

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



2/2025

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

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

Spain: Jaume 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, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera

EDITORIAL ADVISORY BOARD

María Acale Sánchez, Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Aranguena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, 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, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, 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, Alessandra Galluccio, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Vincenzo Maiello, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, 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, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, 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 2025 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<p>TAVOLA ROTONDA: MATERIA PENALE E NE BIS IN IDEM</p> <p>MESA REDONDA: MATERIA PENAL Y NE BIS IN IDEM</p> <p>ROUNDTABLE: CRIMINAL MATTERS AND NE BIS IN IDEM</p>	<hr/> <p>Materia penale e ne bis in idem: un'introduzione 1</p> <p><i>Materia penal y ne bis in idem: una introducción</i></p> <p><i>Matière Pénale and Ne Bis in Idem: An Introduction</i></p> <p>Antonio Gullo</p> <hr/> <p>I criteri Engel alla prova della prassi interna 14</p> <p><i>Los criterios Engel a prueba por la práctica interna</i></p> <p><i>The Engel Criteria Put to the Test of Domestic Practice</i></p> <p>Luca Maserà</p> <hr/> <p>Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato? 30</p> <p><i>Doble vía sancionadora: ¿larga vida o destino sellado?</i></p> <p><i>Double-Track Punitive Regime: Long Live or Sealed Fate?</i></p> <p>Andrea Francesco Tripodi</p> <hr/> <p>I doppi binari punitivi nel prisma del ne bis in idem processuale 42</p> <p><i>Los doble vías punitivas bajo el prisma del ne bis in idem procesal</i></p> <p><i>Punitive Dual-Track Systems through the Lens of Procedural Ne Bis in Idem</i></p> <p>Paolo Troisi</p> <hr/>
<p>QUESTIONI DI PARTE GENERALE</p> <p>CUESTIONES DE LA PARTE GENERAL</p> <p>GENERAL PART ISSUES</p>	<hr/> <p>L'agente modello, alla prova della giurisprudenza 66</p> <p><i>El modelo de agente, a prueba de jurisprudencia</i></p> <p><i>The Model Agent, to the Test of Jurisprudence</i></p> <p>Gian Paolo Demuro</p>

<p>DIRITTO PENALE TRIBUTARIO</p> <p><i>DERECHO PENAL TRIBUTARIO</i></p> <p><i>TAX CRIMINAