).
- GALLI, Monica (2019): “Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)” in *Diritto penale contemporaneo*, 22 giugno 2019.
- GALLUCCIO, Alessandra (2019): “Il saluto fascista è reato? L’attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna”, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.
- GARAPON, Antoine (2008): “Peut-on réparer l’histoire? Colonisation, esclavage, Shoah” (Paris, Odile Jacob).
- GATTI, Andrea (2017): “Il *Parteiverbot* e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell’ordinamento tedesco”, in *Rivista AIC*, n.3.
- GENTILE, Emilio (1989): “Storia del partito fascista 1919-1922. Movimento e milizia” (Laterza, Roma-Bari).
- GENTILE, Emilio (2002): “Fascismo. Storia e interpretazione” (Roma-Bari, Laterza).
- GENTILE, Emilio (2019): “Chi è fascista” (Bari-Roma, Laterza).
- GERMINARIO Francesco (1999): “L’altra memoria. L’estrema destra, Salò e la resistenza” (Torino, Bollati Boringhieri).
- GOBETTI, Piero (2016): “L’autobiografia della nazione”, in C. Panizza (eds.), *Collana Gobettiana* (Fano, Aras edizioni).
- GRIFFIN, Roger (1999): “The Nature of Fascism” (London-New York, Routledge).
- GUASTINI, Riccardo (2004): “L’interpretazione dei documenti normativi” (Milano, Giuffrè).
- HALBWACHS, Maurice (2001): “La mémoire collective”, PUF, Paris, 1950, trad. it. a cura di P. Jedlowski, T. Grande “La memoria collettiva” (Milano, Unicopli).
- HINTZE, Otto (1964): “Soziologie und geschichtliche Staatsauffassung”, in G. Oestreich (eds.) *Soziologie und Geschichte. Gesammelte Abhandlungen*, vol. II, Göttingen, pp. 239-305.
- LUCIANI, Massimo (1991): “Antifascismo e nascita della Costituzione”, in *Politica del diritto*, pp. 183 e ss.
- LYTTELTON, Adrian (1974): “La conquista del potere: il fascismo dal 1919 al 1929” (Roma-Bari, Laterza).
- MILL, John Stuart (1881): “Philosophy of Scientific Method” (New York, E. Nagel).



- MILLAN, Matteo (2014): “Squadrisimo e squadristi nella dittatura fascista” (Roma, Viella).
- MOSSE, George (1990): “Fallen Soldier: Reshaping the Memory of the World Wars” (Oxford, Oxford University press).
- NITTI, Francesco Saverio (1926): “Bolschevisme, fascisme, démocratie” (Paris, Édition du progrès civique) Paris, 1926.
- NOLTE, Ernst (1971): “I tre volti del fascismo”, trad.it. a cura di F. Saba Sardi e G. Manzoni Milano, A. Mondadori).
- NOTARO, Domenico (2020): “Neofascismo e dintorni: la “resistenza” della dimensione offensiva del tipo criminoso”, in *www.lalegislaZIONEpenale.eu*, 2020.
- NUSSBAUM, Martha (2005): “Nascondere l’umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge”, trad. it. a cura di C. Corradi, (Roma, Carocci).
- PELI, Santo (1999): “La Resistenza difficile” (Milano, FrancoAngeli).
- PELISSERO, Marco (2015): “La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso”, in *Questione Giustizia*, 4.
- PERELMAN, Chaïm - OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (2001): “Trattato dell’argomentazione: la nuova retorica” (Einaudi, Torino).
- PEZZINI, Barbara (2011): “Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana”, in *Scritti in onore di Valerio Onida* (Milano, Giuffrè), pp. 1379 e ss.
- PEZZINI, Barbara (2016): “Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana”, in B. PEZZINI e S. ROSSI (eds.), “I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese” (Milano, Franco Angeli).
- PINTORE, Anna (2010): “Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore”, in “Democrazia e diritti. Sette studi analitici” (Pisa, ETS).
- PIVATO, Stefano (2007): Vuoti di memoria. Usi e abusi della storia nella vita pubblica italiana (Roma-Bari, Laterza).
- POPPER, Karl R. (2004): “La società aperta e i suoi nemici 1” (Roma, Armando Editore).
- POST, Robert C (1992): “Racist Speech, Democracy and the First Amendment”, in *William & Mary Law Review*, 3, pp. 2267 e ss.
- POST, Robert C. (2011): “La disciplina dell’*hate speech* tra considerazioni giuridiche e sociologiche”, in D. Tega (eds.), “Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela”, pp. 97 e ss. (Roma, Armando Editore)
- PULITANÒ, Domenico (2019): “Legge penale, fascismo, pensiero ostile”, in *Rivista di diritto dei media*, 1, pp. 12 e ss.
- RIEFF, David (2019): “In Praise of Forgetting: Historical Memory and its Ironies”, New Haven, Yale University Press, 2016, “Elogio dell’oblio: i paradossi della memoria storica”, trad. it. a cura di G. Tonoli, (Roma, Luiss).
- RISICATO, Lucia (2021): “Lo scivoloso confine tra commemorazione e apologia del fascista”, in *Giurisprudenza italiana*, pp. 1959 e ss.
- RUSCONI, Gian Enrico (1995): “Resistenza e postfascismo” (Bologna, Il Mulino).
- SCHAUER, Frederick (1991): “Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based-Decision-Making in Law and in Life”, Oxford University Press, New York, trad. it. “Le regole del gioco. Un’analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana” (Bologna, Il Mulino).

- SCURATI, Antonio (2023): “Fascismo e populismo. Mussolini oggi” (Firenze, Bompiani).
- SERUGHETTI, Giorgia (2021): “Il vento conservatore. La destra populista all’attacco della democrazia”, Bari-Roma, Laterza).
- SKOCPOL, Theda - SOMERS, Margaret (1980): “The Uses of Comparative History in Macrosocial Inquiry”, in *Comparative Studies in Society and History*, XXII, pp. 174-197.
- SORRENTI, GIUSI (2006): “L’interpretazione conforme a Costituzione” (Milano, Giuffrè).
- SPAGNOLO, Giuseppe (1979): “Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 318-333.
- SPENA, Alessandro (2016): “La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello *hate speech*”, in *Criminalia*, pp. 577-607.
- STERNHELL, Zeev - SZNAJDER, Mario - ASHÉRI, Maia (2008): “Nascita dell’ideologia fascista” (Milano, Baldini Castoldi dalai).
- SUNSTEIN, Cass R. (2003): “Why Societies Need Dissent” (Cambridge, Cambridge University Press).
- TAGUIEFF, Pierre-André (2015): “La revanche du nationalisme. Néopopulistes et xénophobes à l’assaut de l’Europe”, (Paris, Presses Universitaires de France)
- TARANTINO, Dora (2020): “Diritto penale e “culto del littorio”. La repressione dell’uso di simboli fascisti tra *ius conditum* e *ius condendum*”, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, n. 1, pp. 248 e ss.
- TARCHI, Marco (2003): “Fascismo. Teorie, interpretazioni e modelli” (Bari, Laterza).
- TASCA, Angelo (1950): “Nascita e avvento del fascismo” (Firenze, La Nuova Italia).
- TESAURO, Alessandro (2013): “Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista” (Torino, Giappichelli).
- TILLY, Charles (1984): “Big Structures, Large Processes, Huge comparisons” (New York, Russell Sage Foundation).
- TOGLIATTI, Palmiro (1970): “Lezioni sul fascismo” (Roma, Editori Riuniti).
- TRAVERSO, ENZO (2005): *Il passato: istruzioni per l’uso. Storia, memoria, politica* (Verona, Ombre Corte).
- TRAVERSO, ENZO (2017): “I nuovi volti del fascismo” (Verona, Ombre Corte).
- VIDAL-NAQUUET, Pierre (2008): “Gli assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah” (Roma, Viella).
- VINCIGUERRA, Sergio (1967): voce “Fascismo (sanzioni contro il)”, *Enciclopedia del diritto*, XVI (Milano, Giuffrè), pp. 902-926.
- VIVARELLI, Roberto (1991): “Storia delle origini del fascismo” (Bologna, Il Mulino).
- WOLFF, Robert Paul - MOORE, Barrington Jr. - MARCUSE, Herbert (1968): “Critica della tolleranza” (Torino, Einaudi).

# A Critical Analysis of the “New” ‘Ergastolo Ostativo’ in Light of ECTHR’s Jurisprudence\*

*Un'analisi critica del "nuovo" ergastolo ostativo  
alla luce della giurisprudenza della Corte EDU*

*Un análisis crítico de la nueva “prisión perpetua optativa”  
a la luz de la jurisprudencia del TEDH*

FRANCESCO SACCOLITI

*PhD Candidate at University of Macerata in Global Studies, Institutions, Rights and Democracy  
f.saccoliti@unimc.it*

LIFE IMPRISONMENT,  
ORGANIZED CRIME,  
FUNDAMENTAL RIGHTS

ERGASTOLO,  
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA,  
DIRITTI FONDAMENTALI

CADENA PERPETUA,  
CRIMINALIDAD ORGANIZADA,  
DERECHOS FUNDAMENTALES

## ABSTRACTS

Few years after the European Court of Human Rights' (ECtHR) ruling in *Viola v. Italy*, which declared the Italian life imprisonment under section 4-bis of the Prison Administrative Act incompatible with Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) –, the Italian legislator reformed the regulatory framework of ‘ergastolo ostativo’, by enacting Law 199/2022. However, the legislator seems to not have correctly implemented the principles enshrined in the Convention. Indeed, the present work seeks to evaluate the extent to which the new ‘ergastolo ostativo,’ as reformed by Law 199/2022, is compatible with Article 3 of the ECHR. The present study, through a critical analysis of the relevant ECtHR case law and doctrine on the matter, will show how the current formulation of Article 4-bis can raise no few challenges to the ECHR. Hence, this work, after a preliminary analysis of the primary ECtHR jurisprudence on life imprisonment, highlights the need to reconsider the new regulatory framework of ‘ergastolo ostativo’ in order to ensure the compliance with the principles enshrined in the Convention.

Pochi anni dopo la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) nella causa *Viola v. Italia* – che ha dichiarato incompatibile con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) l'ergastolo ostativo sensi dell'articolo 4-bis dell'ordinamento Penitenziario – il legislatore italiano ha riformato il quadro normativo dell'ergastolo ostativo, con la legge 199/2022. Questi, tuttavia, non sembra aver attuato correttamente i principi stabiliti dalla Convenzione ed elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il presente lavoro, quindi, si pone l'obiettivo di indagare se e in quale misura il nuovo ergastolo ostativo, come riformato dalla legge 199/2022, sia compatibile con l'articolo 3 della CEDU. Tramite un'analisi critica approfondita delle nuove disposizioni in materia di ergastolo ostativo alla luce della dottrina e giurisprudenza della Corte EDU in materia, il presente lavoro mostrerà come l'attuale formulazione dell'articolo 4-bis sollevi non pochi dubbi di legittimità con riferimento alla CEDU. Pertanto, dopo un esame preliminare della giurisprudenza primaria della Corte EDU in materia di ergastolo, la presente ricerca evidenzia la necessità di riconsiderare il nuovo quadro normativo dell'ergastolo ostativo al fine di garantire la tutela dei principi sanciti dalla Convenzione.

\* The author wishes to thank Professor Laura Peters, LL.M. thesis supervisor from University of Groningen, as well as the two anonymous referees for their insightful comments. All errors remain mine.

Pocos años después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Viola v. Italia*, que declaró la prisión perpetua italiana, prevista en el artículo 4-bis de la Ley Penitenciaria, incompatible con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el legislador italiano reformó la regulación de la “prisión perpetua optativa”, mediante la promulgación de la Ley 199/2022. Sin embargo, el legislador parece no haber aplicado correctamente los principios consagrados en el Convenio. En efecto, el presente trabajo pretende evaluar si la nueva “prisión perpetua optativa”, tal y como ha sido reformada por la Ley 199/2022, es compatible con el artículo 3 del CEDH. A través de un análisis crítico de la jurisprudencia y doctrina del TEDH relevantes en la materia, se mostrará cómo la actual regulación del artículo 4-bis puede plantear no pocos desafíos al CEDH. De ahí que en este trabajo, tras un análisis preliminar de la jurisprudencia del TEDH sobre la prisión perpetua, se pondrá de manifiesto la necesidad de reconsiderar el nuevo marco normativo de la “prisión perpetua optativa”, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios consagrados en el Convenio.

## SOMMARIO

1. Introduction. – 2. Article 3 ECHR: principles on life imprisonment. – 2.1. The prospect of release and the possibility of a review: the de facto and de jure reducibility of whole life sentences. – 2.2. The legitimate penological grounds. – 2.3. The role of rehabilitation and the right to hope. – 2.4. The review of the sentence: general conditions. – 2.5. The presidential pardon. – 2.6. The timing of the review: the twenty-five years criteria. – 3. The evolution of the regulatory framework of *ergastolo ostativo*: an overview. – 4. *Viola v. Italy*: a brief analysis. – 4.1. The case. – 4.2. The decision of the Court. – 5. After *Viola*: the reaction of the Italian Constitutional Court. – 6. The new Article 4-bis O.P.: the possible challenges to article 3 ECHR. – 6.1. The fulfillment of civil obligations and pecuniary damage caused by the crime or the proof of the impossibility to do so. – 6.2. The 'additional, specific and different elements': the inversion of the burden of proof. – 6.3. The timing of the review. – 7. Need for urgent reforms: some recommendations to the legislator. – 7.1. Set a different evidentiary regime for non-collaborative prisoners on the basis of the prison benefit requested. – 7.2. (Re)introduce a more simplified evidentiary regime for prisoners who did not collaborate because of their limited participation in the offence. – 7.3. Giving more value to the rehabilitation path and to prisoner's redemption. – 7.4. Lower the timing required for the review of the sentence from thirty to twenty-five years. – 8. Concluding remarks.

# 1. Introduction.

Until October 2022, Article 4-bis (*ergastolo ostativo*) of the Prison Administrative Act<sup>1</sup> (hereinafter O.P.) provided that the prisoners convicted for particularly serious crimes, such as mafia offences and terrorism, could only be granted special prison benefits upon request if they cooperated with the judicial system. In other words, should a convicted prisoner for one of the offences listed in Article 4-bis O.P. had not cooperated with judicial authorities,<sup>2</sup> he or she would not have been eligible for parole or other beneficial treatments, such as the possibility to obtain temporary release, alternative measures to detention, or to work outside the prison.

In the case *Viola v. Italy* (n.2)<sup>3</sup> the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) highly criticized the approach of Article 4-bis O.P., as formulated before the enactment of reform in 2022.<sup>4</sup> More specifically, the ECtHR considered that the absolute presumption set forth by the provision prevented the competent court from reviewing the application for conditional release and whether the applicant had made progress towards rehabilitation that the detention could no longer be justified on legitimate penological grounds. The Court ultimately found the violation of Article 3 European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) claiming that *ergastolo ostativo*, as provided by the law in force at that time, drastically limited both the prospect of release of the prisoner and the possibility of a review.

On October 2022, three years after *Viola v. Italy*, the Italian Government, with Law Decree D.L. 162/2022, converted into law L. 199/2022, reformed the legislative framework of the *ergastolo ostativo*. Nevertheless, the Law poses no few problems with regard to the compatibility of the new formulation of *ergastolo ostativo* with the principles enshrined in the ECHR.

Indeed, the following section (section 2) will delve into the analysis of the foundational principles enshrined in Article 3 of the ECHR, shedding light on the main principles on life imprisonment elaborated by the European Court of Human Rights. This will serve as the theoretical framework for the subsequent critical analysis of the current legislative framework of *ergastolo ostativo*. Subsequently, a brief historical analysis will be conducted in order to trace the development of the legislative framework of *ergastolo ostativo* (section 3). Hence, this section aims to provide context in order to understand the legal dynamics that have shaped the Italian approach to *ergastolo ostativo*. Then, the focus will shift toward the analysis of *Viola v. Italy* (section 4), a critical point of reference for understanding legislative framework of *ergastolo ostativo*. Section 5 will, in brief, scrutinize the reaction of the Italian Constitutional Court to *Viola v. Italy*. Ultimately, section 6 will propose some recommendations for the Italian legislator, with the aim of aligning the current regulatory framework of *ergastolo ostativo* with

<sup>1</sup> Law July 26, 1975 n. 354 (Norme sull'Ordinamento Penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà).

<sup>2</sup> According Article 58-ter O.P. to effectively cooperate with law enforcement and judicial authorities means to make efforts to prevent the criminal activity from being carried to further consequences or concretely assist the police or judicial authority in gathering decisive elements for the reconstruction of the facts and for the identification or capture of the perpetrators of the crimes.

<sup>3</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019)

<sup>4</sup> Law December 30, 2022 n. 199.

international human rights standards and principle elaborated by the ECtHR.

## 2.

### Article 3 ECHR: principles on life imprisonment.

Article 3 ECHR is considered to be one of the core rights of the Convention and ‘one of the fundamental values of democratic societies’,<sup>5</sup> Together with Article 2, the right to life represents one of the most important pillars within the context of human rights. In fact, under no circumstance is a derogation possible (*jus cogens*),<sup>6</sup> not even in case of public danger,<sup>7</sup> regardless of the nature of the offence committed.<sup>8</sup>

Although very clear in its formulation, Article 3 gave rise to a proliferation of case law by the ECtHR,<sup>9</sup> aimed at assessing whether life imprisonment<sup>10</sup> is in violation of the Convention. On the one hand, the Convention does not expressly prohibit the imposition of life sentences on Contracting States. However, on the other hand, it is self-evident that such a form of punishment poses not few concerns with regard to human rights. Particularly, the judgments rendered by the ECtHR concern claims alleging both degrading treatment and an incompatibility with the human dignity of whole-life sentences.

In accordance with Article 3, ‘no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment’. In particular, torture was defined by the European Commission on Human Rights in the *Greek Case* as ‘an inhuman treatment which has a purpose such as the obtaining of information or confessions, or the infliction of punishment and it is generally an aggravated form of inhuman treatment’.<sup>11</sup> Inhumane are all treatments that cause not only physical but also mental unjustifiable severe suffering. Of course, not all ill treatments can be labeled as inhumane treatments. As the Court stated in *Gäfgen v. Germany*, ‘in order for an ill-treatment to fall within the scope of Article 3, it must attain a minimum level of severity’<sup>12</sup> meaning that it requires a sufficient degree of suffering or infliction of pain. Such minimum level of severity is assessed, as the Court recalled, having regard to the circumstances of the case, such as the duration of such treatment, and the mental and/or physical effect produced.<sup>13</sup> To assess whether an ill-treatment can be classified as torture two conditions have to be met: 1) there must be a severe treatment, causing a very serious and cruel suffering; 2) such severe pain must be inflicted with the aim of obtaining information, inflicting punishment, or intimidating.<sup>14</sup>

Whereas, a degrading treatment can be classified as a punishment or other treatment aimed at degrading or ‘grossly’ humiliating a person in front of another individual, including treatments that compel the victim to act against his will.<sup>15</sup> As it can be inferred, it is very difficult to draw a line between degrading treatment and treatments that fall outside the scope of the Convention. This difficulty is mainly due to the crucial role that the subjective element of torture – namely how the victim perceives the treatment –, plays in the definition of the offence.<sup>16</sup>

As above mentioned, the challenges to Article 3 ECHR arise specifically with regard to the claim of inhumane and degrading treatment of whole-life sentences. Because of the extremely intrusive nature of such punishment, the ECtHR elaborated a set of criteria that have to be fulfilled in order for a life sentence to fall under the scope of Article 3 ECHR. Indeed, in the following paragraphs, the main principles of life imprisonment elaborated by the ECtHR will be examined, through an accurate analysis of the relevant Court’s jurisprudence on the issue.

<sup>5</sup> *Saadi v Italy*, App no 37201/06, para 127 (ECtHR, 28 February 2008).

<sup>6</sup> Article 15(2) ECHR.

<sup>7</sup> *Ireland v the United Kingdom*, App no 5310/71, para 1631 (ECtHR, 8 January 1978): ‘(...) there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (...)’.

<sup>8</sup> *Indelicato c Italie*, App no 31143/96 (ECtHR, 18 October 2001), para 30; ‘(...) La nature de l’infraction qui était reprochée au requérant est donc dépourvue de pertinence pour l’examen sous l’angle de l’article 3’.

<sup>9</sup> DUFFY (1983), p. 316.

<sup>10</sup> Life imprisonment has been defined as a form of punishment pursuant to which a prisoner, as a result of a criminal conviction, is detained for his entire life see SMIT D. and APPLETON C. (2019), p. 35.

<sup>11</sup> The Greek Case (1969) 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights 186.

<sup>12</sup> *Gäfgen v Germany* App. no 22978/05 (ECtHR, 1 June 2010) para 88.

<sup>13</sup> *Jalloh v Germany* App. no 54810/00 (ECtHR, 17 July 2006) para 67.

<sup>14</sup> *Gäfgen v Germany* App. no 22978/05 (ECtHR, 1 June 2010) para 63.

<sup>15</sup> Directorate of Human Rights Council of Europe, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 12 (Springer Dordrecht, 1969) 186.

<sup>16</sup> RODLEY N. and POLLARD M. (2015), p. 94.

As a preliminary notion, the Court has always stressed that only States are competent to design penal policies and to establish the conditions for the sentences' review mechanisms. Nevertheless, the Court constantly reminded that such policies must be implemented in light of the principles of the Convention.

As well described by the Chamber in the *Vinter* case,<sup>17</sup> there are three different types of life sentence: 1) a life sentence that provides the eligibility of release after having served a part of it; 2) a life sentence required by the law that does not contain any provision concerning the possibility for parole which requires a judicial decision in order to be imposed; 3) a life sentence without the possibility of parole imposed by a judge who has no discretion as to whether impose it or not.<sup>18</sup> The Chamber, as reported by the Court in *Vinter*, found that no issue arise with regard to the first type of sentence. The most problematic types of whole-life sentences are undoubtedly the second and the third. Indeed, the focus of the ECtHR's judgments that will be analyzed in the following lines primarily concerns these two types of life sentences.

In the first place, as previously mentioned, and as recalled several times by the ECtHR, the imposition of a life sentence on adults is not *per se* contrary to the scope of the Convention.<sup>19</sup> Nevertheless, the Court found that, because a life sentence without parole may raise issues with regard to the compatibility with Article 3,<sup>20</sup> minimum guarantees have to be met when imposing such a form of punishment.

## 2.1.

### *The prospect of release and the possibility of a review: the de facto and de jure reducibility of whole life sentences.*

According to the Court, in order for a life sentence to be compatible with Article 3 ECHR, there must be a prospect of release<sup>21</sup> and a possibility of a review.<sup>22</sup> This means that, when evaluating the compatibility of life imprisonment to Article 3, the attention must be focused on finding whether there is any hope for the prisoner to be released.<sup>23</sup> And such a requirement is met when the sentence is *de jure* and *de facto* reducible. With the wording '*de jure*' the Court intended to say that in domestic systems must exist a norm that expressly provides for an effective mechanism of review of the sentence. Whereas '*de facto*' has been interpreted as meaning that the prisoner must not be deprived of a concrete prospect of release. In other words, 'the prospect of release must exist in concrete terms',<sup>24</sup> namely there must be a 'genuine possibility of release'.<sup>25</sup> Nevertheless, as highlighted by the Court in *Kafkaris*, the Convention does not grant persons serving life sentences the right to early release, nor the right to the termination or remission of the sentence through an administrative or judicial review.<sup>26</sup>

Indeed, as it can be observed, the concept of reducibility of a life sentence appears to be strictly related to the concept of (early) release, which is itself subordinate to the existence of a review mechanism. Accordingly, the presence of a provision under national law that allows the judge to at least take into account the possibility of an early release is to be considered a crucial factor when the compatibility of a life sentence to the Convention is assessed.<sup>27</sup> In this regard, it is interesting to note how the Court in *Kafkaris* affirmed that the existence of such a provision should be only considered as a crucial factor that has to be taken into account, rather than decisive criteria for assessing whether there has been a violation of Article 3.<sup>28</sup>

<sup>17</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013).

<sup>18</sup> *Ibid* para 84.

<sup>19</sup> *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008) para 97 and references cited therein.

<sup>20</sup> See generally, *Nivette v France* App no 44190/98 (ECtHR, 3 July 2001); *Einhorn v France* App no 71555/01 (ECtHR, 16 October 2001); *Stanford v the United Kingdom* App no 16756/90 (ECtHR, 23 February 1994).

<sup>21</sup> *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008) para 97 para 98.

<sup>22</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 110

<sup>23</sup> *Iorgov v Bulgaria (no 2)* App no 36295/02 (ECtHR, 2 September 2010) para 49.

<sup>24</sup> *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008) para 97 Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann and Jebens, para 2.

<sup>25</sup> *Ibid*.

<sup>26</sup> *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008) para 99.

<sup>27</sup> *Ibid*.

<sup>28</sup> VIGANÒ F. (2012), p. 3.

## 2.2. *The legitimate penological grounds.*

All the above mentioned is not to say that a sentence that must be served in full is *per se* contrary to the scope of Article 3.<sup>29</sup> In fact, a prisoner might be obliged to serve the full sentence if, after having been considered for (early) release, he is refused 'on the ground that he or she continued to pose a danger to society'.<sup>30</sup> In this regard, the Court recalled that States have the obligation to take measures for the protection of society from violent crimes.<sup>31</sup> For this purpose, it might be necessary to impose an indeterminate (life) sentence that entails a continued detention of the dangerous prisoner.<sup>32</sup> Hence, it is enough that the sentence is *de jure* and *de facto* reducible, meaning that national law must provide for a review mechanism aimed at finding whether the changes and the progress in the life of the prisoner are so significant, that detention can no longer be justified on 'legitimate penological grounds'.<sup>33</sup> A detention can be considered to be justified on legitimate penological grounds when its primary aim(s) is/are either punishment, deterrence, public protection, or rehabilitation.<sup>34</sup> Should at least one of these 'penological grounds' not be present at the time when a life sentence is imposed, a prisoner cannot be lawfully and legitimately detained.<sup>35</sup> Of course, as the Court noted in *Vinter*, such penological grounds, on which the detention must be justified, may change throughout the course of the sentence. Thus, for this reason, it is crucial to carry out 'the review of the justification for continued detention at an appropriate point in the sentence that these factors or shifts can be properly evaluated'.<sup>36</sup>

## 2.3. *The role of rehabilitation and the right to hope.*

The Court noted that within the European penal policy, much more emphasis has been placed on rehabilitation and reintegration. These two facts have both become two crucial penological grounds that Contracting States have to take into consideration while implementing their penal policies.<sup>37</sup> On the other hand, it has been pointed out that the Convention itself does not guarantee *per se* a right to rehabilitation of the prisoners. Hence, Article 3 cannot be interpreted as imposing an absolute duty for prison authority to engage prisoners in rehabilitative and social reintegrative programs and activities.<sup>38</sup> However, the Court stressed that Article 3 has to be interpreted as requiring those authorities to give life sentence prisoners not only 'a chance, however remote, to someday regain their freedom, but also a real opportunity to rehabilitate themselves', in order to make that chance 'genuine and tangible'.<sup>39</sup> Indeed, depriving a whole-life prisoner of his freedom, without giving him any possibility of rehabilitation nor the 'chance to regain that freedom at some future date' would be incompatible with human dignity and would entail a degrading punishment contrary to the scope of the Convention. In other words, a prisoner convicted of life term imprisonment must be guaranteed the so-called 'right to hope',<sup>40</sup> namely the right 'to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions'<sup>41</sup>. In fact, the knowledge of the conditions for release allows prisoners to properly work on the pathway toward rehabilitation and

<sup>29</sup> *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008), para 98; *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 108.

<sup>30</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 108.

<sup>31</sup> *Osman v the United Kingdom* App no 23452/94 (ECtHR, 28 October 1998) para 115.

<sup>32</sup> *Dickson v the United Kingdom* App no 44362/04 (ECtHR, 4 December 2007) para 75; *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 108; *T v the United Kingdom* App no 24724/94 (ECtHR, 16 December 1999), para 97; *V v the United Kingdom* App no 24888/94 (ECtHR, 16 December 1999), para 98.

<sup>33</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 119.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para 111.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Dickson v the United Kingdom* App no 44362/04 (ECtHR, 4 December 2007), para 75; See also *Harakhiev and Tolunov v Bulgaria* App no 15018/11, 61199/12 (ECtHR, 8 July 2014) para 243-246; *Khoroshenko v Russia* App no 41418/04 (ECtHR, 30 June 2015) para 121.

<sup>38</sup> *Harakhiev and Tolunov v Bulgaria* App no 15018/11, 61199/12 (ECtHR, 8 July 2014), para 264.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 122: '(...) who commit the most abhorrent and egregious of acts and who inflict untold suffering upon others, nevertheless retain their fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, someday, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and, to do that, would be degrading'. (Concurring opinion of Judge Power-Forde).

<sup>41</sup> *Ibid.* para 122.



social reintegration.<sup>42</sup> The Court stressed the importance of the rehabilitative principle also in *Dickson* where it clearly showed support for the principle of progression, according to which the more advanced the sentencing stage, more room should be given to rehabilitation, and less to retribution.<sup>43</sup>

Thus, it is possible to infer that the concepts of ‘right to hope’, rehabilitation, and social reintegration are interrelated as each of them strives for the protection of the human dignity of whole-life prisoners. Precisely, what links human dignity to the right to hope is the concept of the right to personal development that must be ensured for the convicted prisoner.<sup>44</sup> In light of what has been said so far, it can be concluded that aiming at the rehabilitation of the prisoner without giving him the right to hope or provide of the possibility of a review without a path toward rehabilitation, would be irrational<sup>45</sup> and contrary to the principles enshrined in the Convention.

## 2.4.

### *The review of the sentence: general conditions.*

It has to be reminded that is not the Court’s task to establish the form and timing in which the review should take place, as this is left to the discretion of Contracting States.<sup>46</sup> Contrarily, the Court’s main task is to make sure that domestic law of Contracting States provides for the possibility of such review and sanction the States where whole life sentences do not meet the standards of Article 3 of the Convention, namely where such review mechanisms are absent.<sup>47</sup> Should domestic law not provide any mechanism or possibility of reviewing a whole life sentence, Article 3 is to be considered violated from the moment of the imposition of such a sentence.<sup>48</sup> States are not only required to provide a review mechanism under their national law, but they must make clear under what conditions a whole-life prisoner might be taken into account for release.<sup>49</sup> Indeed, where an ‘objective, pre-established criteria of which the prisoner [have] precise cognizance at the time of imposition of the life sentence’ is lacking, a violation of Article 3 for the inadequacy of a sentence review mechanism would occur.<sup>50</sup>

In sum, the review mechanism, in order to be compliant with Article 3 ECHR must follow the following principles, as pointed out by Judge Pinto Albuquerque in his partly dissenting opinion in the case *Murray v. the Netherlands*:<sup>51</sup>

- 1) The principle of legality (“rules having a sufficient degree of clarity and certainty,” “conditions laid down in domestic legislation”);
- 2) The principle of the assessment of penological grounds for continued incarceration, on the basis of “objective, pre-established criteria,” which include resocialization (special prevention), deterrence (general prevention), and retribution;
- 3) The principle of assessment within a pre-established time frame and, in the case of life prisoners, “not later than 25 years after the imposition of the sentence and thereafter a periodic review”;
- 4) The principle of fair procedural guarantees, which include at least the obligation to give reasons for decisions not to release or to recall a prisoner;
- 5) The principle of judicial review.

## 2.5.

### *The presidential pardon.*

At this point, the following question should be addressed: is the sole possibility under the national law of adjustment of a life sentence through presidential pardon or clemency sufficient for the purpose of Article 3 ECHR? In this regard, the Court found no violation of the

<sup>42</sup> MINERVINI G. (2020), p. 244.

<sup>43</sup> *Dickson v the United Kingdom* App no 44362/04 (ECtHR, 4 December 2007), para 28.

<sup>44</sup> SMIT D. and APPLETON C. (2019), p. 298.

<sup>45</sup> MINERVINI G. (2020), p. 225.

<sup>46</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 120.

<sup>47</sup> *Ibid*, para 121.

<sup>48</sup> *Ibid*, para 122.

<sup>49</sup> *Ibid*.

<sup>50</sup> *Trabelsi v Belgium* App no 140/10 (ECtHR, 4 September 2014), para 137.

<sup>51</sup> Partly dissenting opinion, Judge Pinto de Albuquerque, *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para 52.

Convention when such possibility is given only in the form of pardon/commutation of the President,<sup>52</sup> or it is subject only to the discretion of the Head of State.<sup>53</sup> However, where the mere provision of presidential clemency under domestic law is completely detached from any assessment concerning the eligibility for release on parole, such provision would be in contrast with the Convention. In fact, it would not allow prisoners to know under what conditions they might be considered for release.<sup>54</sup> And this is even more evident where the provisions concerning presidential clemency are extremely vague,<sup>55</sup> or where there is no obligation for the President to motivate the decisions on clemency.<sup>56</sup>

## 2.6.

### *The timing of the review: the twenty-five years criteria.*

Until 2011, the ECtHR's case law on life imprisonment had primarily concerned the nature of such punishment. Only after 2011, had the Court started to also examine issues regarding the duration of the imprisonment. Be as it may, throughout the course of the years, the Court has always highlighted that it is not the Court's task to establish neither the appropriate length of detention nor the timing in which the review should take place.<sup>57</sup> Nevertheless, the Court, in the last fifteen years, tried to interpret the cases at issue in light of the comparative and international law practice of the Contracting States. Very peculiar, and different from the *post-Vinter* scenario, is the *Törköly* case where the Court found that a prisoner who would become eligible for conditional release after forty years of imprisonment constituted 'a distant but a real possibility'.<sup>58</sup> Contrarily, in 2016 and in 2021, respectively in *T.P. and A.T. v. Hungary*<sup>59</sup> and *Sandor Varga and others v. Hungary*,<sup>60</sup> the Court found that the possibility of parole after forty years of imprisonment is incompatible with the meaning of Article 3 ECHR.

Indeed, it is clear that from *Vinter* onwards, the Court has been sufficiently consistent in remarking the comparative and international support for a review mechanism capable of being activated no later than twenty-five years after the imposition of a life sentence, 'with periodic review thereafter'.<sup>61</sup> In support of this argument, the Court in *Vinter* cited, *ex multis*, the provision under the International Criminal Court's Statutes, which is considered to set international standards, where Article 110(3) provides that the review of a sentence shall not be conducted before the prisoner convicted to life imprisonment has served at least twenty-five years of the sentence. Interestingly, this European and international trend, namely the (potential) release after having served twenty-five years of the sentence, according to Van Zyl Smit and Appleton, certifies the European and International attention to the right of the prisoner to resocialization.<sup>62</sup>

For instance, the Court found no violation of Article 3 in *Čačko* where the domestic law at issue provided for the possibility for a whole-life prisoner to be conditionally released after having served twenty-five years of his term.<sup>63</sup> Analogously, in *Bodein* the Court considered the applicant's sentence to be in compliance with the criteria established in *Vinter*, as he was eligible to apply for release twenty-six years after the imposition of the life sentence, even though under domestic law the review was possible after 30 years' incarceration, well beyond the abovementioned international supported standards. In this regard, the Court clarified that the timing for the review mechanism should be calculated from the imposition of the sentence and not from the very first incarceration, which it might take place before any judgment is rendered as a security measure. Hence, as a general principle, it can be said that a period of

<sup>52</sup> *Iorgov v Bulgaria (no 2)* App no 36295/02 (ECtHR, 2 September 2010), para 51-60.

<sup>53</sup> *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008), para 103.

<sup>54</sup> *László Magyar v Hungary* App no 73593/10 (ECtHR, 20 May 2014), para 58.

<sup>55</sup> *Trabelsi v Belgium* App no 140/10 (ECtHR, 4 September 2014), para 133-138. For instance, in the case of *Petukhov*, domestic law provided that presidential clemency could have been granted in 'exceptional and extraordinary circumstances', without specifying what those terms meant (*Petukhov v Ukraine (no 2)* App no 41216/13 ECtHR, 12 March 2019 para 173).

<sup>56</sup> *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para 100.

<sup>57</sup> See, *ex multis*, *T v the United Kingdom* App no 24724/94 (ECtHR, 16 December 1999), para 117; *V v the United Kingdom* App no 24888/94 (ECtHR, 16 December 1999), para 118; *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 105.

<sup>58</sup> *Törköly v Hungary (dec)* App no 4413/06 (ECtHR), p. 5.

<sup>59</sup> See generally, *T.p and A.t v Hungary* App no 37871/14, 73986/14 (ECtHR, 4 June 2016).

<sup>60</sup> *Sandor Varga and others v Hungary* App no 39734/15, 35530/16 and 26804/18 (ECtHR, 17 June 2021).

<sup>61</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 120; *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para 99; *Hutchinson v. The United Kingdom* App no 57592/08 (ECtHR, January 17 2017), para 69.

<sup>62</sup> SMIT D. and APPLETON C. (2019), p. 216.

<sup>63</sup> *Čačko v Slovakia* App no 49905/08 (ECtHR, 22 July 2014), para 77.

about twenty-five years or less, which run from the moment in which the life sentence is imposed, is sufficient to consider a life sentence as reducible.<sup>64</sup>

### 3. The evolution of the regulatory framework of *ergastolo ostativo*: a brief overview.

Article 4-bis was introduced with the enactment of Law n. 354 of 1975. The aim of such provision was to set stricter conditions for access to alternative measures to detention by the prisoner convicted for organized crime. In its original formulation, Article 4-bis O.P. provided a double-gradient system,<sup>65</sup> where the relevant offences were divided into two groups. For prisoners convicted for the offences listed in the first group, which were related to organized crime, access to alternative measures to detention was subject to the acquisition of evidence capable of excluding any link with organized crime. Whereas, for those who were convicted for the offences listed in the second group – which were not related to organized crime but were still classified as “particularly serious” –, the access to alternative measures and to the prison benefits was subject to the mere objective assessment of ongoing links with criminal organizations.

In 1992, Article 4-bis O.P. was tightened even more after judge Giovanni Falcone, together with his wife and the police escort agents, was killed in a brutal bombing attack carried out by *Cosa Nostra* on the 23<sup>rd</sup> of May 1992 in Sicily, also known as Capaci bombing (*Strage di Capaci*). This terror attack triggered a series of legislative reforms, aimed at contrasting the mafia phenomenon, which drastically changed the world of anti-mafia law and legislation. Hence, Law Decree n. 306 of 1992, converted into Law n. 356 on August 1992, harshened even more the penalty treatment for those convicted to mafia offences, with the aim of ensuring general prevention and public safety.<sup>66</sup> For those crimes, and for the above-mentioned first set of offences,<sup>67</sup> it was provided that temporary releases, the release on parole, the possibility to work outside the prison, and the alternative measure to detention, excluding the early release (*liberazione anticipata*), could have been granted only to those who “effectively” collaborate with judicial authorities in accordance with Article 58-ter O.P., except where the collaboration was considered to “impossible” or “irrelevant”, as long as there were elements from which to infer the termination of any links with the criminal organization. According to Article 58-ter O.P. to “effectively” collaborate meant, and still means, either to work with the aim to avoid the continuation of a criminal activity or to help law enforcement or judicial authorities in the acquisition of elements crucial for the recollection of the facts and for the identification or capture of the offenders. Such collaboration was the only mean for proving the termination of the links with criminal organizations<sup>68</sup> and for disrupting the presumption of social dangerousness. It was in this peculiar context that was born what scholars will subsequently address as *ergastolo ostativo*. As pointed out by some scholars, in essence, *ergastolo ostativo* is a penalty that, on the basis of an absolute presumption *ex lege* of social dangerousness of the (non-collaborative) prisoner – who was presumed to be still linked with the original criminal organization<sup>69</sup> –, excluded the possibility of any reintegration in the society whatsoever.<sup>70</sup>

Then, in 1993 the Constitutional Court ruled the unconstitutionality of the “automatism” *ex* Article 4-bis O.P., as in contrast with the rehabilitation principle enshrined in Article 27 of the Italian Constitution. In particular, the Court criticized the norm in the extent to which it provided that the lack of collaboration was sufficient *per se* to presume the social dangerousness of the prisoner. In the following years, the legislator intervened with a series of legislative reforms with the aim of expanding the scope of application of Article 4-bis O.P.. Some of

<sup>64</sup> *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para 99; *Vella v Malta (dec)* App no 14612/19 (ECtHR, 27 February 2018), para 19.

<sup>65</sup> See also C. Cost., sent. n. 253/2019, para 7.1.

<sup>66</sup> C. Cost., sent. n. 306/1993, para 9.

<sup>67</sup> The crimes of mafia-type associations, the crimes committed for the purposes of terrorism or subversion of the constitutional order; the crimes *ex* Article 630 c.p. and those referred to in Article 74 of the D.P.R. 309/1990.

<sup>68</sup> Commissione Parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere L. 99/2018, “Relazione sull’istituto di cui all’articolo 4-bis della legge n.345 del 1975 in materia di Ordinamento Penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n.235 del 2019 della Corte Costituzionale”, Doc. XXIII n.3.

<sup>69</sup> PACE L. (2015), p. 3. See also, C. Cost., sent. n. 253/2019, para 7.1.

<sup>70</sup> DOLCINI E. (2021), p. 7.

the most significant changes were introduced by Law 279/2002 and by Legislative Decree n. 11 of 2009 that moved respectively terrorist and sexual offences<sup>71</sup> from the second to the first group. Further, in 2019 the range of offences within the scope of Article 4-bis was additionally widened with Law n. 3 of 2019 (also known as *Spazzacorrotti*) that included in the first group of Article 4-bis O.P. also the offences against Public Administration.<sup>72</sup>

After continuous legislative reforms and several judgments of the Constitutional Court,<sup>73</sup> in 2019 the ECtHR, in *Viola v. Italy*,<sup>74</sup> intervened again on the matter by harshly criticizing the legislative framework in force back then. Before examining in detail the decision of the Italian Constitutional Court, it seems appropriate to analyze first the ECtHR's ruling of *Marcello Viola v. Italy*.

## 4. Viola v. Italy.

On June 2019 the Grand Chamber of the ECtHR in *Viola v. Italy* rendered a decision concerning the compatibility of Article 4-bis of the Italian Prison Administration Act L. 354/1975 (hereinafter P.A.) with Article 3 ECHR. The case dealt with the reducibility of a life sentence imposed on a person who was found guilty of crimes committed within the context of a mafia criminal organization. This type of life sentence (also commonly referred to as *ergastolo ostativo*), before the reform enacted in November 2022 provided, as described in Chapter 1, that a prisoner convicted for particularly serious offences, such as Mafia offences or terrorism, could not be eligible for release on parole or other beneficial treatments, such as the possibility to work outside the prison and alternative measures to detention, unless he did cooperate with law enforcement, except for the hypothesis that such collaboration was considered to be 'impossible' or 'irrelevant'. The Grand Chamber ultimately found that this type of life imprisonment was in violation of Article 3 ECHR, as the applicant's sentence was *de facto* irreducible.

### 4.1. The case.

The judicial development of this case is particularly complex. In the following lines, we will try to point out the relevant facts that led the applicant to file an appeal to the ECtHR. In the first place, it has to be highlighted that the applicant was convicted several times by different courts. The first trial was held between 1990 and 1992 at the end of which the Court of Assize of Appeal of Reggio Calabria in 1999 convicted Mr. Viola to twelve years of imprisonment. In the second trial, also known as the 'Taurus Trial', he was convicted to life imprisonment again by the Court of Assize of Appeal of Reggio Calabria in 2002. In both trials, the applicant was convicted for having committed several crimes, including the crime *ex* Article 416-bis Italian Criminal Code (*associazione di stampo mafioso*).<sup>75</sup> Then, he was subject to the special detention regime 41-bis O.P. between 2000 and 2006, until the *Tribunale di Sorveglianza* revoked such measure in 2006. Subsequently, later in the years, he filed two requests for the obtainment of a temporary release (*permesso premio*), which were both rejected respectively in 2011 and in 2015. Simultaneously, in 2015, Mr. Viola presented also a request for release on parole (*liberazione condizionale*) *ex* Article 176 c.p. to the *Tribunale di Sorveglianza* of L'Aquila. As grounds, he claimed the good behavior taken in prison, and the absence of links with criminal organizations, alleging also the unconstitutionality of Article 4-bis O.P. for contrasting both

<sup>71</sup> Only the most serious sexual offences such as child prostitution and sexual violence.

<sup>72</sup> It is interesting to note that these last legislative reforms seem to have made collaboration fall outside its original scope, since it is unreasonable to think that sexual offences and crimes against Public Administration can be said to be directly linked to organized crime.

<sup>73</sup> For a detailed analysis of the constitutional jurisprudence on Article 4-bis O.P. *see, ex multis*, DONNARUMMA, MR. (2020), p. 11-13.

<sup>74</sup> *Marcello Viola c. Italie (n° 2)* [2019] ECtHR 77633/16.

<sup>75</sup> This offence does not have a proper translation since only the Italian system of criminal justice does have a specific provision within the criminal code (Art. 416-bis) specifically aimed at contrasting Mafia Associations and crimes linked to it. A 'forced' translation of *associazione di stampo mafioso* could be 'Mafia-type criminal association/organization': 'The association is a Mafia-type criminal association when the participants take advantage of the intimidating power of the association and of the resulting condition of submission and silence to commit offences, to manage or control, either directly or indirectly, economic activities, concessions, authorizations, public contracts and services, or to obtain unlawful profits or advantages for themselves or for any other persons, or with the aim of stopping or making it difficult to exercise the free right to vote, or to organize votes for themselves or others during public elections'.

with Article 27(3) of the Italian Constitution and with Article 3 ECHR. His request was first rejected on May 2015 on the basis that because of Article 4-bis O.P. the applicant could not be considered to be eligible for release on parole, as the collaboration with judicial authorities, which in that circumstance was not neither 'impossible' nor 'irrelevant', was lacking. Against this decision, Mr. Viola filed an appeal to the Italian Court of Cassation in which he claimed the unconstitutionality of the provision at hand, in the extent to which it did provide a legal mechanism that rendered the 'non-collaborative' prisoner unable to obtain the release on parole. However, the Court of Cassation rejected his appeal with the judgment N. 1153/16, in which it pointed out the absolute character of the presumption of social dangerousness in case of absence of collaboration and the total discretion of the legislator to determine the requirements that have to be met for the obtainment of the release on parole.<sup>76</sup> Hence, the applicant ultimately started the proceedings before the ECtHR, complaining about the violation of Article 3 ECHR, as the life sentence it was imposed on him was *de facto* and *de jure* irreducible.

## 4.2. *The decision of the Court.*

The Court, in deciding over the issue, in the first place, took into account both the national legislation and the relevant case law of the Court of Cassation and of the *Corte Costituzionale*. In analyzing the jurisprudence of these two Courts, not only did the ECtHR find that the principles of rehabilitation and resocialization of the punishment were two core principles in the Italian system of criminal justice,<sup>77</sup> but also that the *ergastolo ostativo* was found to be compatible with the Italian Constitution.<sup>78</sup>

Subsequently, after having recalled principles on life imprisonment elaborated by the ECtHR in *Vinter, Kafkaris, Murrariy, and Hutchison*, the Court undertook the analysis of the case at hand. In order to assess whether the sentence of Mr. Viola was *de jure* and *de facto* reducible, the Court focused its attention, particularly on the relationship collaboration-eligibility for obtaining benefits. In other words, the Court's aim was to find to what extent the subordination of the eligibility for the obtainment of parole or temporary releases to the collaboration with judicial authorities was in compliance with Article 3 ECHR.

The Court started by pinpointing that the access to release on parole and to the other benefits was not entirely precluded by the system in force back then. Rather it was subject to the collaboration of the prisoner with judicial authorities.<sup>79</sup> Then, the Court acknowledged the complexity and gravity of the mafia phenomenon, which is characterized by an ongoing adherence to the criminal belief of the members, which led the Italian legislator to prioritize general prevention and public safety. In other words, the Court was fully aware that Article 4-bis O.P. did constitute a precious resource within the war against mafia. Nevertheless, the Court questioned the legitimacy of *ergastolo ostativo* insofar as it subordinated the release on parole and other beneficial treatments to the collaboration of the prisoner. If on the one hand, the system then in force gave the prisoner the freedom of choice as to whether to collaborate or not, the Court 1) doubted the freedom of that choice and 2) highly questioned the equivalence: absence of collaboration = social dangerousness.<sup>80</sup> With regard to the first issue, the Court noted that the choice to not collaborate may depend on the fear of putting the lives of the prisoner and of his relatives in serious danger. Hence, a lack of cooperation, according to the Court, cannot always be considered a result of a free choice and something from which it is possible to unquestionably infer the ongoing support to the criminal organization.<sup>81</sup> With regard to the second issue, the Court argued that the derivation of an absolute presumption of social dangerousness from a lack of collaboration of the prisoner does not allow to take into account other circumstances relevant for assessing the progress made towards rehabilitation.<sup>82</sup> In fact, as argued among scholars, such equivalence "freezes" the absolute presumption of social dangerousness at the time of the commission of the offence,<sup>83</sup> and did not reflect the pro-

<sup>76</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019), para 28.

<sup>77</sup> See e.g. C. Cost., sent. n. 12/1966; C. Cost., sent. n. 313/1990.

<sup>78</sup> See, ex multis, C. Cost., sent. n. 306/1993.

<sup>79</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019), para 101.

<sup>80</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019), para 116. See also, SANTINI S. (2019), p.4.

<sup>81</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019), para 118. In this regard, see also MORI SM (2019), p. 7.

<sup>82</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019), para 121.

<sup>83</sup> MINERVINI G. (2020), p. 226; DONNARUMMA MR (2020); See also, Palazzo F. (2019), p. 652.

gress made by the prisoner.<sup>84</sup> In other words, for the prisoner convicted to *ergastolo ostativo*, it was as if the time stopped at the moment of the reading of the sentence at the end of the trial. Whereas the Court reasonably observed that the personality of a convicted prisoner evolves during the period of detention, being that the ultimate scope of the detention, in accordance with the rehabilitation principle.<sup>85</sup> Hence, the Court declared the violation of Article 3 ECHR on the basis that the abovementioned absolute presumption provided by Article 4-bis O.P. *de facto* prevented the judge from correctly assessing: 1) the request for the release on parole; and 2) whether, during the course of the sentence, the applicant had made substantial progress toward rehabilitation so that detention could not have been justified on legitimate penological grounds. Further, as to the claim of the Government pursuant to which the applicant in any event could have received presidential clemency or requested the release on parole for medical reasons, the Court, by recalling its jurisprudence on the matter, clearly said that a prisoner convicted to life imprisonment, such as the applicant, cannot be said to have a *prospect of release*, just for the fact he can potentially rely on clemency or on grounds of health or age.<sup>86</sup>

## 5. After *Viola*: the reaction of the Italian Constitutional Court.

Shortly after the judgment rendered by the ECtHR in *Viola v. Italy*, the Italian Constitutional Court declared the unconstitutionality of Article 4-bis (1) O.P. in the extent to which it did not provide for the possibility to grant temporary releases (*permessi premio*) to prisoners convicted for the offence *ex Art. 416-bis c.p.*, and the related ones, who failed to collaborate with judicial authorities, but not socially dangerous anymore. Before analyzing in detail the judgment, a few remarks should be made. In the first place, the Court did not declare the unconstitutionality of the *ergastolo ostativo*, but merely the unconstitutionality of the first paragraph of Article 4-bis O.P., along with the absolute preclusion to the access to temporary releases for the non-collaborative convicted prisoners.<sup>87</sup> In the second place, the Court automatically extended the (partial) declaration of unconstitutionality also in favor of all other prisoners, including the ones convicted for terrorism. Lastly, the decision of the Court concerned *only* temporary releases, and not also the release on parole, early release, access to alternative measures to detention, and work outside the prison.<sup>88</sup>

With regard to the merit of the judgment, the Court first briefly retraced the history and the development of Article 4-bis O.P. Then, the Court started by pointing out that the presumption of social dangerousness of the non-collaborative prisoner *ex Article 4-bis(1) O.P.* constituted an absolute presumption, as it could be overcome only with an effective collaboration, which was indeed the only way to obtain the abovementioned temporary releases.<sup>89</sup> Hence, the Court did not question the legitimacy of the presumption in itself, since, as recalled by the Court itself, it is completely reasonable to infer from the non-collaboration the fact that the prisoner is still devoted to the criminal organization. Rather, it was the absolute character of such presumption to be in contrast with Articles 3 and 27 of the Italian Constitution for three main reasons.<sup>90</sup>

In the first place, the absolute character, though merely linked to criminal policy and public safety reasons, affected and aggravated the normal course of the execution of the penalty, which should not be interfered with by external elements.<sup>91</sup> Thus, in the Court's opinion, the infliction of a detrimental treatment to a non-collaborative prisoner, who was presumed "*iuris et de jure*" to be linked to organized crime and therefore as being socially dangerous, was considered to be unreasonable.<sup>92</sup>

In the second place, in contrast to Article 27 of the Constitution, the absolute presumption did not allow the judge (*magistrato di sorveglianza*) to assess *in concreto* the condition

<sup>84</sup> MORI SM (2019), p. 7.

<sup>85</sup> *Marcello Viola v Italy (n° 2)* App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019), para 125.

<sup>86</sup> *Ibid* para 133. See also, *Kafkaris v Cyprus* App n 21906/04 (ECtHR, 12 February 2008), para 127; *Öcalan v Turkey (no 2)*, App no 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07 (ECtHR, 18 March 2014) para. 203; *László Magyar v Hungary* App no 73593/10 (ECtHR, 20 May 2014), para 57-58.

<sup>87</sup> C. Cost., sent. n. 253/2019, para 5.2. See also, Commissione Parlamentare di inchiesta L. 99/2018 cited above.

<sup>88</sup> C. Cost., sent. n. 253/2019, para 5.2.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para 7.2.

<sup>90</sup> *Ibid.*, para 8.

<sup>91</sup> *Ibid.*, para 8.1.

<sup>92</sup> *Ibid.*

of the detainee. In fact, the temporary release, which may be granted for family, work, or cultural reasons, is characterized by what is called a “pedagogical-propulsive”<sup>93</sup> function; in other words, the very first step toward rehabilitation.<sup>94</sup> Hence, by preventing access to such measures, the rehabilitation path was “nipped in the bud”.<sup>95</sup>

In the third place, the presumption was based on a general premise that, in reality, might be contradicted by further allegations aimed at excluding the presence of any links with the criminal organization and the danger of the restoration of such links.<sup>96</sup> In this regard, the Court remarked that, if from an absolute presumption can be formulated counter-arguments against the generalization on which the presumption itself is based, such presumptions are arbitrary and unreasonable, and for this reason, they do violate the equality principle.<sup>97</sup>

In the underlying case, the general premise on which the presumption was based can be expressed with the following equation: lack of collaboration = ongoing links with the criminal organization = social dangerousness. And such a general premise, in the Court’s opinion, cannot be overcome by the mere participation to the rehabilitation process or by a mere declaration of detachment from the criminal organization. Instead, according to the Court such presumption of social dangerousness should be capable of being overcome by the acquisition of “additional, congruous and specific elements”<sup>98</sup> from which to exclude not only the presence of links with organized crime but also the danger of the restoration of such links in the future.<sup>99</sup>

More or less, this same line of reasoning adopted by the Court in 2019 was replicated in the judgment n. 97 of 2021, but here the *thema decidendum* was the constitutional legitimacy of *ergastolo ostativo* as a whole. In particular, the Court analyzed the constitutionality of Article 4-bis O.P. where it did not allow the prisoner convicted for mafia offences who did not effectively collaborate with judicial authorities, and who already served twenty-six years of his sentence, to be eligible for release on parole (*liberazione condizionale*). The Court, along the lines of judgment n. 253 of 2019, recalled that the absolute presumption of social dangerousness inferred from the lack of collaboration – which prevent the prisoner to be considered eligible for parole or other benefits – was constitutionally illegitimate and unreasonable, as was based on a generalization that can be, instead, contradicted from ordinary facts.<sup>100</sup> As pointed out among scholars, a legal presumption, in order to be considered constitutionally legitimate, must be relative, namely capable of being overruled by counter-arguments.<sup>101</sup>

Coming to the merits of the judgment, if on the one hand, the Court acknowledged that the petition was not manifestly ill-founded (*non manifesta infondatezza*), on the other hand, it refrained from declaring the unconstitutionality of *ergastolo ostativo*. In fact, considering the sensitivity of the matter, the Court “decided to not decide” and let the legislator intervene within one year period.<sup>102</sup> Indeed, with the judgment at issue, the Court “merely” assessed the constitutional violation of Article 4-bis.<sup>103</sup> The Court observed that a final ruling on the matter would have put at stake the stability of the legislative framework on *ergastolo ostativo*.<sup>104</sup> For example, as the Court pointed out, a potential declaration of unconstitutionality of Article 4-bis O.P., would have set the same conditions for accessing conditional release and other benefits both for the collaborative prisoners convicted for mafia crimes and for the non-collaborative prisoners convicted for organized crimes. In other words, it would have been “incongruous” and disproportionate on a constitutional level.<sup>105</sup> Hence, because of the delicate nature of the constitutional interests at issue, the Court believed it was more appropriate if the

<sup>93</sup> In this sense, C. Cost., judgment n. 504 of 1995; C. Cost. judgment n. 445 of 1997; C. Cost., judgment n. 257 of 2006. *See also*, MENGOLZI M. (2020), p. 11.

<sup>94</sup> DONNARUMMA MR. (2020), pp. 11-12.

<sup>95</sup> In these words, DONNARUMMA MR. (2020), pp. 11-12.

<sup>96</sup> C. Cost., sent. n. 253/2019, para 9.

<sup>97</sup> *Ibid.*, para 8.3.

<sup>98</sup> *Ibid.*, para 9. In the Court’s opinion, these additional and specific elements could be the social context in which the prisoner would be allowed to access, albeit temporarily and episodically, as well as other information acquired by law enforcement.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Corte Costituzionale, Ordinanza 97/2021, para 6-7. Tale argomentazione è stata inizialmente elaborata dalla Corte con la pronuncia n.253/2019 in occasione della quale i giudici costituzionali hanno sottolineato che “[...] l’assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione che può essere, invece, contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza” (para 8).

<sup>101</sup> CIAFARDINI L. (2020), p.4.

<sup>102</sup> C. Cost., Ordinanza n. 97/2021, para 10.

<sup>103</sup> GALLIANI D (2021), p. 1.

<sup>104</sup> C. Cost., Ordinanza 97/2021, para 9.

<sup>105</sup> *Ibid.*, para 9.

legislator would have intervened on the matter, on the basis of the criteria elaborated by the ECtHR in *Viola v. Italy* recalled by the Court itself.

For this purpose, the Court initially postponed the hearing to the 10 May 2022, and then to 8 November 2022 in order to let the legislator intervene in the meantime. And on December 2022, almost exactly after one year after the Court's judgment, *in limine temporis*, a new reform on *ergastolo ostativo* was finally passed.

## 6. The new Article 4-bis O.P.: the possible challenges to article 3 ECHR.

According to the new provisions, the lack of collaboration with judicial authorities and law enforcement does not automatically preclude access to prison benefits *ex* Article 4-bis (1) O.P.. The previous system was reformed in light of the judgments rendered by the ECtHR<sup>106</sup> and the Italian Constitutional Court.<sup>107</sup> The two courts highly condemned the absolute character of the presumption of the dangerousness of the non-collaborative prisoner.<sup>108</sup>

Indeed, the new regime, allows also non-collaborative prisoners to obtain the aforementioned prison benefits, under certain conditions. The new provision requires, by inverting the burden of proof, the allegation by the prisoner of additional facts and to the evaluation of additional circumstance that does not strictly concern the rehabilitation of the prisoners and the assessment of his social dangerousness. Indeed, according to the new formulation of Article 4-bis(1-bis), the prisoner convicted to *ergastolo ostativo* shall be considered eligible for prison benefits, also in absence of an 'effective collaboration' *ex* Article 58-ter O.P., under certain strict conditions. In brief, the prisoner is required to prove: 1) the absence of any links with the 'criminal context in which the crime was committed', and 2) the absence of any risk of the restoration of those connections. In order to prove his present and future detachment from the criminal context, the prisoner shall also prove additional circumstances. In the first place, he shall prove either the fulfillment of any civil obligations and pecuniary reparation obligations resulting from the conviction, or the impossibility of such reparation. In the second place, the prisoner shall pinpoint 'specific, different and additional circumstances' other than the prison behavior, the participation in the rehabilitation process, and the mere declaration of detachment from the criminal context. In order to assess whether the detachment of the prisoner from any possible criminal context took place, the judge (*magistrato di sorveglianza*) will take into account also: 1) the personal circumstances; 2) the alleged reasons for the non-collaboration with the justice authorities, and 3) any other available information, including whether any form of reparation or restoration took place.

Indeed, the next sections will be aimed at analyzing in detail the current provision. In particular, section 3 will examine the requirement of damage compensation, whereas section 4 will reason upon 'the additional, specific and different elements'.

### 6.1. The fulfillment of civil obligations and pecuniary damage caused by the crime or the proof of the impossibility to do so.

In the first place, in order to overcome the abovementioned presumption of social dangerousness, the prisoner is now asked to prove the fulfillment of civil obligations and pecuniary reparation obligations resulting from the conviction (damage compensation). Where this would result impossible, the prisoner must prove the (absolute) impossibility of this repara-

<sup>106</sup> *Marcello Viola v Italy* (n° 2) App no 14612/19 (ECtHR, 13 June 2019).

<sup>107</sup> Corte Cost., 23 October 2019, judgment n. 253; Corte Cost., 15 April 2021, judgment n.97.

<sup>108</sup> In the case of *Viola* (n 4), the ECtHR ruled that the life sentence (*ergastolo ostativo*) imposed on the applicant restricted both his prospects of release and the possibility of the review. Indeed, the Court found that applicant's sentence was *de facto* irreducible, as the abovementioned absolute presumption provided by Article 4-bis O.P. prevented the judge correctly assess: 1) the request for the release on parole; and 2) whether, during the course of the sentence, the applicant had made substantial progress toward rehabilitation so that a detention could not have been justified on legitimate penological grounds. With regard to the judgment 97/2021 of the Italian Constitutional Court, the Court concluded that absolute presumption of social dangerousness inferred from the lack of collaboration – which prevent the prisoner to be considered eligible for parole or other benefits – was constitutionally illegitimate and unreasonable as was based on a generalization that can be, instead, contradicted from ordinary facts (para. 6-7).



tion. However, to which extent is it legitimate to subordinate the access of these benefits to the fulfillment of pecuniary and civil obligations by the prisoner? The ECtHR in *Matiošaitis and Others v Lithuania*<sup>109</sup> partially tried to give an answer to this question. The underlying case concerned the granting of the presidential pardon. For this purpose, according to the national legislation, judicial authorities were required to take into account whether the compensation for pecuniary damage caused by the crime had been paid. Interestingly, the Court found that such criteria was legitimate, as it allowed the President to assess whether a life prisoner's continued imprisonment was justified on legitimate penological grounds.<sup>110</sup>

Under the Italian Criminal Code, the release on parole (*liberazione condizionale*) and presidential clemency (*grazia*) are causes of extinction of the sentence (*cause di estinzione della pena*). As such, they are subject to the fulfillment of civil obligations arising out of the judgment. Instead, the temporary releases, the work outside the prison, and the alternative measures to detention cannot be classified as causes of extinction of the sentence: they are prison benefits, more or less temporary, or different ways of serving a sentence. On the one hand, it can be said that it might be reasonable to require the fulfillment of the aforementioned obligations as a precondition for granting measures of extinction of the sentence (such as the release on parole). In fact, these measures entail a complete assessment of whether a life prisoner's continued imprisonment is justified on legitimate penological grounds. On the other hand, it can be argued that requiring damage compensation and the fulfillment of civil obligations for the prison benefits other than the release on parole, seems disproportionate. In fact, those measures do not imply a full assessment of the rehabilitation of the prisoner. Only the release on parole or presidential clemency can be said to imply such an assessment. Instead, these measures are supposed to further the process of rehabilitation and social reintegration of the prisoner. Even a single temporary release, such as a day out of prison for work reasons, or a single day of social service probation can have extremely beneficial effects on the prisoner. Thus, it can be concluded that requiring the fulfillment of civil obligations and compensation for damages even to access prison benefits other than conditional release, because they make the access to these measures more difficult, the rehabilitation process may be obstructed *a priori*, where the prisoner should not be able to fulfill these obligations.

At this point, another question arises: to what extent can the lack of fulfillment of pecuniary and civil obligation be classified as an element from which to infer the social dangerousness of a prisoner? It can be argued that the fulfillment of the civil obligations and the compensation for pecuniary damages caused by the crime are not directly related to the concrete assessment of social dangerousness, namely the existence of any links between the prisoner and organized crime. In fact, a prisoner may fulfill the aforementioned obligations while nevertheless continuing to adhere to the criminal belief of their original criminal organizations and maintain a stable relationship with them. Hence, it can be concluded that from the fulfillment of civil and pecuniary obligations, it is impossible to ascertain, even only partially, whether a prisoner is still linked to a criminal organization. Accordingly, the fulfillment of civil and pecuniary obligations must not be intended as one of the factor from which to infer the lack of social dangerousness. Similarly, the lack of fulfillment of these obligations cannot be intended as a symptom of social dangerousness.

Ultimately, one could argue that the fulfillment of these obligations, in reality, is not a proper condition for the grant of the aforementioned prison benefits. In fact, according to the new provision, the prisoner may nevertheless be considered eligible for the benefits *ex* Article 4-bis (1) O.P. where the fulfillments of these obligations result to be impossible. However, the law also requires that in this case, the prisoner must prove the 'absolute impossibility' of such fulfillment. Further, not only is the new legislation silent on how the prisoner is supposed to prove such impossibility, but also it does not give any information whatsoever regarding what should be classified as an 'absolute' impossibility.

Conclusively, taking into consideration what has been said so far, the threshold for accessing these benefits seems to be very high under the new legislative framework. And the threshold seems to be even higher in the remaining part of the provision. In fact, the fulfillment of civil obligations and the payment of pecuniary damages, or alternatively the proof of the absolute impossibility of that, is not the only condition that has to be met to access the abovementioned prison benefits.

<sup>109</sup> *Matiošaitis and Others v Lithuania*, App. n. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 60115/13, 69425/13 (ECtHR, 23 May 2017).

<sup>110</sup> *Ibid* para 168. Examples of 'legitimate penological grounds' are e.g. punishment, deterrence, protection of the public and rehabilitation.

## 6.2.

*The 'additional, specific and different elements': the inversion of the burden of proof.*

Under the new provision it is also required, through an inversion of the burden of proof, the attachment by the prisoner of 'additional, specific and different elements'. According to the new law, these elements must be additional and different from the mere prison behavior, the mere participation in the rehabilitation process, and the mere declaration of detachment from the criminal organization. From these 'additional and different elements' judicial authorities should be able to infer 1) the absence of any links with the 'context in which the crime was committed', and 2) the absence of any risk of the restoration of those links.

The new formulation of Article 4-bis(1-bis) O.P., with regard to this inversion of the burden of proof, has been partially 'suggested' by the Italian Constitutional Court. In fact, the Court in 2019 and 2021 claimed that, in absence of collaboration, the presumption of social dangerousness can be overcome by the acquisition of 'additional, congruous and specific elements'. Indeed, even in the Court's opinion, the mere participation in the rehabilitation program or the mere declaration of detachment from criminal organizations should not be sufficient for ascertain the present and future detachment of the prisoner from the criminal context.<sup>111</sup> With regard to the access of temporary release, the Court observed that these elements could be, for instance, the social context that prisoner would be allowed to access, albeit temporarily and episodically, as well as other information acquired by law enforcement.

Passing to the analysis of the first part of the provision, in the first place it should be pointed out that no clear definition of 'additional elements' is given, nor any criteria whatsoever useful to identify those elements. In the second place, it should be noted that the norm is unclear also as to whether these additional elements must be acquired regardless of the assessment of 1) the rehabilitation of the prisoner, 2) his declaration of the detachment of the criminal context, and 3) the prison behavior. In fact, the norm only mentions that these elements should be 'additional' and 'different' from such assessment. As regards to the *ratio legis*, it can be said that it was not the legislator's intention to completely detach the evaluation of the rehabilitation process from the assessment of the social dangerousness of the prisoner. Rather it can be assumed that the intention of the legislator was to require the evaluation of the progresses toward rehabilitation made by the prisoner together with the assessment of additional circumstances, also in light of personal circumstances, of the alleged reasons of non-collaboration, of the "critical rethinking" (*revisione critica*) of the criminal conduct, and in light of any other available information. Hence, the mere participation in rehabilitation programs, the mere declaration of detachment from the criminal context, and the mere prison behavior are, indeed, not sufficient for the granting of the aforementioned prison benefits. However, Article 3 ECHR 'must be interpreted as requiring [...] domestic authorities to consider whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds'. But how can the progresses toward rehabilitation of a prisoner be assessed, for the purpose of a future release, if his conduct and his participation in the rehabilitation programs are not even sufficient for the granting of benefits that are supposed to, instead, enhance the rehabilitation process itself?

At this point, a clarification needs to be made. According to the Court of Cassation,<sup>112</sup> along the same lines as the Constitutional Court,<sup>113</sup> Article 4-bis (1-bis) O.P. would not set *per se* an inversion of the burden of proof at the expense of the prisoner. In this regard, the Court of Cassation argued that there would be a difference between the term 'allegation' and 'proof': by requiring just the 'attachment' (*allegazione*) of 'additional, specific and different elements', the new norm would not ask the prisoner to actually 'prove' (*dimostrazione*) these elements. In the Court's opinion, only in the event that any elements from which to infer the existence of ongoing links with criminal organization come to light, the prisoner would be asked to provide contrary evidence (*elementi di prova contraria*), by the *proof*, and not the mere attachment, of these elements. Be as it may, the Court's reasoning is not convincing. In fact, nowhere does the new formulation of Article 4-bis(1) expressly provide that the prisoner

<sup>111</sup> C. Cost., sent. n.2 53/2019; C Cost., ordinanza n. 97/2021.

<sup>112</sup> C. Cass., 8 March 2023, sez. I Penale, para. 9, Requisitoria per Udienza in Camera di Consiglio.

<sup>113</sup> C. Cost., sent. n. 227/2022.

would be required to 'prove' rather than 'attach' the aforementioned additional elements in the event that evidence of his social dangerousness would arise. The norm only refers to the attachment of these additional elements as a *conditio sine qua non* for the access to the prison benefits *ex* Article 4-bis O.P., not even taking into consideration the hypothesis of emersion of evidence from which to infer the existence of links between the prisoner and the criminal organization. Nevertheless, even if the legislator's intention was to require the prisoner to 'prove', and not simply to 'attach', additional elements only when some indication of ties with organized crime would come up, the prisoner would be in any event required to provide contrary evidence 'within a reasonable period of time'. Indeed, this would result, in any event, in an inversion of the burden of proof.<sup>114</sup>

In light of all abovementioned, it is clear that what is asked to prisoners is the fulfillment and the proof of additional obligations and requirements completely detached: 1) from the assessment of the exclusion of any links with criminal organizations; 2) the assessment of the danger of the restoration of such links; 3) the assessment of the progress of the prisoner toward rehabilitation.<sup>115</sup> Indeed, because the benefits listed in Article 4-bis §1 O.P. it can be argued to constitute the very first step toward rehabilitation, by subordinating the access to these measures to such unreasonable<sup>116</sup> high burden of proof, the rehabilitation process might be seriously hindered.

It is true that the Convention does not guarantee a right to rehabilitation *per se*. Nevertheless, the ECtHR highlighted that the support and commitment to the rehabilitative aim of punishment among Contracting States, especially Italy, is undeniable.<sup>117</sup> In light of such wide support for rehabilitation, according to the Court, the Convention does, instead, require prison authorities put life prisoners in the conditions to rehabilitate themselves.<sup>118</sup> In this regard, the Court recalled in *Kaytan v. Turkey* that life sentence prisoners 'should be given the opportunity to progress towards rehabilitation'.<sup>119</sup> Further, as stressed in *Vinter's* concurring opinion by judge Power-Forde, even prisoners who commit the most horrendous crimes 'nevertheless retain their fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change'. Hence, they must be guaranteed the so-called right to hope, namely the right to 'hope that, someday, they may have atoned for the wrongs which they have committed'.<sup>120</sup>

In the case at issue, it is true that on the one hand, under the new legislation, prisoners are *de jure* provided with an opportunity for rehabilitation. On the other hand, the access to the aforementioned measures, which constitutes the essence of the rehabilitation process, can be said to be *de facto* rendered impossible by a *probatio diabolica*,<sup>121</sup> namely the disproportionate evidentiary regime featured by an unreasonable inversion of the burden of proof at the expenses of the prisoner. Further, with regard to the release on parole, such *probatio diabolica* also deprives the prisoners of any concrete prospect of release. Hence, it can be concluded that because prisoners are not given a 'real opportunity' to rehabilitate themselves nor a 'right to hope', the new formulation of Article 4-bis(1-bis) O.P., as reformed by Law 199/2022, should be considered as entailing a degrading punishment contrary to principles enshrined in Article 3 ECHR.

<sup>114</sup> DE VITO R. (2022).

<sup>115</sup> See also Comunicato Camere Penali, 'Rinvio della riforma Cartabia e stretta sulle ostatività: la presa di posizione dell'Unione', 31st of October 2022: 'La riscrittura del comma 1 bis dell'articolo 4bis (...) inserisce un percorso talmente contorto e ricco di requisiti aggiuntivi, tautologici o assolutamente disancorati rispetto alla congrua valutazione per la esclusione di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e del pericolo di concreto ripristino (...)'.  
<sup>116</sup> GONNELLA P. (2022).

<sup>117</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 118.

<sup>118</sup> *Harakchiev and Tolumov v Bulgaria* 15018/11, 61199/12 (ECtHR, 2014), para 264: '(...) While the Convention does not guarantee, as such, a right to rehabilitation, and while Article 3 cannot be construed as imposing on the authorities an absolute duty to provide prisoners with rehabilitation or reintegration programs and activities, such as courses or counselling, it does require the authorities to give life prisoners a chance, however remote, to someday regain their freedom. For that chance to be genuine and tangible, the authorities must also give life prisoners a real opportunity to rehabilitate themselves (...); *Dickson* (n 33) para 75; *Khoroshenko v Russia* App no 41418/04 (ECtHR, 30 June 2015), para 121; *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para 104: '(...) Life prisoners are thus to be provided with an opportunity to rehabilitate themselves. As to the extent of any obligations incumbent on States in this regard, the Court considers that even though States are not responsible for achieving the rehabilitation of life prisoners, they nevertheless have a duty to make it possible for such prisoners to rehabilitate themselves (...)'.  
<sup>119</sup> *Kaytan v Turkey* App no 27422/05 (ECtHR, 15 September 2015), para 62.

<sup>120</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), concurring opinion of Judge Power-Forde 54.

<sup>121</sup> In this sense, see also, [Comunicato dell'Associazione Professori di Diritto Penale sul d.l. 162/2022: rinvio riforma Cartabia, ergastolo ostativo, rave party e nuovo delitto](https://www.sistemapenale.it), available on [www.sistemapenale.it](https://www.sistemapenale.it).

## 6.3. *The timing of the review.*

Under Article 2(1)(b) of Law 199/2022 the prisoner convicted to *ergastolo ostativo* under Article 4-bis (1) O.P. can be considered eligible for parole (*liberazione condizionale*) only after having served at least *thirty* years of their sentence, without prejudice to the conditions required by the same Article 4-bis for the granting of the aforementioned prison benefits.

From a close reading of the norms, one could immediately notice that there is a slight but important departure from the original provision. In fact, pursuant to the old regime, the prisoner convicted to *ergastolo ostativo* was considered eligible for parole after having served twenty-six years of his sentence. Hence, it is self-evident that the period after which the prisoner can request a review of his sentence has been reformed *in peius*. Indeed, at this point, it should be addressed the question of whether the timing of the new review mechanism measures up to the standards of Article 3 of the Convention.

It has been recalled several times by the ECtHR that it is not the Court's task establish neither the appropriate length of detention nor the timing in which the review should take place<sup>122</sup>. However, it is undeniable the comparative and international support for a review mechanism capable of being activated no later than twenty-five years after the imposition of a life sentence, 'with periodic review thereafter'.<sup>123</sup> It is true that the ECtHR in *Bodein v. France*,<sup>124</sup> for instance, found no violation of the Convention, even though under domestic law the review was possible after 30 years of incarceration. Nevertheless, in the underlying case, the applicant was fully eligible to apply for release twenty-six years after the imposition of his life sentence. In general, in order for a mechanism review to be compatible with the principles enshrined in Article 3 ECHR, it should entail a period of about twenty-five years or less, that run from the moment in which the life sentence is imposed.<sup>125</sup>

Turning back to the *ergastolo ostativo*, the new provision does not specify whether the timing of the review should be calculated from the incarceration or from the imposition of the sentence. The law only provides for the possibility to request release on parole after having served thirty years of the sentence, or, in case of temporary punishment, at least two third of it. Although very unlikely, if not impossible, considering the nature of the offenses punished *ex* Article 4-bis, it cannot be excluded that a prisoner convicted to *ergastolo ostativo* may be *de facto* considered eligible for parole (*liberazione condizionale*) well before the 30<sup>th</sup> year, as it happened in *Bodein*. Nevertheless, it is evident that, in case where a prisoner is required to serve thirty years of his sentence before being considered eligible for parole, the review mechanism would fall outside the scope of the principles established in the Convention.<sup>126</sup> In fact, through the infliction of an aggravating treatment on prisoners who lawfully decide to not collaborate with judicial authorities,<sup>127</sup> such mechanism would render the sentence *de jure* irreducible, depriving the prisoner of any prospect of release.

## 7. **Need for urgent reforms: some recommendations to the legislator.**

Undoubtedly, Article 4-bis O.P. has always been, and will continue to be, one of the most effective tools in the fight against the mafia; indeed, it is not conceivable to definitely set aside such an instrument. However, the new system of *ergastolo ostativo* needs to be partially reformed along the lines of what has been shown so far, bearing in mind that any reform must

<sup>122</sup> See, *ex multis*, *T v the United Kingdom* App no 24724/94 (ECtHR, 16 December 1999), para. 117; *V v the United Kingdom* App no 24888/94 (ECtHR, 16 December 1999), para 118; *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 105.

<sup>123</sup> See *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 120; *Čačko v Slovakia* App no 49905/08 (ECtHR, 22 July 2014), para 77; *Bodein v France*, App no 40014/10 (ECtHR, 13 February 2015); *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para. 99; *Hutchinson v. The United Kingdom* App no 57592/08 (ECtHR, January 17 2017), para 69. More recently, the Court reiterated that the possibility of parole after forty years of imprisonment is incompatible with the meaning of Article 3 ECHR, *Sandor Varga and others v Hungary* App no 39734/15, 35530/16 and 26804/18 (ECtHR, 17 June 2021); See also *T.p and A.t v Hungary* App no 37871/14, 73986/14 (ECtHR, 4 June 2016).

<sup>124</sup> *Bodein v France*, App no 40014/10 (ECtHR, 13 February 2015).

<sup>125</sup> *Murray v the Netherlands*, App no 10511/10 (ECtHR, 26 April 2016), para. 99; *Vella* (n 65), para 19.

<sup>126</sup> *Ibid.*; *Vella v Malta (déc)* App no 14612/19 (ECtHR, 27 February 2018), para 19.

<sup>127</sup> Comunicato Camere Penali (n 87).

be carried out in light of the extreme social dangerousness of the mafia phenomenon. For this purpose, in the first place, the legislator should consider setting a different evidentiary regime for non-collaborative prisoners on the basis of the prison benefit requested (section 8.1.). In the second place, it should be (re)introduced a more simplified evidentiary regime for prisoners who did not collaborate because of their limited participation in the offence (section 8.2.). In the third place, more value should be given to the rehabilitation path and to prisoner's redemption (section 8.3.). Ultimately, the legislator should consider to lower the timing required for the review of the sentence from thirty to twenty-five years (section 8.4.).

## 7.1.

### *Set a different evidentiary regime for non-collaborative prisoners on the basis of the prison benefit requested.*

In order to reform the current system in the sense of Article 3 ECHR, in the first place the legislator should differentiate the hypothesis of non-collaborative prisoners seeking a temporary release, an alternative measure to detention or to work outside the prison, from non-collaborative prisoners requesting a release on parole (*liberazione condizionale*). As has been underlined in the previous subsections, the access to these measures should be differentiated, as they imply different assessments and affect sets of interests. On the one hand, the release on parole requires a full assessment of 'whether there are legitimate penological grounds for the continuing incarceration of the prisoner',<sup>128</sup> by taking into account 1) any significant changes in the life of the prisoner and 2) the progress towards rehabilitation made in the course of the sentence.<sup>129</sup> On the other hand, the work outside the prison, the temporary releases, and the alternative measures to detention do not require such assessment as they do not imply a potential review of the sentence and a potential full release. Instead, if granted, these measures put the prisoners in the condition to slowly reintegrate themselves into society, but do not give them complete freedom. Hence, it is safe to say that the assessment of the social dangerousness of prisoners seeking a first opportunity to rehabilitate themselves cannot be the same for prisoners requesting to be released: the threshold should be much lower for the first set of prisoners and higher for the second one. For this purpose, in order to render the current framework compatible with Article 3 ECHR, it could be provided that the prisoners applying for prisoner benefits other than the release on parole may be granted those benefits under a simplified evidentiary regime, with the aim of facilitating his rehabilitation process, rather than making it *de facto* impossible. For instance, in order to overcome the presumption of social dangerousness in a way that does not entail degrading punishment in violation of Article 3 ECHR, it could be provided for those prisoners to jointly take into account: 1) the participation in rehabilitation programs, as well as the prison behavior; 2) the signs of termination of the links with the criminal organizations, such as the declaration of detachment from the criminal context or the "moral redemption" of the prisoner; and 3) the social context in which the prisoner will be temporarily placed (e.g. in case of granting of a temporary release or social work). Whereas, for prisoners seeking for release on parole (*liberazione condizionale*), it could be provided a tightened evidentiary regime that would require, in addition to the evaluation of progresses toward rehabilitation and the declaration of detachment from the criminal world, also the alleged reasons for not cooperating with judicial authorities, such as the fear of retaliation against one's self or family.

As above mentioned, the fulfillment of civil and pecuniary obligations caused by the crime appears to be an unreasonable requirement for access to temporary releases, work outside the prison, and to alternative measures to detention. On the other hand, it is safe to say is not disproportionate to take into account the fulfillment of these obligations when granting the release on parole, as long as such fulfillment is not to be intended as a circumstance from which to derive the lack of social dangerousness. Indeed, we believe that the fulfillment of the aforementioned obligations should be only seen as an additional circumstance to take into account, rather than a precondition under which access to the release on parole should be subject.

In any event, regardless of whether a prisoner is asking for the release on parole or for oth-

<sup>128</sup> *Hutchinson v. The United Kingdom* App no 57592/08 (ECtHR, January 17 2017), para 42.

<sup>129</sup> *Vinter Et Autres c Royaume-Uni* App no 66069/09 130/10 3896/10 (ECtHR, 9 July 2013), para 199.

er prison benefits, the burden of proof should not be on him. Rather, it should be on judicial authorities who should deeply investigate the reasons for non-collaboration, as also suggested in the *Progetto della Commissione Francesco Palazzo*, 2013.<sup>130</sup>

## 7.2. *(Re)introduce a more simplified evidentiary regime for prisoners who did not collaborate because of their limited participation in the offence.*

Then – along the lines of what the Italian Constitutional Court held in 1994<sup>131</sup> –, it should be re-introduced the possibility to grant the prison benefits *ex* Article 4-bis to the prisoners who were not capable of collaborating because of their limited participation in the criminal offenses and/or their marginal role in the association. For this category of prisoners, it could be introduced a more simplified evidentiary regime – as they can be assumed to be less socially dangerous – that would only require the assessment of exclusion of any link with organized crime through a mere declaration of detachment from criminal organizations.

## 7.3. *Giving more value to the rehabilitation path and to prisoner's redemption.*

It is true that from the participation in rehabilitation programs, from the prison behavior, and from the mere declaration of detachment from the criminal context it cannot be univocally inferred a lack of social dangerousness. In fact, a criminal may have progressed toward rehabilitation and have declared to not have any link whatsoever with criminal organizations, while having the intention to rejoin the association when he will have the possibility to do so. However, it would be unreasonable and unfair to ignore these two circumstances as they constitute a crucial factor for the assessment of the social dangerousness of the prisoner. That is why it would be reasonable to provide that, for prisoners seeking prison benefits other than the release on parole, these two elements should be evaluated also in light of the social context in which the prisoner will be placed during the temporary release or when serving an alternative measure to detention: this would be crucial for the successful completion of the gradual reintegration process of the prisoner. Similarly, for prisoners seeking a release on parole, in addition to the evaluation of the rehabilitation stage of the prisoner, it might be necessary to inquire also on the alleged reasons for non-collaboration.

## 7.4. *Lower the timing required for the review of the sentence from thirty to twenty-five years.*

As regards the timing of the review set under the new legislative framework, as it has been shown above, is undoubtedly incompatible with the ECHR, as it renders the entire sentence irreducible. Indeed, the current formulation of Article 4-bis (2), in order to fall within the scope of Article 3 ECHR, must be reformed in the sense of setting the timing of the review of the sentence, namely when the release on parole may be requested, at twenty-five years, instead of thirty, after the imposition of the sentence. This would make the judgment *de jure* and *de facto* reducible and would allow the prisoner to reintegrate himself into society.

<sup>130</sup> Ministero della Giustizia - Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale (Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo). See also, PINTO DE ALBUQUERQUE (2015), p. 10

<sup>131</sup> C. Cost., sent. n. 357/1994.

## 8. Concluding remarks.

In light of what has been argued so far, the new legislation raises not few challenges to Article 3 ECHR. On the one hand, the amended version of Article 4-bis, by inverting the burden of proof, places an unreasonable high evidentiary burden on the prisoner, making more difficult the access to prison benefits. On the other hand, by raising up to thirty years old the period after which the release on parole is now possible, the new provision renders the review mechanism *de facto* impossible.

In this work we tried to find to which extent the Italian *ergastolo ostativo*, as reformed by Law n. 199/2022 is compatible with Article 3 ECHR. We started with a brief scrutiny of the new legislative framework. Subsequently, we critically assessed each controversial point of the new formulation of Article 4-bis O.P. As first, we pointed out how the broad and vague terminology used in the provision that leave room for mis-interpretations and mis-understandings. Then, we argued how under the new legislation the prisoner is subject to a very harsh regime of burden of proof. Indeed, we pointed out how the prisoner is required to fulfill obligations that are completely detached from the mere assessment of his rehabilitation stage. Hence, we conclude that such harsh probatory regime, that we have addressed as a being a *probatio diabolica*, makes *de facto* impossible the access to the benefits listed in Article 4-bis O.P. As a consequence, because the rehabilitation process can be seriously hindered, we concluded that the new formulation of Article 4-bis(1-bis) O.P., as reformed by Law 199/2022, should be considered as entailing a degrading punishment contrary to principles enshrined in Article 3 ECHR. Conclusively, we argued that because the new provision allows for a review mechanism (*liberazione condizionale*) after thirty years since the imposition of the sentence, the international support of the ‘twenty-five years criteria’, fully acknowledged by the Court, has been violated. As a result, also on this point, the new provision seems to be in violation of the principles enshrined in Article 3 of the Convention.

As a final remark, we have brought to the attention of the academic community a possible way of reforming the current legislative framework of *ergastolo ostativo*. The reform that we have proposed tries to balance several sets of interests, by taking into account the interests of public safety and public security with the interests of the prisoners to the rehabilitation process. In particular, we argued for an introduction of two different probatory regimes: a stricter one for the access to the release on parole (*liberazione condizionale*), and another one more simplified for the access to measures different from the release on parole. We firmly believe, in fact, that the access to all these benefits should be facilitated, as such measures constitute the essence of the rehabilitation process.

## Bibliography

CIAFARDINI, Luciano (2022) “Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Nota a C. cost. 20/2022”, *Sistema Penale*.

CIAFFONE, Simona (2021): ““Ergastolo ostativo”: verso il superamento di una pena disumana e degradante sulla scia garantista della Corte Costituzionale. Un anno di tempo al legislatore per adeguare l’istituto ai principi costituzionali e comunitari”, *Giurisprudenza Penale*.

COUNCIL OF EUROPE STAFF, Yearbook of the European Convention on Human Rights (Springer Netherlands 1972), in *link.springer.com*

DE VITO, Riccardo (2022), “Finisce Davvero Il “Fine Pena Mai”? Riflessioni e Interrogativi Sul Decreto-Legge Che Riscrive Il 4-Bis”, *Questione Giustizia*.

DUFFY, Peter (1983): “Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *International & Comparative Law Quarterly*.

DOLCINI, Emilio (2021): “Fine Pena: 31/12/9999. Il Punto Sulla Questione “Ergastolo” Fin de La Pena: 31/12/9999”, *Sistema penale*.

DOLCINI, Emilio, FASSONE, Elvio, GALLIANI, Davide, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, PUGIOTTO, Andrea (2019): *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale* (Giappichelli).

DONNARUMMA, Maria Rosaria (2020): “La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo “ostativo””, *Giurisprudenza penale*.

GALLIANI, Davide (2021): “Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo”, *Giustizia Insieme*.

GALLIANI, Davide and PUGIOTTO, Alessandro (2019): ‘L'ergastolo Ostativo Non Supera l'esame a Strasburgo (A Proposito Della Sentenza Viola v. Italia n. 2)’, *Osservatorio Costituzionale*.

GONNELLA, Patrizio (2022): “Ergastolo ostativo, la riforma rischia di diventare un'occasione persa” (*Antigone*, 4 January 2022), in *www.antigone.it*

MENGOZZI, Marta (2020): “Il Meccanismo Dell'ostatività Alla Sbarra. Un Primo Passo Da Roma Verso Strasburgo, Con Qualche Inciampo e Altra Strada Da Percorrere (Nota a Corte Cost., Sent. n. 253 Del 2019)”, *Osservatorio Costituzionale*.

MINERVINI, Gustavo (2020): “Viola v. Italy: A First Step Towards the End of Life Imprisonment in Italy”, *The Italian Yearbook of International Law Online*.

MORI, Marina Silvia and ALBERTA, Valentina (2019): “Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo”, *Giurisprudenza penale*.

PACE, Leonardo (2015): “Gli Automatismi Legislativi Nella Giurisprudenza Costituzionale”, *Costituzionalismo.it*.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo (2015): “Life imprisonment and the European “right to hope”” *Rivista AIC - Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

PUGIOTTO, Alessandro (2019): “Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019”, *Giurisprudenza costituzionale*.

RODLEY, Nigel and POLLARD, Matt (2015): *The Treatment of Prisoners under International Law* (Third edition, Oxford University Press).

SANTINI, Serena (2019): “Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana”, *Diritto Penale Contemporaneo*.

SMIT, Van Zyl and APPLETON, Catherine (2019): “Life Imprisonment: A Global Human Rights Analysis (Harvard University Press).

VIGANÒ, Francesco (2012): “Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo”, *Diritto Penale Contemporaneo*.

VIGGIANI, Francesco (2019): “Viola n. 2: La mancata collaborazione quale automatismo legislativo, lesivo della dignità dell'ergastolano ostativo”, *Diritti umani e diritto internazionale*.



NOTE A SENTENZA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NOTES ON JUDGMENTS

- 138 **La corruzione in atti giudiziari del testimone nel caso 'Ruby-ter'. Vecchie soluzioni per vecchi problemi**  
*Manipulación de testigos en el caso 'Ruby-ter'. Soluciones antiguas para problemas antiguos*  
*Witness Tampering in the 'Ruby-ter' Case. Old Solutions for Old Problems*  
Anna Pampanin

# La corruzione in atti giudiziari del testimone nel caso 'Ruby-ter'. Vecchie soluzioni per vecchi problemi

Tribunale ordinario di Milano, Sezione VII, sentenza del 15 febbraio 2023 (dep. 15 maggio 2023), n. 2246, Pres. Tremolada - Rel. Pucci

## *Manipulación de testigos en el caso 'Ruby-ter'. Soluciones antiguas para problemas antiguos*

## *Witness Tampering in the 'Ruby-ter' Case. Old Solutions for Old Problems.*

ANNA PAMPANIN

*Dottoranda di Diritto Penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore  
 anna.pampanin@unicatt.it*

CORRUZIONE, DELITTI CONTRO  
 L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA,  
 TESTIMONIANZA

CORRUPCIÓN, DELITOS CONTRA  
 LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,  
 TESTIMONIO

CORRUPTION, CRIMES AGAINST  
 THE ADMINISTRATION OF JUSTICE,  
 TESTIMONY/WITNESS STATEMENT

### ABSTRACTS

Nel maggio dello scorso anno il Tribunale di Milano ha depositato le motivazioni della sentenza di primo grado relativa al caso conosciuto alla cronaca come 'Ruby-ter'. La vicenda – anche in ragione dei soggetti coinvolti – ha riscosso un enorme clamore mediatico, sia in Italia che all'estero. Ma relativamente poco si è detto circa i profili strettamente giuridici che hanno qualificato il giudizio. La principale questione affrontata dal Tribunale concerne la qualifica soggettiva da riconoscere alle persone in ipotesi d'accusa corrotte per rendere falsa testimonianza. Ad avviso dei giudici meneghini, ancorché le imputate fossero già state attinte da indizi di reità – e andassero dunque citate ed escuse ai sensi dell'art. 210, co.6, c.p.p. – sono state esaminate nelle forme previste per i testimoni 'puri'; ma poiché sostanzialmente indagate di reato connesso, erano incompatibili con la qualità di testimone. La sentenza offre l'occasione per ritornare sul delicato tema della corruzione in atti giudiziari del testimone, che è stato (ed è ancora) oggetto di un acceso dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Il presente contributo si pone l'obiettivo di ripercorrere e analizzare le ragioni che hanno portato all'assoluzione di tutte le imputate coinvolte, evidenziando come le problematiche sottese alla fattispecie criminosa di cui all'art. 319-ter c.p. siano quantomai attuali. A tredici anni di distanza dalle Sezioni Unite Mills, che rappresentano il principale riferimento in materia di corruzione in atti giudiziari, nulla sembra essere cambiato.

En mayo del año pasado, el Tribunal de Milán pronunció la sentencia en el caso públicamente conocido como 'Ruby-ter'. Si bien el caso atrajo gran atención mediática, tanto en Italia como en el extranjero, relativamente poco se ha dicho respecto a los aspectos estrictamente legales que caracterizaron el juicio, siendo el principal problema abordado por el tribunal el de la calificación subjetiva que se debe atribuir a las personas acusadas de perjurio. Según los jueces de Milán, a pesar de que las personas en cuestión habían sido citadas en calidad de testigo, la circunstancia de que existieren antecedentes sobre su participación en actividades ilícitas relacionadas impedía citarlos en dicha calidad. La sentencia brinda la oportunidad de volver a examinar el delicado tema del soborno de testigos, temática que ha sido (y sigue siendo) objeto de un intenso debate tanto en la doctrina legal como en la jurisprudencia. El presente trabajo tiene como objetivo revisar y analizar las razones detrás de la absolución de todas las personas acusadas, resaltando cómo los problemas subyacentes al delito penal en virtud del artículo 319-ter del Código Penal italiano siguen siendo muy relevantes. Trece años después del emblemático caso Mills, que sigue siendo la principal referencia sobre el soborno de testigos, parece que nada ha cambiado.

---

Last May, the Milan Tribunal released the reasoning behind the first-instance verdict in the case known in the media as 'Ruby-ter'. The case, also due to the involved parties, garnered significant media attention both in Italy and abroad. However, little has been said about the strictly legal aspects that characterized the judgment. The main issue addressed by the Tribunal concerns the subjective qualification to be attributed to individuals accused of perjury. According to the Milanese judges, although the defendants had already been implicated in criminal activities – and thus should have been summoned and examined under the provisions for 'pure' witnesses according to Article 210, paragraph 6, of the Italian Code of Criminal Procedure – they were essentially under investigation for a related offense, making them incompatible with the role of a witness. The verdict provides an opportunity to revisit the delicate issue of witness tampering, which has been (and still is) the subject of heated debate both among legal scholars and in the case law. This paper aims to review and analyze the reasons behind the acquittal of all the accused individuals involved, highlighting how the issues underlying the criminal offense under Article 319-ter of the Italian Criminal Code remain highly relevant. Thirteen years after the landmark Mills case, which remains the primary reference on witness tampering, it seems that nothing has changed.

## SOMMARIO

1. Introduzione: le questioni giuridiche affrontate e la delimitazione dell'oggetto d'indagine. – 2. I fatti alla base del procedimento: la vicenda giudiziaria. – 3. L'assunzione della qualità di testimone in capo ai corrotti: lo statuto dei dichiaranti e lo scrutinio del giudice. – 4. Il testimone quale soggetto attivo della corruzione in atti giudiziari. – 5. I rapporti intercorrenti tra le fattispecie di corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.) e di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-bis c.p.). – 6. Considerazioni conclusive.

## 1.

## Introduzione: le questioni giuridiche affrontate e la delimitazione dell'oggetto d'indagine.

Con la sentenza in commento, molto attesa per la notorietà dell'imputato e per la rilevanza dei fatti storici alla base del procedimento<sup>1</sup>, il Tribunale di Milano ha definito il primo grado del caso noto alla cronaca come 'Ruby-ter', propendendo per l'assoluzione di tutti i soggetti coinvolti<sup>2</sup>.

Oggetto principale del giudizio è stata l'annosa questione dell'ambito applicativo del delitto di corruzione in atti giudiziari<sup>3</sup> con peculiare riferimento alla qualifica soggettiva da riconoscere alle persone in ipotesi d'accusa corrotte per rendere falsa testimonianza nell'ambito dei processi c.d. Ruby 1<sup>4</sup> e Ruby 2<sup>5</sup>. La corruzione in atti giudiziari e la falsa testimonianza, infatti, «sono reati propri e possono configurarsi solo se la persona accusata dell'aver accettato la promessa o l'offerta di denaro o altra utilità per rendere dichiarazioni false o reticenti, volte a favorire o danneggiare una parte, sia un testimone, e quindi, pubblico ufficiale»<sup>6</sup>.

Attraverso un lungo, articolato e approfondito percorso motivazionale<sup>7</sup>, che si pone nel solco di quanto già tracciato dalla Sezioni Unite *Mills*<sup>8</sup>, la sentenza ha affermato che nel caso di specie tutte le imputate avrebbero dovuto essere qualificate come 'indagate sostanziali', posto che queste ultime, al momento della loro escussione, erano già state attinte da indizi di reità. Ad avviso del Tribunale «non sono necessarie prove della sussistenza di un reato a carico delle dichiaranti per qualificarle come indagate e per escuterle nelle corrispondenti forme garantite». La ricerca delle prove segue l'iscrizione della notizia di reato e «per quest'ultima – e per la qualificazione come sostanziale indagato ai fini dell'applicazione del relativo regime dichiarativo – sono sufficienti indizi di reato».

Essendo state «pressoché tutte le imputate [...] destinatarie di un decreto di perquisizione», oltre che di intercettazioni, il Collegio ha concluso osservando come a carico di tutte quest'ultime vi fossero, ben prima dell'escussione di ciascuna, plurimi indizi del delitto di corruzione in atti giudiziari.

Conseguenza diretta di quanto esposto è l'insussistenza dei delitti di corruzione in atti giudiziari e falsa testimonianza – e dunque, l'assoluzione anche dei concorrenti nei medesimi delitti – non essendo stato integrato uno degli elementi costitutivi di tali delitti: «nella specie è mancata la qualità di pubblico ufficiale-testimone in capo alle persone che, in ipotesi d'accusa,

<sup>1</sup> Per una ricostruzione dei profili 'etici' e 'moralì' che la vicenda ha sollevato, anche e soprattutto con riguardo al clamore mediatico riscontrato, GATTA (2015), pp. 385 ss.

<sup>2</sup> Si precisa fin da subito che il 29 giugno 2023 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano ha presentato ricorso diretto per Cassazione avverso la sentenza in questa sede in commento. I motivi di ricorso sono riportati nel documento – messo a disposizione dalla stessa Procura – liberamente consultabile online sul sito di *Giurisprudenza penale web*, 4 luglio 2023.

<sup>3</sup> In dottrina la questione dell'ambito di applicazione della corruzione in atti giudiziari è pacificamente riconosciuta come problematica; l'espressione «annosa» è utilizzata, tra i molti, da MAGNINI (2013), pp. 78 ss. Si v. anche GAMBARDELLA (2000), pp. 823 ss.

<sup>4</sup> Il procedimento c.d. Ruby 1 è quello a carico di Silvio Berlusconi, definito in primo grado da Trib. Milano., sez. IV, 24 giugno 2013, n. 7927. Esso si conclude con Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 2015 (dep. 28 maggio 2015), n. 22526.

<sup>5</sup> Viene invece, anche nel prosieguo, indicato come Ruby 2, quello celebrato nei confronti di Emilio Fede, Dario Mora e Nicole Minetti dinanzi al Trib. Milano, sez. V, 19 luglio 2013, n. 9289. In conclusione la Corte di Cassazione confermò la sentenza di condanna resa, da ultimo, dalla Corte d'App. di Milano, sez. IV, 16 luglio 2018 (ud. 7 maggio 2018), n. 3176, liberamente consultabile online sul sito di *Giurisprudenza penale web*, 21 luglio 2018.

<sup>6</sup> Per un'analisi dei reati 'propri', e più nello specifico, sul ruolo della qualità soggettiva nel 'tipo criminoso', DEMURO (1998), pp. 815 ss.; GULLO (2005); PELISSERO (2004), pp. 1 ss.

<sup>7</sup> Oltre al testo completo della sentenza, è consultabile il percorso motivazionale sintetizzato nei suoi principali punti di diritto in *Giurisprudenza penale web*, 17 maggio 2023.

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, c.d. sentenza *Mills*, le cui statuizioni rappresentano – come si chiarirà meglio nel prosieguo – il punto di riferimento per la sentenza annotata.

sarebbero state remunerate per rendere dichiarazioni compiacenti».

Per giungere alla suddetta conclusione i giudici ambrosiani si sono soffermati analiticamente su tutti gli snodi logico-giuridici funzionali alla decisione.

Dopo aver ricostruito la definizione normativa di testimone accolta dal nostro ordinamento e aver approfondito il potere-dovere del giudice di sindacare la qualità del soggetto esaminato, la sentenza analizza la controversa figura della corruzione in atti giudiziari (del testimone), scandagliandone i tratti essenziali e specificandone i confini normativi rispetto alle diverse fattispecie di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.) e di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-bis c.p.).

Giova fin da subito precisare che tra le molte e importanti questioni – di diritto penale sostanziale e processuale – che la pronuncia in esame affronta ne verranno isolate tre, riguardanti, rispettivamente, l'assunzione della qualità di testimoni in capo alle imputate (par. 3), la riconducibilità del testimone tra i possibili soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari (par. 4) e il rapporto intercorrente tra le fattispecie di corruzione in atti giudiziari *ex art. 319-ter c.p.*, intralcio alla giustizia *ex art. 377 c.p.* e induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria *ex art. 377-bis c.p.* (par. 5).

Le problematiche di diritto (strettamente) processuale, invece, esulano dalle presenti riflessioni, se non per i riflessi che manifestano sul terreno del diritto sostanziale. Infatti, le disposizioni processuali relative allo statuto dei dichiaranti, all'utilizzabilità e al valore probatorio delle dichiarazioni provenienti da soggetti che assumono le diverse vesti processuali (testimoni puri o assistiti oppure come indagati/imputati di reato connesso) si saldano strettamente con le norme del diritto penale sostanziale. Quest'ultimo si preoccupa di «scongiurare fenomeni di contaminazione processuale e, più in generale, condotte tese ad alterare la genuinità del contributo conoscitivo delle persone chiamate a rendere dichiarazioni nel processo», modulando diversamente il «perimetro della fattispecie incriminatrice e l'asprezza del trattamento sanzionatorio a seconda della qualità della persona chiamata a rendere dichiarazioni nel processo»<sup>9</sup>.

L'obiettivo ultimo della presente analisi è duplice. Da un lato si vuole sottolineare positivamente la portata della pronuncia in commento, la quale – pur riproponendo principi ben consolidati dalla giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup> – risolve in chiave garantista la questione sottoposta, sforzandosi di esaminare dettagliatamente tutti i passaggi logici necessari per giungere alla descritta conclusione, anche e soprattutto attraverso l'esplicito riferimento alla coerenza sistematica che lega la normativa processuale a quella sostanziale; dall'altro, si proporranno alcune considerazioni critiche inerenti alla premessa teorica sulla quale è costruito l'intero ragionamento: la riconducibilità della corruzione del testimone nella fattispecie di cui all'art. 319-ter c.p.<sup>11</sup>, e più in generale, la tendenza della giurisprudenza a dilatare i confini dell'ipotesi delittuosa in analisi<sup>12</sup>.

Merita da ultimo puntualizzare che i principali assunti richiamati dal provvedimento in esame furono originariamente sanciti – trovando così definitivo suffragio – da un'importante pronuncia resa dalla Corte di Cassazione nel (già citato) caso *Mills*<sup>13</sup>, i cui riferimenti ermeneutici costituiscono il 'faro' della decisione in commento.

## 2.

### I fatti alla base del procedimento: la vicenda giudiziaria.

Prima di addentrarsi nell'analisi dei principali snodi di diritto penale sostanziale percorsi dai giudici, pare utile ricapitolare, sia pure sinteticamente, i fatti oggetto del vaglio del Tribunale<sup>14</sup>.

La trama giudiziaria su cui si innesta il presente procedimento è a tutti nota. Nella notte

<sup>9</sup> Sentenza in commento, p. 103.

<sup>10</sup> Ancora Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, cit.; ma anche, sul punto, Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 2015 (dep. 29 luglio 2015), n. 33583, con nota di DELLA TORRE. (2015).

<sup>11</sup> La questione rientra nella più ampia tematica dell'estensione della categoria dei soggetti attivi della fattispecie di cui all'art. 319-ter c.p. Sul punto la bibliografia è imponente. Tra i tanti AMATI (2001), pp. 1 ss.; BALBI (2003), p. 269; BALBI (2004), p. 244; BENUSSI (2013), pp. 773 ss.; BELLAGAMBA (2008), pp. 3543 ss.; CINGARI (2012), pp. 134 ss.

<sup>12</sup> Per tutti MAIELLO (2010), p. 955.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, cit., con nota di FERRARI (2010), pp. 3023-3040.

<sup>14</sup> Per una ricostruzione 'commentata' della vicenda si v. il contributo di GATTA (2013); nonché la nota di GAMBARDELLA (2015), pp. 3068 ss.

tra il 27 e il 28 maggio 2010 Silvio Berlusconi – allora Presidente del Consiglio – chiese al Questore di Milano, per telefono, il rilascio e l'affidamento alla consigliera regionale Nicole Minetti della minore Karima el Mahroug (oggi nota come Ruby), poche ore prima arrestata per furto dalla Questura di Milano.

Successivi accertamenti relativi alla partecipazione di Ruby e di altre donne in occasione di alcune feste a sfondo sessuale presso la residenza di Berlusconi in Arcore, portarono, da un lato, alla contestazione nei confronti di quest'ultimo dei delitti di concussione e di prostituzione minorile, e dall'altro, in un procedimento separato, alla contestazione dei delitti di induzione e favoreggiamento della prostituzione minorile nei confronti di altri soggetti.

All'esito dei citati processi, gli atti vennero inviati in Procura per vagliare la veridicità delle dichiarazioni rese dai soggetti escussi in dette occasioni. Dagli accertamenti emersero, a carico di tutte le persone accusate di avere accettato la promessa di denaro o altra utilità per rendere dichiarazioni tese a favorire Silvio Berlusconi (Ruby 1) e gli imputati di reato connesso (Ruby 2), ipotesi delittuose riconducibili ai reati di cui agli artt. 372 c.p. e 319-ter c.p.

'Ruby-ter' costituisce pertanto il 'terzo ramo' della vicenda giudiziaria descritta, durata più di un decennio e accompagnata, in Italia e all'estero, da un enorme clamore mediatico.

### 3. L'assunzione della qualità di testimone in capo ai corrotti: lo statuto dei dichiaranti e lo scrutinio del giudice.

Come si è anticipato, la principale questione affrontata dalla sentenza in esame è quella relativa all'assunzione in capo alle imputate della qualità di testimone nei processi c.d. Ruby 1 e Ruby 2. Il giudizio sulla sussistenza dei reati di corruzione in atti giudiziari e falsa testimonianza – che ha interessato anche la posizione di Berlusconi, indicato quale corruttore e quindi concorrente necessario del delitto di cui all'art. 319-ter c.p. – è infatti dipeso dalla soluzione data al suddetto quesito: è evidente che negando il riconoscimento della qualifica di testimone verrebbe meno il fatto tipico, per mancanza di un elemento costitutivo dei reati ascritti<sup>15</sup>.

Ebbene, come si evince dalla lettura della sentenza assolutoria, nel procedimento in esame tale necessario requisito avrebbe fatto difetto in capo alle imputate: ancorché quest'ultime fossero state attinte da indizi di reità già prima della deposizione e andassero dunque citate ed escuse ai sensi dell'art. 210, comma 6, c.p.p., queste vennero esaminate nelle forme previste per i testimoni 'puri'<sup>16</sup>. Ma poiché sostanzialmente indagate di reato connesso, erano incompatibili con la qualità di testimone. Sarebbero inoltre venute a mancare le condizioni affinché assumessero *in limine* la qualità di teste c.d. assistito: i preventivi avvisi di cui all'art. 64, lett. c), c.p.p., e la consapevole scelta di non avvalersi del diritto al silenzio *ex art.* 210, comma 6, c.p.p.<sup>17</sup>

Appurato che, in generale, l'accertamento della qualità del soggetto attivo del reato in contestazione costituisce «oggetto di uno scrutinio che il giudice può e deve compiere, anche d'ufficio, ogni volta che si trovi a verificare la sussistenza di un delitto proprio», i giudici meneghini hanno delineato natura, fondamento e limiti di tale potere valutativo.

Il percorso motivazionale richiama il secondo comma dell'art. 384 c.p., a norma del quale nel caso previsto dall'art. 372 c.p. la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi, per legge, non avrebbe dovuto essere assunto come testimone, ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi<sup>18</sup>. Quindi, con riferimento alla falsa testimonianza il legislatore ha 'rimediato' all'escussione come testimone di un soggetto incompatibile con quell'ufficio – cui quindi sia stata erroneamente attribuita la corrispondente qualità – mediante l'espressa previsione di

<sup>15</sup> Così CORVI (2010), pp. 305 ss.

<sup>16</sup> Per il caso di imputati connessi che vengono esaminati come testimoni 'puri', ILLUMINATI (2002), pp. 387 ss.

<sup>17</sup> Per una esaustiva ricostruzione della tematica DELLA TORRE (2015).

<sup>18</sup> Per un commento alla disposizione, si v., fra gli altri, PIFFER (2015), pp. 1239-1240.

cui all'art. 384, comma 2, c.p.

È altrettanto pacifico che una previsione 'di non punibilità'<sup>19</sup> analoga all'art. 384 c.p. non esista per l'ipotesi di corruzione in atti giudiziari ascritta a un soggetto escusso come testimone ma incompatibile con tale qualità poiché sostanzialmente indagato del medesimo reato o di reato connesso. Non sorprende allora che la giurisprudenza<sup>20</sup> abbia individuato in uno strumento ermeneutico, affidato al giudice del procedimento instaurato a carico del dichiarante, il 'correttivo' per evitare che quest'ultimo, sentito come testimone ancorché sostanzialmente indagato, sia perseguito per una condotta che postulava l'assunzione di una qualità con cui egli era incompatibile.

Se si negasse al giudice chiamato ad accertare la corruzione del (soggetto escusso come) testimone la possibilità di riconsiderare la qualità del dichiarante, si verificherebbe un'inaccettabile asimmetria del sistema.

Seguendo tale impostazione la pronuncia in esame conclude affermando che «il sindacato giurisdizionale sulla qualità del dichiarante, affidato al giudice che deve accertare la responsabilità di quest'ultimo per la corruzione in atti giudiziari, nell'ordinamento svolge la stessa funzione e produce i medesimi effetti che l'art. 384 c.p. spiega in relazione alla falsa testimonianza». L'autonomo potere-dovere di apprezzare la qualifica da assegnare al dichiarante, riconosciuto al giudice chiamato ad accertare la corruzione, rappresenta così strumento di effettività della garanzia costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

Calando tali considerazioni nel caso di specie, il Tribunale ambrosiano ha sancito che, sulla base delle «congerie di elementi» di cui disponevano le autorità giudiziarie che hanno esaminato come 'testimoni' le imputate, queste ultime andassero qualificate come indagate sostanziali.

Come espressamente evidenziato dal Collegio, merita ulteriormente precisare che le suddette conclusioni non si basano su «una retrospettiva che guarda al quadro complessivo offerto dai due processi (Ruby 1 e Ruby 2) o addirittura agli elementi nuovi adottati nel presente giudizio», ma che si tratta di uno studio tutto fondato «sulla valutazione degli stessi elementi resi disponibili alle autorità giudiziarie che hanno esaminato le odierne imputate, prima che le medesime sedessero sul banco dei testimoni». Non è casuale, infatti, che la sentenza parli espressamente di 'valutazione' invece che di 'rivalutazione'.

## 4.

### Il testimone quale soggetto attivo della corruzione in atti giudiziari.

La seconda questione giuridica da affrontare, seppur sinteticamente trattata dalla decisione in commento, merita un attento approfondimento in ragione del valore teorico che esprime e dell'acceso dibattito di cui è stata (ed è) oggetto<sup>21</sup>.

Pur concludendo per l'assoluzione di tutte le imputate dalle accuse di corruzione in atti giudiziari e falsa testimonianza, a causa della ritenuta insussistenza in capo a queste ultime della qualifica di testimoni (venendo di conseguenza a mancare un elemento costitutivo delle fattispecie), il Tribunale ambrosiano ha dichiarato di aderire all'orientamento ermeneutico che ritiene (astrattamente) di poter configurare la corruzione in atti giudiziari del testimone ai sensi dell'art. 319-ter c.p.

Per giustificare tale posizione la pronuncia in esame rievoca espressamente i principi sanciti dalla Corte di Cassazione nella sentenza *Mills*, che come si è anticipato costituisce il principale riferimento della decisione oggetto d'interesse in questa sede.

Le Sezioni Unite *Mills*, componendo il contrasto giurisprudenziale sulla configurabilità della corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente<sup>22</sup>, hanno confermato la tralascia indicazione del testimone quale pubblico ufficiale, derivandone la possibilità di ricondurre la corruzione del teste 'prezzolato' all'interno del perimetro normativo di cui all'art. 319-ter c.p.

<sup>19</sup> Per la collocazione, invece, dell'art. 384 c.p. tra gli elementi negativi del reato, con conseguente assenza della tipicità del fatto, VECCE (2016), p. 9, che richiama ROMANO (2013), pp. 265 ss.

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208.

<sup>21</sup> Per le riflessioni critiche alla base dell'acceso dibattito, per tutti, CENTONZE e ASTORINA (2023); BELLAGAMBA (2017), pp. 133 ss.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul tema della corruzione in atti giudiziari nella forma c.d. susseguente, soffermandosi tuttavia anche sul problematico profilo relativo alla figura del testimone, FERRARI (2010), p. 3023; MARRA (2010a), pp. 1057 ss.; MARRA (2010b), pp. 1089 ss.

Gli assunti attraverso i quali si giunse a suddetta conclusione – *apertis verbis* richiamata dal Tribunale di Milano in quanto ritenuta «del tutto pacifica»<sup>23</sup> –, sono essenzialmente due:

Il testimone è qualificabile come pubblico ufficiale perché, con la sua deposizione resa con l'obbligo di dire la verità, partecipa alla formazione della volontà del giudice.

La deposizione testimoniale è un atto giudiziario, nel senso che è «funzionale ad un procedimento giudiziario» e quindi può costituire «strumento per arrecare un favore o un danno nei confronti di una delle parti in un processo civile, amministrativo o penale».

Tale presupposto teorico si basa su un sillogismo all'apparenza lineare<sup>24</sup>: poiché il soggetto attivo del delitto di cui all'art. 319-ter c.p. è colui che ha la qualità di pubblico ufficiale e poiché ai sensi dell'art. 357 c.p. è pubblico ufficiale colui che esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa, allora il testimone, poiché compie atti funzionali al procedimento giudiziario, è pubblico ufficiale e, conseguentemente, anche soggetto attivo del delitto di corruzione in atti giudiziari.

Ora, tale ricostruzione, che sul piano logico-formale pare «coerente e finanche convincente»<sup>25</sup>, solleva un duplice ordine di problemi, il secondo subordinato alla risoluzione del primo<sup>26</sup>.

Innanzitutto è necessario verificare se il testimone possa essere pacificamente considerato, già in astratto e alla luce della nozione accolta nel nostro ordinamento, un pubblico ufficiale, apparendo *ictu oculi* manifesto che l'accertamento funga da sbarramento a qualsiasi indagine successiva<sup>27</sup>.

La giurisprudenza è granitica sul punto e risponde positivamente al quesito<sup>28</sup>, nonostante sia opportuno precisare che tale orientamento – affermatosi prima della riforma dell'art. 357 c.p. – era inizialmente funzionale a un rafforzamento della tutela del testimone<sup>29</sup>, nel senso di consentire a quest'ultimo di assumere le vesti di persona offesa in quei reati per i quali è richiesta la qualità di pubblico ufficiale nel soggetto passivo della condotta criminosa (ad esempio, l'oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-bis c.p.)<sup>30</sup>.

A seguito della novella del 1990 l'orientamento interpretativo della Suprema Corte non è mutato, seppur nella diversa prospettiva di estendere al testimone l'applicabilità delle fattispecie di reato proprie dei pubblici ufficiali<sup>31</sup>.

Sebbene parte della dottrina condivida questa impostazione<sup>32</sup>, sottolineando il ruolo di «assoluta insostituibilità»<sup>33</sup> e indispensabilità che il dichiarante ricopre rispetto alla formazione della decisione giudiziale, la questione è fortemente controversa.

Infatti, un gruppo di autorevoli studiosi nega radicalmente la possibilità di considerare il testimone un pubblico ufficiale<sup>34</sup>, rilevando l'assenza della premessa logico-giuridica su cui solo si potrebbe fondare tale assunto, ossia l'esercizio di una pubblica funzione. Esaminando la specifica disciplina processuale<sup>35</sup> si può constatare che il soggetto

<sup>23</sup> Sentenza in commento, p. 88.

<sup>24</sup> Così BELLAGAMBA (2017), p. 134.

<sup>25</sup> CINGARI (2012), p. 137.

<sup>26</sup> L'ordine d'approfondimento prende spunto e segue le tracce della puntuale analisi di CENTONZE e ASTORINA (2023).

<sup>27</sup> Sulla funzione di «sbarramento» rivestita dall'accertamento circa la qualifica del testimone, PIZZIMENTI (2006), pp. 311 ss.

<sup>28</sup> Di nuovo Cass. pen., Sez. Un., 21 aprile 2010, n. 15208, cit.; Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6274, con nota di BARTOLI (2003); ancora, Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2002, n. 15542.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 1974; Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 1971; Cass. pen., sez. V, 27 giugno 1968. Non si rinviengono invece precedenti giurisprudenziali che abbiano considerato il testimone soggetto attivo dei reati propri dei pubblici ufficiali.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 1983.; anche agli inizi del nuovo millennio, subito dopo la riforma del 1990, le pronunce consideravano il testimone pubblico ufficiale al fine di annoverare quest'ultimo tra i soggetti attivi del reato di oltraggio, così da apprestare in suo favore una maggiore tutela. Sul punto, Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 1993. In dottrina, invece, si distingue tra i reati in cui il pubblico ufficiale è soggetto passivo da quelli in cui è soggetto attivo SEMINARA (1993), p. 973, nota 39, secondo il quale potrebbe essere comprensibile una tutela rafforzata del testimone, che potrebbe anche essere considerato soggetto passivo dei delitti contro la P.A., ma non anche soggetto attivo dei reati propri dei pubblici ufficiali.

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2019, n. 44896. Alcuni autori richiamano la svolta impressa dal legislatore nel 1990 nell'abbandonare la visione autoritativa della pubblica amministrazione per fondare l'attribuzione della qualifica di p.u. in capo al testimone. Tra questi SEMINARA (2017), p. 1007. In senso conforme RAMACCI (1993), pp. 333 ss.

<sup>32</sup> BENUSSI (2015), pp. 990 ss.; BEVILACQUA (2003), pp. 1111 ss.; anche ROMANO (2015), pp. 278 ss., PIZZIMENTI (2006), p. 316.

<sup>33</sup> Sulla posizione di assoluta insostituibilità del testimone rispetto al momento decisionale SEVERINO DI BENEDETTO (1983), pp. 243-244.

<sup>34</sup> Già prima della riforma del 1990, MELLI (1971), pp. 1055-1063; MARRA (2010b), p. 1089 ss., nonché, ancora, CENTONZE e ASTORINA (2023).

<sup>35</sup> La verifica dell'esercizio da parte del soggetto non deve essere effettuata prendendo a esame la natura dell'attività complessivamente svolta, bensì avendo riguardo alla normativa che disciplina quella precisa attività nel cui ambito è stato commesso il reato, così BENUSSI (2015), p. 973.



gravato dall'obbligo testimoniale – che si articola nel dovere di comparire dinanzi al giudice, di rispondere alle domande delle parti e del giudice stesso secondo verità e completezza – non sembra compiere alcun atto tipico del potere giudiziario né la sua attività sembra porsi come presupposto o come necessario completamento dell'esercizio di quel potere. Egli risulta piuttosto subirlo, «dovendo sottostare alla posizione, legalmente stabilita, di chi lo cita e di chi lo escute, pena altrimenti l'assoggettamento alle sanzioni di cui all'art. 133 c.p.p. e, ovviamente, di cui all'art. 372 c.p.»<sup>36</sup>.

Né, d'altro canto, potrebbe fondatamente ritenersi che il teste svolga una pubblica funzione amministrativa *ex art. 357*, comma 2 c.p., perché, essendo tenuto soltanto alla narrazione dei fatti di cui è a conoscenza, non può certo dirsi investito di poteri autoritativi o certificativi né dalla funzione di formare o manifestare la volontà della pubblica amministrazione<sup>37</sup>.

Ma essendo l'attribuzione di una frazione del pubblico potere elemento caratterizzante l'esercizio della pubblica funzione, verrebbe così a mancare nel testimone il presupposto per l'assunzione della qualifica di pubblico ufficiale.

Effettuate tali premesse teoriche, che non sembrano scalfire i rigorosi e monolitici orientamenti giurisprudenziali sul punto, è necessario soffermarsi sul secondo ordine di rilievi afferenti alla configurazione della corruzione in atti giudiziari del testimone.

Anche assumendo di poter fornire risposta positiva al quesito che precede, attribuendo pertanto al testimone lo *status* di pubblico ufficiale, deve riconoscersi che il vasto insieme dei pubblici ufficiali non è perfettamente sovrapponibile alla cerchia di coloro che possono figurare quali soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari<sup>38</sup>.

Si tratta di comprendere se «l'applicazione della fattispecie incriminatrice al testimone (pubblico ufficiale) sia compatibile con la struttura e la *ratio* del reato e con il sistema normativo nel quale si colloca»<sup>39</sup>. Il tema concerne l'interpretazione del concetto di *atto giudiziario*, per verificare se il contributo dichiarativo del testimone sia uno di questi.

Anche qui, la giurisprudenza è irremovibile<sup>40</sup>: la deposizione testimoniale è un atto giudiziario in quanto funzionale al procedimento di formazione decisionale del giudice. Pertanto il testimone, potendo interferire, con la propria condotta, sul regolare e corretto svolgimento dell'attività giudiziaria e sulla volontà dell'organo giudicante, deve essere incluso tra i soggetti attivi del delitto di corruzione in atti giudiziari<sup>41</sup>.

L'orientamento, seppur molto diffuso nella prassi giudiziaria, espone il fianco a numerose critiche.

Un autorevole filone dottrinale<sup>42</sup>, fondando la propria argomentazione su elementi teleologici e di razionalità normativa, sostiene che gli *atti giudiziari ex art. 319-ter c.p.* debbano essere intesi come quelli di «esercizio della funzione giudiziaria» e non come «qualsiasi atto compiuto all'interno del processo».

Un'interpretazione in senso 'restrittivo' della norma sarebbe imposta, da un lato, dalla *ratio* del delitto di corruzione in atti giudiziari, che è finalizzata alla tutela della trasparenza, indipendenza e correttezza delle istituzioni deputate all'amministrazione della giustizia, tra le quali non può certo essere incluso il testimone<sup>43</sup>. Dall'altro, la restrizione soggettiva troverebbe fondamento nella collocazione sistematica della fattispecie e nella maggior severità del trattamento sanzionatorio<sup>44</sup>.

Diversamente operando si vanificherebbe anche il contenuto essenziale del divieto

<sup>36</sup> Ancora SEMINARA (1993), p. 973.

<sup>37</sup> In tal senso MARRA (2010b), p.1059 e MAGNINI (2013), pp. 81-88.

<sup>38</sup> Riflessioni critiche sul punto si trovano in BELLAGAMBA (2017), pp. 93 ss. e in CINGARI (2012), pp. 133 ss.

<sup>39</sup> CENTONZE e ASTORINA (2023), p.8.

<sup>40</sup> È a partire dalla sentenza Mills che i giudici di legittimità hanno ritenuto che «ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319-ter c.p., è "atto giudiziario" l'atto funzionale ad un procedimento giudiziario, sicché rientra nello stesso anche la deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale». Conformemente si pone anche la giurisprudenza più recente. Si v. Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2019, n. 44896, e Cass. pen., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 29400, nonché, in tempi meno recenti, Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6274.

<sup>41</sup> Nell'analisi di BELLAGAMBA (2017), p. 98., si delineano due differenti approcci interpretativi nell'individuazione dei soggetti attivi del delitto di corruzione in atti giudiziari. Da un lato, il c.d. modello differenziato (che ambisce a ritagliare una specificità sotto il profilo dei soggetti agenti), secondo il quale i soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari dovrebbero coincidere con quei pubblici ufficiali che svolgono funzioni giudiziarie (a qualsiasi livello), a cui si contrappone un secondo – del tutto maggioritario in giurisprudenza, come si è visto – che viceversa li identifica con tutti i p.u. che pongano in essere un 'atto giudiziario'.

<sup>42</sup> Di nuovo esaustive sul punto le parole di CENTONZE e ASTORINA (2023), pp. 8-9.

<sup>43</sup> ROMANO (2019), p. 246.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 202.

di analogia in *malam partem*, che non vieta solamente di estendere la norma incriminatrice a comportamenti che non rientrano nell'ambito del significato linguistico del testo della norma, ma anche a fatti espressione di un contenuto di disvalore eterogeneo<sup>45</sup>.

## 5. I rapporti intercorrenti tra le fattispecie di corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.) e di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-bis c.p.).

Vi è un'ultima questione che è necessario affrontare prima di avviarsi verso alcune considerazioni conclusive.

Dopo aver astrattamente ricondotto la corruzione del testimone al delitto di corruzione in atti giudiziari, e dopo aver accertato che nel caso di specie le imputate non potessero essere qualificate tali (essendo state già raggiunte da indizi di reità al momento della loro escussione), i giudici meneghini hanno completato l'indagine esaminando i rapporti intercorrenti tra le fattispecie di corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.) e di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-bis c.p.).

Dalla comparazione tra struttura e oggettività giuridica della corruzione in atti giudiziari da un lato, e dei due delitti contro l'amministrazione della giustizia appena menzionati dall'altro, si traggono alcune considerazioni che offrono un prezioso angolo visuale per la soluzione del caso di specie e che intrecciano un duplice ordine di piani: il perimetro soggettivo della fattispecie incriminatrice (chi viene punito) e l'oggettività giuridica (il bene tutelato dall'ipotesi delittuosa)<sup>46</sup>.

L'art. 319-ter c.p. punisce non solo chi induce la falsità, ma anche il soggetto indotto, che invece non è attratto nel perimetro normativo delle fattispecie incriminatrici *ex art. 377 c.p. e 377-bis c.p.*<sup>47</sup>

Secondo la ricostruzione effettuata dal Tribunale di Milano<sup>48</sup>, ciò è agevolmente spiegabile considerando che nella fattispecie corruttiva l'offerta o la promessa di denaro o altra utilità si rivolge a una persona che al momento in cui è stata escussa era pacificamente qualificabile come testimone; un soggetto, pertanto, non coinvolto (o in assenza di indizi per ritenere che lo fosse) nei fatti oggetto del giudizio né in altri ad esso connessi, ovvero ancora perché, pur indagato di reato connesso, sia stato dovutamente avvisato e garantito, consapevolmente scegliendo di assumere la qualità di testimone c.d. assistito. In definitiva, un soggetto il cui contributo conoscitivo è idoneo a fondare il convincimento del giudice.

Orbene, anche nell'art. 377 c.p. la condotta mira a contaminare le dichiarazioni di un testimone: tuttavia, l'intralcio alla giustizia postula che – a differenza dall'ipotesi di cui all'art. 319-ter c.p. – il soggetto passivo non abbia accettato l'offerta o la promessa ovvero che comunque non vi sia stata la contaminazione processuale perché la falsità non è stata commessa<sup>49</sup>. In questo caso, pertanto, il pericolo per la genuinità delle acquisizioni probatorie rimane su un piano meramente astratto. Ne consegue la punibilità del solo istigatore alla falsità, non anche del destinatario della condotta induttiva<sup>50</sup>.

Per converso, l'art. 377-bis c.p. si distanzia sia dall'art. 377 c.p. sia dall'art. 319-ter c.p. perché la condotta tesa a realizzare la contaminazione processuale si rivolge non al testimone 'puro' (che è incondizionatamente obbligato a rispondere secondo verità) bensì alla persona che possa avvalersi della facoltà di non rispondere<sup>51</sup>. La disposizione incriminatrice, chiaramente edificata sul rispetto delle forme processuali per l'escussione dell'indagato di reato

<sup>45</sup> CINGARI (2012), pp. 138-139.

<sup>46</sup> Per una ricostruzione esaustiva BELLAGAMBA (2017), pp. 242 ss.

<sup>47</sup> Sulla logica sottesa all'impunità accordata al soggetto subornato o indotto, PIFFER (2009), p. 122; CERQUA e CERQUA (2015), p. 14.

<sup>48</sup> Sentenza in commento, pp. 96 ss.

<sup>49</sup> Si riferisce alla mancata commissione della falsità quale «requisito negativo espresso» BELLAGAMBA (2017), p. 268, richiamando, tra gli altri, SCOPINARO (2009), p. 210.

<sup>50</sup> Sul punto ROMANO (1993); ROMANO (1997), pp. 1424 ss.

<sup>51</sup> VALENZA (2007), pp. 4548 ss.

connesso<sup>52</sup>, individua come soggetto passivo «la persona chiamata a rendere davanti all'auto-rità giudiziaria dichiarazioni *utilizzabili* in un procedimento penale». Anche in questo caso, quindi, il soggetto destinatario della condotta incriminata, pur titolare del diritto al silenzio e quindi portatore di un interesse nel procedimento, è potenzialmente fonte di un contributo conoscitivo nel processo, in quanto le sue dichiarazioni sono, appunto, *utilizzabili*. Ma affinché ciò avvenga, è necessario che l'indagato di reato connesso sia stato ritualmente avvisato della facoltà di astenersi<sup>53</sup>.

Ecco allora che emerge la *ratio* del sistema, nonché il saldo collegamento tra il diritto sostanziale e il diritto processuale: il legislatore ha scelto di sanzionare condotte di contaminazione processuale indirizzate ad un soggetto il cui apporto sia funzionale all'accertamento della verità cui ogni processo tende.

La differente gravità della risposta sanzionatoria apprestata dall'ordinamento alle diverse fenomenologie di contaminazione processuale riflette poi la differente oggettività giuridica delle fattispecie<sup>54</sup>.

Gli artt. 377 e 377-bis c.p. sono delitti contro l'amministrazione della giustizia. Con le condotte stigmatizzate da queste fattispecie si tenta (art. 377 c.p., reato di pericolo, che realizza un presidio di tutela particolarmente anticipato) o si lede (art. 377-bis c.p.) l'interesse ad evitare ingerenze nel procedimento di acquisizione degli elementi probatori. L'art. 319-ter c.p. è invece delitto contro la pubblica amministrazione<sup>55</sup>. Secondo quanto affermato dalla sentenza in commento, il solo fatto che «un testimone (una fonte di prova) renda dichiarazioni (e quindi eserciti l'ufficio pubblico assunto legittimamente, perché l'autorità che lo escute non ha indizi di reato che lo vedano coinvolto) pur avendo accettato l'offerta di denaro o altra utilità, di per sé solo pregiudica la funzione giudiziaria».

Infatti, per un verso la condotta tesa a influenzare la deposizione del testimone (puro) è punita in via del tutto anticipata: anche se egli non accetta la promessa o l'offerta tesa a condizionare il contenuto delle dichiarazioni è integrata l'ipotesi di cui all'art. 377 a carico del solo soggetto attivo.

Laddove poi si perfezioni l'accordo teso a orientare la dichiarazione del teste – sempre secondo quanto sancito dal provvedimento in analisi – si scivola nella più grave fattispecie corruttiva di cui all'art. 319-ter c.p. (con il più severo trattamento sanzionatorio previsto) colpendo entrambi i soggetti del patto illecito<sup>56</sup>.

Tale ultima affermazione, pur apparentemente pacifica e coerente con quanto sinora esposto, solleva più di qualche perplessità. Non è infatti mancato chi ha sostenuto che la verifica circa la convergenza normativa tra intralcio alla giustizia e corruzione in atti giudiziari debba essere effettuata al momento della pattuizione dell'accordo illecito e non rimanere 'sospesa', per poi essere oggetto di 'rivalutazione' se, successivamente, «si verifica un'anomala sorta di condizione risolutiva rappresentata dal conseguimento del fine»<sup>57</sup>. Laddove – come avvenuto nel caso di specie – il testimone dica il falso 'mantenendo l'impegno' preso con il corruttore/subornatore, applicare la disciplina della corruzione in atti giudiziari implicherebbe la costruzione, per via interpretativa, di una fattispecie inedita: sarebbe il solo caso nell'ordinamento in cui la rilevanza penale di una corruzione dipenderebbe dall'effettivo compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio da parte del pubblico ufficiale<sup>58</sup>.

Ma i paradossi applicativi non finiscono qui.

Seguendo l'impianto motivazionale delineato dalla sentenza in commento, prima della falsa deposizione per il futuro testimone non ci sarebbe – per espressa scelta legislativa consacrata dall'art. 377 c.p. – nessuna pena. Qualora invece lo stesso soggetto deponga poi il falso, egli sarebbe perseguibile per il reato di corruzione in atti giudiziari e per quello di falsa testimonianza, con l'ulteriore problematica conseguenza di comprendere quali rapporti intercorrano tra le due fattispecie. Sul punto la giurisprudenza dominante<sup>59</sup>, nella quale si colloca anche

<sup>52</sup> Sul punto si v. le riflessioni di CHIVARIO (2002), p. 145.

<sup>53</sup> Così RAMUNDO (2012), pp. 539 ss.

<sup>54</sup> In dottrina, per un'analisi completa sulla differente risposta sanzionatoria nell'ambito dei reati contro l'amministrazione della giustizia, FORNASARI e RIONDATO (2017).

<sup>55</sup> Si v. sul punto RAMUNDO (2014), pp. 246-256.

<sup>56</sup> Per alcune considerazioni critiche MAGNINI (2013), pp. 81-88.

<sup>57</sup> Così BARTOLI (2003), p. 1132.

<sup>58</sup> CENTONZE e ASTORINA (2023), p. 19.

<sup>59</sup> Di nuovo Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n.15208, cit.; Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6274 con nota di BARTOLI (2003); ancora, Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2002, n. 15542,

quella di merito ivi commentata, è ferma nel sostenere la tesi del concorso materiale<sup>60</sup>, stante la diversa obiettività giuridica tutelata e la differenza strutturale che connota le due figure criminose, correlate da una relazione di eterogeneità e non di specialità, né unilaterale né reciproca.

Tale impostazione, però, non sembra potersi pacificamente condividere. Anche prescindendo dall'argomento relativo all'identità del bene giuridico – il quale, seppur sostenuto dal Tribunale di Milano, si ritiene ormai superato<sup>61</sup> –, la dottrina evidenzia l'esistenza di insormontabili ostacoli di carattere sistematico.

Infatti, accedendo alla tesi che qui si critica, si finirebbe per impattare anche sulla ritrattazione, determinandone di fatto l'inoperatività. Secondo lo schema delineato dall'art. 376 c.p. l'autore della falsa testimonianza è indotto a ritrattare il falso e a manifestare il vero nella consapevolezza che il ripristino dello *status quo* precedente alla lesione del corretto ed efficace funzionamento dell'attività giudiziaria gli garantisca l'impunità. Di conseguenza, l'eventuale incriminazione per corruzione in atti giudiziari (quale atto prodromico e causale rispetto al delitto scopo) andrebbe nella direzione opposta rispetto a quella indicata dal legislatore, iniziando condotte *post factum* che, affinché trovino effettiva realizzazione, «necessitano di una premialità incondizionata o comunque non contaminata dalla concorrenza di altri titoli di reato, peraltro sanzionati con pena più severa rispetto a quella che si intende evitare»<sup>62</sup>. Ci si troverebbe così ad avere una causa di non punibilità che riguarda il delitto di falsa testimonianza, ma che non potrebbe essere applicata alla fattispecie di corruzione in atti giudiziari, contrastando con la *ratio* del sistema normativo che incentiva fin dove è possibile la ritrattazione al fine di tutelare la verità processuale.

In definitiva, sarebbe la stessa analisi dei rapporti tra la corruzione in atti giudiziari e la falsa testimonianza a confermare l'impossibilità di configurarli in forma concorsuale, altrimenti alimentando un corto circuito logico-giuridico risolvibile solo attraverso la definitiva esclusione del testimone dal novero dei soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari. Gli studiosi che si sono occupati del tema ritengono impercorribile la strada del concorso materiale, perché comporterebbe un aggravio sanzionatorio e una violazione del *ne bis in idem*<sup>63</sup> «difficilmente giustificabile»<sup>64</sup>, oltre alle descritte ragioni sistematiche.

## 6. Considerazioni conclusive.

La sentenza in commento, redatta con apprezzabile cura ed approfondimento delle risultanze processuali, risolve in chiave 'garantista' la questione sottoposta.

Il Tribunale di Milano ha assolto le imputate con la formula «*perché il fatto non sussiste*», ritenendo non essere stato integrato uno degli elementi costitutivi del delitto di corruzione in atti giudiziari e di falsa testimonianza.

Tale conclusione deve essere accolta con favore. Come specificato in motivazione, infatti, tutelare il diritto al silenzio significa assicurare l'effettività della garanzia del *nemo tenetur se detegere*, un principio che affonda le radici direttamente nel diritto di difesa, pietra angolare dell'ordinamento giuridico<sup>65</sup>.

In tal senso le pur legittime esigenze punitive non possono mai indurre ad abdicare alla garanzia di un diritto fondamentale, costituzionalmente presidiato, quale il diritto di difesa, altrimenti finendo per tradire l'essenza stessa del sistema<sup>66</sup>.

Ciò che in questa sede si è voluto analizzare con sguardo critico sono le premesse strettamente teoriche che hanno qualificato il giudizio e che riguardano più da vicino il delitto di corruzione in atti giudiziari<sup>67</sup>.

Ci si riferisce, come si è visto, alla tendenza da parte della giurisprudenza a ricomprendere nella sfera di applicazione del reato di corruzione in atti giudiziari il mercimonio della falsa

<sup>60</sup> La tesi è suffragata anche da una parte della dottrina, si v. BENUSSI (2013), pp. 833 ss.; PAGLIARO e PARODI, (2008), p. 265.

<sup>61</sup> Tale criterio viene definito anche «fuorviante» in BELLAGAMBA (2008), p. 3539. Più in generale, è la stessa giurisprudenza a prendere posizione nel senso del superamento del criterio di *identità*. Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235. Nello stesso senso anche Cass. pen., Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 7537, con nota di BELLAGAMBA (2011).

<sup>62</sup> Ancora BELLAGAMBA (2017), p. 270.

<sup>63</sup> L'applicabilità della sola fattispecie di falsa testimonianza sia per il corruttore sia per il testimone è confermata da ROMANO (2019).

<sup>64</sup> CENTONZE e ASTORINA (2023), p. 19.

<sup>65</sup> In argomento si v. AMODIO (2001), p. 3589.

<sup>66</sup> MOSCARINI (2010), pp. 1104 ss.

<sup>67</sup> MEZZETTI (2007), p. 1622.

testimonianza. Ma anche, più generalmente, alle problematiche strutturali – e di conseguenza interpretative – che continuano ad interessare la *figura criminis* descritta dall'art. 319-ter c.p.<sup>68</sup>

Ciò che emerge dalla pronuncia annotata, in conclusione, è una sorta di 'ambivalenza'. Da un lato l'innegabile sforzo compiuto nell'indagine relativa all'effettiva qualifica da riconoscere alle imputate. Il dettaglio e l'approfondimento del percorso motivazionale sul punto, volti ad assicurare le garanzie processuali delineate dal codice di rito, consentono di trarre importanti insegnamenti sui principi costituzionali del nostro sistema in materia penale, primo fra tutti il diritto di difesa, con l'annesso corollario del *nemo tenetur se detegere*.

Dall'altro la parte inerente alla profilazione dei tratti essenziali del reato di corruzione in atti giudiziari, che aggiunge un significativo tassello alla forgiatura giurisprudenziale del delitto in parola, ribadendo e consolidando tutti gli aspetti problematici che hanno qualificato la diatriba negli ultimi decenni.

Il Tribunale di Milano ha dedicato più di duecento pagine alla ricostruzione di profili giuridici ormai consolidati nella giurisprudenza di legittimità, senza interrogarsi circa l'effettiva validità di alcuni assunti teorici e rischiando talvolta di far perdere il punto centrale della questione sottoposta.

La mera riproposizione testuale dei principi sanciti dalle Sezioni Unite *Mills* – seppur innegabile punto di riferimento sul tema – potrebbe lasciare 'insoddisfatto' il lettore, anche e soprattutto alla luce dello iato temporale trascorso dalla pronuncia della Suprema Corte e della copiosa riflessione dottrinale prodotta nel frattempo<sup>69</sup>.

È ormai evidente che il reato di corruzione in atti giudiziari presenti delle criticità. La figura criminosa è stata nel corso degli anni, proprio a causa di un 'mal scritto' precetto normativo<sup>70</sup>, oggetto di una sorta di protagonismo costruttivo/conformativo della prassi<sup>71</sup>. Tale «esorbitanza modellatrice»<sup>72</sup>, che ha caratterizzato il lavoro delle corti, ha prodotto esiti di vera e propria trasfigurazione della fattispecie, estendendone la latitudine al punto da ricondurre comportamenti che, pur essendo compatibili con il significato linguistico-lessicale del testo normativo, pur tuttavia appaiono decisamente incompatibili con la struttura del 'tipo criminoso' descritto dalla norma incriminatrice e con il contesto normativo nel quale essa è collocata<sup>73</sup>.

L'analisi svolta mira dunque a dimostrare la necessità di una revisione critica degli orientamenti della giurisprudenza in materia di 'corruzione' del testimone. In altri termini, nell'opinione di chi scrive, la sentenza *Mills* merita di essere ridiscussa alla luce delle sue profonde implicazioni pratiche, quanto meno nel senso di porsi alcuni quesiti a più di dieci anni di distanza.

---

## Bibliografia

AMATI, Enrico (2001): "Sulla necessità di individuare un atto specifico e determinato nei delitti di corruzione", *Foro Ambrosiano*, pp. 1 ss.

AMODIO, Ennio (2001): "Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato su fatti altrui", *Cassazione penale*, pp. 3589 ss.

BALBI, Giuliano (2003): *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica* (Napoli, Jovene)

BALBI, Giuliano (2004): "La corruzione in atti giudiziari", in FIORE, Stefano (editor): *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* (Utet giuridica, Torino)

<sup>68</sup> Per una panoramica generale circa le problematiche che interessano il reato di corruzione in atti giudiziari MILITELLO (1987), pp. 361 ss.

<sup>69</sup> Per tutti CENTONZE e ASTORINA (2023) e BELLAGAMBA (2017).

<sup>70</sup> Sulle esigenze migliorative del testo normativo, anche con riferimento alla qualificazione della corruzione in atti giudiziari come fattispecie autonoma o circostanza aggravante, BELLAGAMBA (2017), pp. 7 ss; si v. anche CINGARI (2011), p. 236.

<sup>71</sup> In tali termini MAIELLO (2010), p. 955.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 956.

<sup>73</sup> Si v. sul punto PALAZZO (2002), p. 554., nonché INSOLERA (2013), pp. 4 ss.

- BARTOLI, Roberto (2003): “Falsità ideologica per induzione in atti dispositivi e corruzione in atti giudiziari”, *Diritto penale e processo*, pp. 1119-1133
- BELLAGAMBA, Filippo (2008): “Il reato di corruzione in atti giudiziari nella sua (non ben definita) dimensione applicativa”, *Cassazione penale*, 9, pp. 3530 ss.
- BELLAGAMBA, Filippo (2011): “Specialità e sussidiarietà nei rapporti tra truffa aggravata ed indebita percezione di erogazioni pubbliche”, *Diritto penale e processo*, pp. 960 ss.
- BELLAGAMBA, Filippo (2017): *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del diritto* (Giappichelli, Torino)
- BENUSSI, Carlo (2013): “I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali”, in MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (eds.): *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, (CEDAM, Padova)
- BENUSSI, Carlo (2015): “Sub art. 357”, in DOLCINI, Emilio e GATTA, Gianluigi (eds.): *Codice penale commentato* (Milano, Ipsoa), pp. 963-1031
- BEVILACQUA, Benedetto (2003): *I reati dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione* (Padova, Cedam)
- CENTONZE, Francesco e ASTORINA, Pierpaolo (2023): “Corruzione in atti giudiziari e testimoni: una revisione critica”, *Sistema Penale*, 27 gennaio 2023
- CERQUA, Luigi e CERQUA, Federico (2015): *I reati di intralcio alla giustizia. Forme di subornazione e tutela della prova dichiarativa* (Milano, Giuffrè)
- CHIVARIO, Mario (2002): “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell’art. 111 della Costituzione”, *La legislazione penale*, 1-2, pp. 139-149.
- CINGARI, Francesco (2011): “La corruzione in atti giudiziari”, in PALAZZO, Francesco (editor): *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione* (Napoli Roma, Edizioni scientifiche italiane)
- CINGARI, Francesco (2012): *Repressione e prevenzione della corruzione* (Giappichelli, Torino)
- CORVI, Angela (2010): “Ricompensa al testimone falso o reticente e art. 319 ter c.p.”, *Corriere del merito*, 3, pp. 305 ss.
- 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?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 ottobre 2015
- DELLA TORRE, Jacopo (2015): “Quali conseguenze nei casi di violazione della disciplina degli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.? La parola alle Sezioni Unite”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2015
- DEMURO, Gian Paolo (1998): “Tipicità ed offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell’economia”, *Rivista Trimestrale di Diritto penale dell’economia*, pp. 815-850
- FERRARI, Fabio Maria (2010): “La corruzione susseguente in atti giudiziari, un difficile connubio tra dolo generico e dolo specifico”, *Cassazione penale*, 9, pp. 3023-3040
- FORNASARI, Gabriele e RIONDATO, Silvio (eds) (2017): *Reati contro l’amministrazione della giustizia* (Torino, Giappichelli)

GAMBARDELLA, Marco (2000): “Corruzione in atti giudiziari: ambito applicativo e individuabilità dell’atto d’ufficio”, *Rassegna giuridica umbra*, 3, p. 823 ss.

GAMBARDELLA, Marco (2015): “Osservazioni a Cass. pen., 28 marzo 2015, n. 22526”, *Cassazione penale*, 9, pp. 3068 ss.

GATTA, Gian Luigi (2013): “La sentenza sul caso Berlusconi-Ruby, sotto la lente del giurista: un’occasione per riflettere sulla nozione di minaccia penalmente rilevante”, *Diritto penale contemporaneo*, 26 novembre 2013

GATTA, Gian Luigi (2015): “La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi- Ruby: tra morale e diritto”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 385 ss.

GULLO, Antonio (2005): *Il reato proprio: dai problemi ‘tradizionali’ alle nuove dinamiche di impresa* (Milano, Giuffrè),

ILLUMINATI, Giulio (2002): “L’imputato che diventa testimone”, *L’Indice Penale*, 2, pp. 387 ss.

INSOLERA, Gaetano (2013): “Dogmatica e orientamento della giurisprudenza”, *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2013

MAGNINI, Valentina (2013): “Sui confini applicativi della corruzione in atti giudiziari”, *Diritto Penale e Processo*, 1, pp. 78 ss.

MAIELLO, Vincenzo (2010): “La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema”, *Diritto penale. e processo*, 8, pp. 955 ss.

MARRA, Giuseppe (2010a): “La corruzione in atti giudiziari e l’insostenibile incertezza dell’essere”, *Giurisprudenza di merito*, pp. 1057-1064

MARRA, Giuseppe (2010b): “La corruzione susseguente in atti giudiziari tra interpretazione letterale e limiti strutturali”, *Diritto penale e processo*, 9, pp. 1089 ss.

MELLI, Giancarlo (1971): “L’oltraggio dell’imputato al testimone e il diritto di difesa”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1055-1063

MEZZETTI, Enrico (2007): “Nobiltà e miseria” ovvero della corruzione in atti giudiziari, in *Cassazione penale*, 4, pp. 1622 ss.

MILITELLO, Vincenzo (1987): “Sulla corruzione in atti giudiziari”, in STILE, Alfredo (editor): *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, (Napoli, Jovene)

MOSCARINI, Paolo (2010): “Silenzio dell’imputato”, *Enciclopedia del diritto*, III Annali, Milano, pp. 1104 ss.

PAGLIARO, Antonio e PARODI GIUSINO, Manfredi (2008): *Principi di diritto penale. Parte speciale. I: Delitti contro la pubblica amministrazione* (Milano, Giuffrè)

PALAZZO, Francesco (2002): *Diritto privato (2001-2002)*, VII-VIII, *L’interpretazione e il giurista* (Padova, CEDAM)

PELISSERO, Marco (2004): *Il concorso nel reato proprio* (Milano, Giuffrè)

PIFFER, Guido (2009): “I delitti contro l’amministrazione della giustizia”, in INSOLERA, Gaetano e ZILLETTI, Lorenzo (eds.): *Il rischio penale del difensore* (Milano, Giuffrè)

PIFFER, Guido (2015): “Sub art. 377”, in DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio (eds.): *Codice penale commentato* (Milano, Giuffrè), pp. 1229-1237.

PIZZIMENTI, Anna (2006): “La corruzione del falso testimone: profili strutturali e sostanziali di un controverso rapporto fra norme”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 314-337

RAMACCI, Fabrizio (1993): “Norme interpretative e definizioni: la nozione di pubblico ufficiale”, in COPPI, Franco (editor): *Reati contro la pubblica amministrazione (Studi in onore di Angelo Raffaele Latagliata)* (Torino, Giappichelli)

RAMUNDO, Pietro (2012): “La problematica identificazione del destinatario della condotta subornatrice ex art. 377 e 377-bis c.p.”, *La giustizia penale*, 10, pp. 539 ss.

RAMUNDO, Pietro (2014): “I reati di intralcio alla giustizia (ex subornazione) e di corruzione in atti giudiziari, tra interferenze e problemi applicativi”, *La giustizia penale*, 4, pp. 246-256

ROMANO, Bartolomeo (1993): *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo* (Milano, Giuffrè)

ROMANO, Bartolomeo (1997): “Principio di legalità ed esigenze di tutela nella “subornazione” di soggetto esaminato dalla polizia giudiziaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1424-1434

ROMANO, Bartolomeo (2013): *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, (CEDAM, Padova)

ROMANO, Mario (2015): *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico, sub art. 357* (Milano, Giuffrè)

ROMANO, Mario (2019): *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico* (Milano, Giuffrè)

SCOPINARO, Lucia (2009): “Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria”, in PISA, Paolo (editor): *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, (Milano, Giuffrè)

SEMINARA, Sergio (1993): “Gli interessi tutelati nei reati di corruzione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 951-993

SEMINARA, Sergio (2017): “Nota introduttiva ai reati contro la pubblica amministrazione”, in FORTI, Gabrio et al. (eds.): *Commentario breve al codice penale* (Padova, Cedam), pp. 1006-1009

SEVERINO DI BENEDETTO, Paola (1983): *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive* (Milano, Giuffrè)

VALENZA, Daniela (2007): “Applicabilità del tentativo al reato di cui all'art. 377-bis e rapporti strutturali con la fattispecie di “intralcio alla giustizia”, *Cassazione penale*, 12, pp. 4548 ss.

VECCE, Antonio (2016): “L'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma”, *Archivio Penale*, 2, pp. 1-14



QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE  
*CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*  
*ISSUES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW*

- 154 **L'art. 558 bis c.p.p. e la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari**  
*La competencia funcional en el juicio inmediato ante el tribunal unipersonal por delitos sujetos a citación directa a juicio*  
*Immediate Trial in Proceedings Before a Single Judge Court. The Functional Competence of the Judge for Preliminary Investigations*  
Teresa Bene

# L'art. 558 bis c.p.p. e la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari

*La competencia funcional en el juicio inmediato ante el tribunal unipersonal por delitos sujetos a citación directa a juicio*

*Immediate Trial in Proceedings Before a Single Judge Court. The Functional Competence of the Judge for Preliminary Investigations*

TERESA BENE

*Ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II  
teresa.bene@unina.it*

PROCEDIMENTI SPECIALI,  
INDAGINI PRELIMINARI

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES,  
INVESTIGACIONES PRELIMINARES

SPECIAL PROCEEDINGS,  
PRE-TRIAL INVESTIGATION

---

---

## ABSTRACTS

L'introduzione del giudizio immediato anche nell'ambito dei procedimenti per reati procedibili con citazione diretta avanti al Tribunale in composizione monocratica ha creato distorsioni applicative in punto di competenza funzionale. Lo scritto ripercorre le diverse interpretazioni e individua la linea normativa che affida al giudice per le indagini preliminari la competenza sulla richiesta di giudizio immediato.

La introducción del juicio inmediato ante el tribunal unipersonal por delitos sujetos a citación directa a juicio ha creado distorsiones en la práctica en términos de competencia funcional. El presente trabajo analiza las diferentes interpretaciones e identifica la línea normativa que encarga al juez de instrucción la competencia sobre la solicitud de juicio inmediato.

The introduction of immediate trial in proceedings before a single judge Court has created practical distortions in terms of functional jurisdiction. This paper traces the different interpretations and identifies the regulatory framework that entrusts the judge for preliminary investigations with jurisdiction over the request for immediate trial.

## SOMMARIO

1. La novità e le distorsioni interpretative. – 2. Alcune considerazioni di sistema. – 3. Il nuovo art. 558 bis c.p.p. – 4. L'interpretazione della Corte di cassazione.

## 1.

**La novità e le distorsioni interpretative.**

Ha alimentato un vivace contrasto interpretativo la previsione, introdotta con d. lgs. n. 150 del 2022, che consente l'instaurazione del giudizio immediato anche nell'ambito dei procedimenti per reati procedibili con citazione diretta avanti al Tribunale in composizione monocratica, con la conseguenza che in tal caso non si terrà l'udienza predibattimentale prevista dall'art. 554 *bis* c.p.p.<sup>1</sup>.

La novità è inserita nell'art. 558 *bis* c.p.p. e risulta rilevante. Seppur il gruppo di studio, per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo recanti modifiche normative in materia di procedimenti speciali, impugnazioni, amministrazione dei beni in sequestro ed esecuzione della confisca, diritto all'oblio degli indagati e degli imputati e deindicizzazione in caso di archiviazione, non luogo a procedere o assoluzione,<sup>2</sup> avesse manifestato perplessità, la modifica era rimasta nell'ombra dell'introduzione dell'udienza predibattimentale, su cui invece sono piovute copiose le critiche<sup>3</sup>. Un cursorio confronto con le prassi evidenzia che l'interpretazione della norma ha creato un oscillante orientamento relativo alla competenza funzionale del giudice a cui il pubblico ministero presenta la richiesta di giudizio immediato nel procedimento monocratico. Sullo sfondo il tema riecheggia alcune questioni che si erano già poste dopo l'introduzione del giudice unico<sup>4</sup>.

In un simile quadro, la sorpresa, che le distorsioni applicative hanno suscitato, merita alcune osservazioni per distinguere le diverse interpretazioni, che non hanno trovato nelle ragioni dell'impianto processuale, una composizione, tant'è che si è espressa la Corte di cassazione, chiamata a decidere su un conflitto negativo di competenza<sup>5</sup>.

## 2.

**Alcune considerazioni di sistema.**

Partiamo da una rapida disamina generale, che consideri i precedenti della questione. Come accennato, il tema non è nuovo, o almeno non lo è nel suo complesso.

Per quanto qui maggiormente interessa, prima della riforma Cartabia, i problemi apparentemente erano nati perché il legislatore aveva previsto norme (artt. 556-557-558 c.p.p.) per disciplinare il giudizio abbreviato, l'applicazione di pena su richiesta delle parti, il procedimento per decreto e il giudizio direttissimo nel procedimento dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, ma non anche il giudizio immediato.

Le soluzioni interpretative offerte si erano differenziate a seconda che si trattasse di rito monocratico c.d. ordinario o di citazione diretta a giudizio. Alla iniziale rigidità interpretativa era seguita una revisione critica, a partire dalle modifiche introdotte che hanno mutato la fisionomia stessa del giudizio immediato. Aldilà del vuoto normativo, in quel caso, un ragionamento di sistema, in quel caso, aveva reso praticabile il giudizio immediato anche nel procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica in cui era prevista l'udienza preliminare e nelle due diverse forme di richiesta del pubblico ministero (art. 453 c.p.p.) e di rinuncia all'udienza preliminare da parte dell'imputato (art. 419 co. 5 e 6 c.p.p.). Nel secondo caso, non vi era dubbio che se l'imputato poteva avvalersi del suo diritto di rinuncia all'udienza preliminare nel processo ordinario, poteva farlo anche nel nuovo procedimento.

Da questa angolatura, se ne ricava la compatibilità del giudizio immediato con il rito mo-

<sup>1</sup> Cfr. G. SPANGHER (2023).

<sup>2</sup> Gruppo di studio nominato con decreto ministeriale del 28 ottobre 2021, Costituzione presso l'Ufficio Legislativo di cinque gruppi di lavoro per l'elaborazione di schemi di decreto legislativo.

<sup>3</sup> Cfr. D'ALESSIO (2022), p. 526; A. GUALAZZI, «Compatibilità» del rito immediato con il giudizio avanti il tribunale in composizione monocratica, cit., 241, nt. 1; GIALUZ (2022), p. 829; PIZIALI (2023), p. 1033; QUATTROCOLO (2023), pp.1207 – 1209.

<sup>4</sup> volendo BENE (2000), p. 225.

<sup>5</sup> La Corte di cassazione è stata investita della risoluzione del conflitto negativo di competenza a emettere il decreto di giudizio immediato *ex* art. 558 *bis* c.p.p., sollevato dal Tribunale di Napoli, Sezione GIP, 42 ° ufficio, con ordinanza del 17 aprile 2023.

nocratico c.d. ordinario seguendo l'interpretazione dell'art. 549 c.p.p.<sup>6</sup>. La disposizione, quale regola di complementarietà e non mera norma di rinvio, risponde alla funzione di verifica della compatibilità della disciplina speciale, dettata per il procedimento avanti il Tribunale in composizione monocratica, con quella comune. In mancanza di deroghe o di previsioni espresse in disposizioni speciali, quelle comuni si applicano al rito alternativo in quanto compatibili con la sua struttura.

Tradizionalmente, in assenza di elementi di incompatibilità strutturale e in presenza della c.d. evidenza probatoria, presupposto del giudizio immediato tradizionale<sup>7</sup>, era consentito esercitare l'azione penale nelle forme del giudizio immediato nel rito monocratico ordinario. L'interpretazione era condivisa dalle tesi giurisprudenziali che hanno riconosciuto la possibilità per il pubblico ministero di avanzare la richiesta di giudizio immediato in relazione ai reati attribuiti alla cognizione del tribunale monocratico per i quali è prevista l'udienza preliminare<sup>8</sup>.

Proprio seguendo tale linea interpretativa, in questa cornice, si è esclusa la praticabilità del rito nel giudizio monocratico con citazione diretta a giudizio. Le ragioni sono radicate in due diversi profili.

In estrema sintesi, il primo profilo è funzionale. L'ammissione del giudizio immediato nei casi di citazione diretta determinerebbe una sovrapposizione di riti speciali aventi la identica finalità di non celebrare l'udienza preliminare. Se ne ricava la incompatibilità ontologica del rito con un procedimento che per sua natura non prevede un vaglio preliminare sulla fondatezza dell'accusa<sup>9</sup>.

Il secondo profilo, fondato sulla incompatibilità del rito, e prontamente evidenziato e valorizzato, attiene al versante garantista della tutela del diritto di difesa. In linea con l'orientamento secondo cui nell'ipotesi di giudizio immediato, non deve essere notificato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415 bis c.p.p.*, si afferma che l'instaurazione del giudizio immediato, per reati per i quali l'esercizio dell'azione penale sarebbe dovuto avvenire con citazione diretta, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art.178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p.<sup>10</sup>, per violazione del diritto di difesa, proprio per l'omesso avviso di conclusione delle indagini preliminari, seppur sanabile ove non ricorra un concreto *vulnus* alle prerogative della difesa.

Dunque, in presenza di elementi caratterizzanti una fattispecie incriminatrice tra quelle tassativamente previste *ex art. 550 c.p.p.*, il pubblico ministero, si è detto, deve esercitare l'azione penale con decreto di citazione diretta a giudizio<sup>11</sup>. In questi termini anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui le differenze di struttura tra i due riti, quanto alle garanzie difensive, impediscono la compatibilità del giudizio immediato con il procedimento a citazione diretta: "il giudizio a citazione diretta *ex art. 555 c.p.p.* si snoda attraverso un'udienza di prima comparizione, nel corso della quale devono compiersi le attività tipiche dell'udienza preliminare quanto alla scelta dei riti alternativi e quelle introduttive al dibattimento. Tali adempimenti nel rito immediato devono, invece, compiersi entro il termine di cui all' art. 458 c.p.p. quanto alle opzioni per eventuali riti speciali e nella fase degli atti preliminari *ex art. 491 c.p.p.* per le altre questioni"<sup>12</sup>.

In effetti, anche le prassi confermano le differenze nell'ipotesi in cui l'imputato avanzi la richiesta di giudizio abbreviato. In primo luogo, in seguito alla riforma Orlando, la richiesta di accesso al rito deflattivo del dibattimento opera un effetto sanante delle nullità, ai sensi

<sup>6</sup> Cfr. APRILE (2000) p. 253; BARGIS (2001), p. 1; CORBETTA (2000), p. 623; GUALAZZI (2004), p. 241, nt. 1; volendo BENE (2000), p. 225.

<sup>7</sup> Cfr. CHINNICI (2018); RIVELLO (1993); di recente si veda anche CENTORAME – PERUGIA (2022), p.150.

<sup>8</sup> La giurisprudenza ammetteva il giudizio immediato nel procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica solo nei casi in cui fosse prevista l'udienza preliminare, cioè quando la "*vocatio in ius*" non fosse avvenuta tramite il meccanismo della citazione diretta a giudizio. Si veda Cass. Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 2724; Cass., Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 6111; Cass., Sez. I, 31 marzo 2010, n. 24170. In relazione ai casi di connessione tra un reato per il quale deve procedersi con citazione diretta ed un altro per il quale è prevista l'udienza preliminare, la giurisprudenza riconosceva al pubblico ministero la possibilità di formulare una richiesta congiunta di giudizio immediato, a condizione che per entrambi i reati sussistessero i presupposti di cui all'art. 453 c.p.p. Cfr. Cass., Sez. I, 10 maggio 2016, n. 49821; Cass., sez. V, 14 ottobre 2015, n. 15189. In dottrina, cfr. APRILE (2000).

<sup>9</sup> Su questo profilo, cfr. Cass., 24 aprile 2019, Di Bella, in *Mass. Uff.*, n. 277525, secondo cui l'instaurazione del giudizio immediato per reati per i quali l'esercizio dell'azione penale deve avvenire con citazione diretta determina una nullità di ordine generale a regime intermedio.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 24.4.2019, n. 40002, in *Mass. Uff.*, n. 277525; Cass., Sez. II, 17.5.2018, n. 25938, in *Mass. Uff.*, n. 272938; Cass., Sez. I, 6.7.2016, n. 41930, in *Mass. Uff.*, n. 267799; si segnala anche un orientamento minoritario, secondo cui invece ricorre una nullità assoluta, in quanto tale insanabile; cfr. Cass., Sez. IV, 17.12.2014, n. 3805, in *Mass. Uff.*, n. 261949.

<sup>11</sup> Cfr. LONATI (2017).

<sup>12</sup> In particolare, cfr. Cass., Sez. I, 6.7.2016, n. 41930, in *Mass. Uff.*, n. 267799.

dell'art. 183 c.p.p. Non può trascurarsi, però, che l'effetto sanante è subordinato alla circostanza che il giudizio sia stato celebrato dinanzi ad un giudice funzionalmente competente. Del resto, il mutamento del giudice naturale competente a giudicare sulla richiesta di giudizio abbreviato integra una nullità assoluta, insanabile e rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del processo, che assorbe la nullità a regime intermedio sanata dalla richiesta di giudizio abbreviato. Si pensi all'ipotesi in cui decida sulla richiesta di giudizio abbreviato non il giudice del dibattimento, come sarebbe stato se l'azione penale fosse stata correttamente esercitata, ma il giudice per le indagini preliminari. Se a seguito del decreto che dispone il giudizio immediato per un reato per il quale è prevista la citazione diretta a giudizio viene richiesto il giudizio abbreviato, il giudice per le indagini preliminari deve dichiarare la propria incompetenza *ratione materiae* a favore del giudice del dibattimento, competente a conoscere del merito qualora fosse stata correttamente esercitata l'azione penale e avanti al quale potranno essere incardinati gli eventuali riti alternativi, e ordinare la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

### 3. Il nuovo art. 558 bis c.p.p.

Il nuovo art. 558 bis c.p.p. introduce il giudizio immediato anche per i reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio davanti al Tribunale in composizione monocratica<sup>13</sup>.

Dunque, un significativo cambio di paradigma rispetto alla precedente interpretazione che consente l'esercizio dell'azione penale con la richiesta di giudizio immediato anche nei reati a citazione diretta. La disposizione rinvia alle norme contenute nel titolo IV del libro VI del codice di rito<sup>14</sup> che ritiene applicabili seguendo la clausola di compatibilità.

Nella Relazione illustrativa del decreto legislativo si legge che l'innovazione si collega all'«esigenza di effettuare un coordinamento tra le norme adottate e il complessivo sistema processuale (art. 1, comma 3, della delega)» e alla «finalità acceleratoria complessivamente imposta come finalità generale della delega (art. 1, comma 1, della delega)». Era dunque avvertita la necessità di un «definitivo e chiaro superamento della limitazione, di fonte giurisprudenziale, all'applicazione ai reati con citazione diretta del giudizio immediato»<sup>15</sup>.

La scelta è legata all'introduzione dell'udienza predibattimentale<sup>16</sup> funzionalmente diretta a valutare la sostenibilità dell'azione penale. La previsione di un segmento processuale intermedio tra le indagini ed il dibattimento giustifica e impone la previsione di un procedimento più snello e veloce, in presenza di presupposti che mostrano l'inutilità del filtro sulla fondatezza dell'accusa<sup>17</sup>. Del resto, non si può neppure trascurare l'effetto derivante dall'ampliamento delle ipotesi di reato a citazione diretta che comporta, in ragione dei sempre più alti limiti edittali, la possibilità che per tali reati siano applicate misure custodiali. Da ciò si desume, secondo il legislatore delegato, l'interesse dell'indagato ad una più rapida definizione della vicenda processuale<sup>18</sup>.

Certo, si può dire, la costruzione della norma non è brillante e apre spazi in cui si alimentano differenti interpretazioni ma la lacuna può essere colmata agevolmente. La clausola di compatibilità, contenuta nel primo comma dell'art. 558 bis c.p.p. pone nuovamente l'interprete dinanzi alla verifica dell'applicabilità della disciplina generale.

Ritorna quindi il tema noto, sin dalla introduzione della disciplina sul giudice unico, sul valore dell'art. 549 c.p.p. In quel caso, però - si è detto - la previsione ha reso applicabile la

<sup>13</sup> Volendo BENE (2023), p. 1082; GIANNONE (2023).

<sup>14</sup> Sulle novità introdotte dalla l. n. 134 del 2021 si veda ZACCHÈ (2022), p. 193; in relazione alle modifiche previste dal d. lgs. n. 150 del 2022, cfr. CORVI (2023), p. 778; CORTESI (2022), p. 386.

<sup>15</sup> Cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione alla legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, in *Sist. Pen.*, 10 agosto 2022.

<sup>16</sup> Cfr. D'ALESSIO (2022), p. 526; DANIELE (2023); MANCUSO (2023), p. 829; QUATTROCOLO (2023), pp. 1207 - 1209; TRABACE (2023), p. 73; TRIGGIANI (2023), p. 26; ID. (2022), p. 143.

<sup>17</sup> La Relazione (cap. VI, p. 153), cit., inoltre, segnala la necessità di una modifica di tal tipo anche in ragione dell'ulteriore intervento effettuato in forza della delega, che ha ampliato i reati con citazione diretta, rispetto ai quali si perderebbe la celerità propria del rito immediato, in modo tanto più irragionevole se si considera, come detto, che quel rito si connota anche quale strumento di accesso rapido al giudizio nei casi in cui l'imputato sia sottoposto a misura cautelare.

<sup>18</sup> Cfr. GIALUZ (2022), p. 69, la modifica «è stata alquanto dibattuta in fase preparatoria, posto che, sul piano sistematico, sembra confermare una sostanziale equiparazione tra l'udienza predibattimentale e l'udienza preliminare: in fondo, il rito speciale postula di saltare una o più fasi in senso tecnico, mentre l'udienza predibattimentale è solo una porzione della fase del giudizio». In argomento altresì, TRIGGIANI (2023) p. 26 e ss.

disciplina del rito ordinario in presenza di due condizioni. La presenza di disposizioni speciali che derogano alla disciplina ordinaria e la verifica di compatibilità delle norme richiamate con la fisionomia strutturale del procedimento monocratico.

Quanto all'individuazione del giudice competente a ricevere la richiesta di giudizio immediato, prima della modifica, in riferimento ai riti davanti al tribunale monocratico, uno con udienza preliminare, l'altro senza udienza preliminare, con citazione diretta a giudizio, si ricorreva all'art. 549 c.p.p. che prevede una regola di complementarietà generale e descrive un'operazione più complessa del semplice richiamo di regole del codice di rito. Un'operazione ermeneutica diretta al controllo della compatibilità della singola disciplina nel procedimento dinanzi al tribunale monocratico.

La complementarietà è una regola tecnica che esprime una opzione strutturale, tra due testi normativi, rivolta alla integrazione della legge speciale, ma la regola ha un aspetto funzionale molto interessante proprio in quanto principio di coordinamento, nel senso che esprime il bisogno di valutare la compatibilità della disciplina speciale con quella comune.

L'effetto è che la complementarietà opera per regole generali o per particolari discipline (556-557-558 c.p.p.). In questo caso, il corpo normativo speciale recepisce il regime del processo comune attraverso discipline integrative o derogative ma fa salva l'eventualità in cui la legge speciale disponga diversamente. Quindi è regola generale che la presenza di una disciplina speciale tolga valore interamente o parzialmente a quella comune. Ne consegue che le disposizioni comuni non espressamente previste né derogate da norme speciali operano anche nel rito speciale purché compatibili con la sua struttura.

Su questo schema è costruito l'art. 558 *bis* c.p.p., che estende al modulo della citazione diretta la forma di esercizio dell'azione penale con il decreto di giudizio immediato. Per riorientare il cammino, su questo presupposto, poteva già essere individuata la competenza funzionale del giudice a cui il pubblico ministero presenta la richiesta di giudizio immediato. Ma parallelamente, in diversi uffici giudiziari sono state proposte interpretazioni diverse. Di volta in volta è stata attribuita la competenza funzionale al giudice per le indagini preliminari, al giudice dell'udienza predibattimentale e al giudice del dibattimento.

Da un lato, in due diverse occasioni<sup>19</sup>, i giudici per le indagini preliminari hanno sostenuto la competenza del giudice del dibattimento, ritenendo che il richiamo agli artt. 453 e ss. c.p.p., in quanto compatibili, non si estenda anche alla norma sulla competenza funzionale del giudice. In particolare, si è sostenuto che "il giudice naturale dei procedimenti aventi ad oggetto reati da citazione diretta è il tribunale in composizione monocratica, dopo l'esercizio dell'azione penale, questo giudice è quello competente per ricevere la richiesta di giudizio immediato".

D'altro canto, in un diverso provvedimento<sup>20</sup>, è stata riconosciuta la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari. La pronuncia fa leva sulla circostanza che la richiesta di giudizio immediato rappresenta una modalità di esercizio dell'azione penale, alternativa rispetto alla richiesta di rinvio a giudizio o in questo caso alla citazione diretta a giudizio.

Pur nel contesto dell'intricato reticolo interpretativo descritto, con tutto il carico di effetti a cascata, va detto che una interpretazione diversa da quella sostenuta nell'ultimo provvedimento in esame, non ha solidità da un punto di vista sistematico. In particolare, occorrerebbe inquadrare l'udienza predibattimentale come fase autonoma del procedimento e non come mera fase del dibattimento e risulterebbe incomprensibile la stessa citazione diretta su cui si regge. Non è infatti previsto un provvedimento autonomo, e ciò condurrebbe ad un effetto paradossale: nel caso di rigetto della richiesta, il pubblico ministero potrebbe procedere a citazione diretta davanti allo stesso giudice del dibattimento.

Del resto, anche nel confronto interpretativo, condotto analizzando la giurisprudenza costituzionale, la tesi trova conferma nella decisione della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464 c.p.p., nella parte in cui, in caso di opposizione a decreto penale di condanna, attribuisce al giudice per le indagini preliminari, anziché al tribunale in composizione monocratica, la competenza alla celebrazione dei riti alternativi e alla emissione del decreto di giudizio immediato, per i reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Tribunale di Cagliari, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 31 gennaio 2023; Tribunale di Napoli, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 1° febbraio 2023; cfr. anche Tribunale di Napoli, Ufficio per le indagini preliminari, 17 aprile 2023, con ordinanza che ha sollevato un conflitto negativo di competenza.

<sup>20</sup> Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 marzo 2023.

<sup>21</sup> Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 8.

Ciò offre una ragione in più per sostenere argomentazioni di sistema che consentono di radicare la competenza funzionale in capo al giudice per le indagini preliminari. Premesso che il giudice a cui viene inviata la richiesta di giudizio immediato deve verificare la sussistenza dei presupposti, il giudice più idoneo a svolgere tale attività è senza dubbio il giudice per le indagini preliminari. Il vaglio investe elementi investigativi contenuti nel fascicolo delle indagini e dunque questo giudice è fisiologicamente orientato a svolgere una valutazione sulla base della piattaforma conoscitiva delle indagini. Peraltro, a tale soluzione conduce anche la considerazione per cui, nell'ipotesi in cui non ritenga sussistenti i presupposti, il giudice deve restituire gli atti al pubblico ministero, che valuterà come e con quali forme proseguire le indagini o esercitare l'azione penale.

Dunque, una ipotesi di regressione, ma non in senso tecnico, coerente con il sistema solo nel caso in cui la valutazione sui presupposti venga affidata al giudice delle, nel senso di fase, indagini.

Se così non fosse, risulterebbe irrituale una regressione in senso tecnico ordinata dal giudice del dibattimento. Si vuol dire che la restituzione degli atti al pubblico ministero avviene all'interno di un rapporto dialettico tra azionabilità e indisponibilità dell'interesse, per cui non si regredisce rispetto alla fase né si è di fronte ad un provvedimento autonomamente impugnabile.

Resta sullo sfondo la tesi secondo cui deve riconoscersi la competenza in capo al giudice dell'udienza predibattimentale. L'idea non ha un solido fondamento argomentativo. Il comma 2 dell'art 558 *bis* c.p.p. esclude che in questo caso debba tenersi l'udienza. Affidare la cognizione al giudice di un segmento che non si deve svolgere determinerebbe un aggiramento della disposizione normativa. Mutuando l'operazione interpretativa già consolidata, si può ritenere che in relazione alla condizione posta dall'art. 558 *bis* c.p.p., la verifica riguarda solo la componente relativa alla compatibilità strutturale, in mancanza di previsioni speciali derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria. Andare in contrarietà di senso determina effetti distorsivi sul piano applicativo, come emerge dai diversi provvedimenti che hanno alimentato il contrasto interpretativo radicato sulla individuazione del giudice competente a valutare la richiesta di giudizio immediato.

Il terreno solo apparentemente è accidentato: la linea normativa di cui agli artt. 558 *bis*, - 453 - 458 *bis* - 449 c.p.p. indica la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari<sup>22</sup>. Se infatti l'art. 558 *bis* c.p.p. estende al modulo della citazione diretta la forma di esercizio dell'azione penale con il decreto di giudizio immediato, la cognizione sulla fondatezza dell'accusa non può che essere affidata al giudice della fase, seguendo appunto le regole della competenza. In questo senso l'interpretazione letterale affida la titolarità del controllo sulla modalità di esercizio dell'azione penale al giudice per le indagini preliminari<sup>23</sup>.

## 4. L'interpretazione della Corte di cassazione.

La questione è stata sottoposta all'attenzione della Corte di cassazione<sup>24</sup>, intervenuta in relazione ad una ipotesi di conflitto negativo di competenza<sup>25</sup>. Nel caso di specie, in cui due giudici contemporaneamente ricusano la cognizione del medesimo fatto loro deferito, si realizza una situazione di stasi processuale suscettibile di essere ricompresa nel catalogo dei casi analoghi previsti dall'art. 28, comma 2, c.p.p. La decisione della Corte di legittimità si pone in linea di continuità con le scelte di sistema già esaminate e, anche sulla base di argomenti di ordine testuale, la Corte afferma la competenza in capo al giudice per le indagini preliminari. Il rinvio alle disposizioni contenute nel titolo IV del libro VI ed il riferimento implicito al giudizio immediato ordinario costituiscono la chiave di volta dell'argomentazione volta a riconoscere la competenza al giudice per le indagini preliminari. Così procedendo, il legislatore non ha inteso "creare per i reati a citazione diretta un rito nuovo e diverso rispetto a quello ordinario", ma ha ampliato l'ambito applicativo del rito già esistente ad altre fattispecie. Anche la mancata previsione di una disposizione che attribuisca la competenza a decidere sull'am-

<sup>22</sup> Cfr. SPANGHER (2023).

<sup>23</sup> In questo senso, cfr. GIORDANO (2023), secondo cui la richiesta di giudizio immediato sembra debba essere trasmessa alla cancelleria del giudice per le indagini preliminari.

<sup>24</sup> Per un conflitto negativo di competenza sollevato al Tribunale di Cagliari, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 31 gennaio 2023, cit.

<sup>25</sup> Cass., sez. I, 16 giugno 2023, n. 31927.

missione del rito ad un giudice diverso da quello funzionalmente competente nel modello ordinario è indicativa della compatibilità della disciplina con la nuova previsione.

La coerenza della soluzione trova conferma nelle scelte di sistema. Da un lato, la richiesta formulata dall'organo dell'accusa costituisce una modalità di esercizio dell'azione penale; dall'altro, il decreto di giudizio immediato riveste natura endoprocessuale, funzionale al passaggio alla fase dibattimentale. Conferma che già risulta dalla attribuzione della competenza funzionale al giudice per le indagini preliminari sulla istanza di emissione di decreto penale di condanna presentata dal pubblico ministero. Così come nel caso in cui si tratti di reati per i quali non è prevista l'udienza preliminare e il medesimo giudice è competente, ai sensi degli artt. 464 e 557 c.p.p., per i riti alternativi richiesti con l'opposizione al decreto penale emesso, oltre che sulla decisione sulla richiesta di applicazione della pena su richiesta, *ex art. 447 c.p.p.* Ne consegue che la decisione sulla richiesta di giudizio immediato attiene alla fase delle indagini preliminari ed è proprio il suo accoglimento a segnare il passaggio a quella dibattimentale, che presuppone l'avvenuta emissione del decreto che dispone il giudizio.

Solo il rigore di tale interpretazione consente di contemperare anche le esigenze organizzative. Diversamente, l'accoglimento della tesi della competenza funzionale in capo al giudice dell'udienza predibattimentale avrebbe un effetto dirompente. Non può trascurarsi che nell'ipotesi in cui il giudice dell'udienza predibattimentale rigettasse la richiesta di immediato, diventerebbe incompatibile a celebrare le udienze successive. In gioco, come è evidente, vi è il tema della incompatibilità, che ricade ancor di più sui Tribunali di piccole dimensioni, dopo la previsione dell'udienza predibattimentale, e del possibile e rischioso corto circuito giudiziario.

## Bibliografia

- APRILE, Ercole (2000): *Giudice unico e processo penale*, (Milano, Giuffrè), p. 253
- BARGIS, Marta (2001): *Il giudice unico di primo grado e la progressiva "messa a punto" del processo penale (Premessa al Titolo IV d. lgs. 19 febbraio 1998 n. 51)*, in CHIAVARIO, Mario – LUPO, Ernesto (editors): *Commento alla normativa delegata sul giudice unico* (Torino, Utet), vol. II, p. 1
- BENE, Teresa (2000): *Il giudizio immediato* (Napoli, ESI)
- BENE, Teresa (2023): "Sub art. 558 bis", in GIARDA, Angelo – SPANGHER, Giorgio (editors), *Codice di procedura penale commentato* (Milano, Wolters Kluwers), p. 1082
- CENTORAME, Federica – PERUGIA, Diletta (2022): "Il giudizio immediato tra norma e prassi", in MARAFIOTI, Luca – FIORELLI, Giulia – CENTORAME, Federica (editors), *Procedura penale in action. Materiali per una critica della giurisprudenza* (Torino, Giappichelli), p. 150.
- CHINNICI, Daniela (2018): *Il giudizio immediato. Metamorfosi di un modello*, (Padova, Cedam)
- CORBETTA, Stefano (2000): "Il procedimento dinnanzi al Tribunale in composizione monocratica", in PERONI, Francesco (editor): *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, (Padova, Cedam), p. 623
- CORTESI, Maria Francesca (2022): "Il "nuovo" giudizio immediato", in SPANGHER, Giorgio (editor): *La riforma Cartabia. Codice penale, codice di procedura penale, giustizia riparativa*, (Pisa, Pacini), p. 386
- CORVI, Paola (2023): "Rito monitorio e giudizio immediato. Le novità introdotte dalla riforma Cartabia", in CASTRONUOVO, Donato – DONINI, Massimo – MANCUSO, Enrico Maria – VARRASO, Gianluca (editors): *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, (Milano, Wolters Kluwer), 778
- D'ALESSIO, Fabio (2022): "La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta a giudizio", in SPANGHER, Giorgio (editor): *La Riforma Cartabia* (Pisa, Pacini), p. 526



DANIELE, Marcello (2023), “L’udienza predibattimentale: una sfida per i Tribunali”, *Sist. Pen.*, 16 gennaio 2023

FIDELBO, Giorgio (2000): “Con l’udienza preliminare il monocratico acquista le garanzie del rito collegiale”, *D&G*

GIALUZ, Mitja (2022): “Per un processo penale più efficiente e giusto”, *Sist. Pen.*, p. 69

GIANNONE, Alberto (2023): “Citazione diretta a giudizio e giudizio immediato”, *Questio-negiustizia.it*.

GIORDANO, Luigi (2023): “La riforma dei riti alternativi al dibattimento: uno strumento per raggiungere l’obiettivo di una “Giustizia penale a – 25%?””, *Diritto, giustizia e Costituzione*.

GUALAZZI, Alessandra, (2004): “«Compatibilità» del rito immediato con il giudizio avanti il tribunale in composizione monocratica”, *FAmbr*, p. 241.

LONATI, Simona (2017): *Il procedimento penale davanti al Tribunale in composizione monocratica: problemi e soluzioni interpretative*, (Torino, Giappichelli).

MANCUSO, Enrico Maria (2023): “Le nuove dinamiche del giudizio”, in CASTRONUOVO, Donato – DONINI, Massimo – MANCUSO, Enrico Maria – VARRASO, Gianluca (editors): *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, (Milano, Wolters Kluwer), p. 829

PIZIALI, Giorgio (2023): “Sub art. 554 bis”, in GIARDA, Angelo – SPANGHER, Giorgio (editors): *Codice di procedura penale commentato*, (Milano, Wolters Kluwer), p.1033

QUATTROCOLO, Serena (2023), “Riforma Cartabia: modifiche strutturali al processo penale - Citazione diretta a giudizio: rivoluzioni che potrebbero portare frutto”, *Giur. It.*, n. 5, pp. 1207 – 1209.

RIVELLO, Pier Paolo (1993): *Il giudizio immediato*, (Padova, Cedam)

SPANGHER, Giorgio, (2023): “Spetta al GIP la decisione sulla richiesta di immediato per i reati del giudice monocratico”, *QG*.

TRABACE, Cesare, (2023): “A volte ritornano: l’udienza predibattimentale monocratica”, in CASSIBBA, Fabio Salvatore- FOFFANI, Luigi- GARUTI, Giulio, (editors): *La riforma Cartabia. Riflessioni sulla legge delega n. 134 del 2021. Atti della Tavola rotonda del 21 aprile 2022*, (Torino, Giappichelli), p. 73 e ss..

TRIGGIANI, Nicola (2023), “La nuova udienza predibattimentale nel procedimento penale monocratico: luci e ombre”, *Riv. Dir. Processuale*, n. 1, p. 26

TRIGGIANI, Nicola, (2022): “L’udienza predibattimentale monocratica”, *Proc. Pen. Giustizia*, n.1, p.

ZACCHÈ, Francesco, (2022): “I riti alternativi nella legge delega e l’obiettivo giustizia – 25%”, in MARANDOLA, Antonella (editor): *“Riforma Cartabia” e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, (Milano, Wolters Kluwer), p.193



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>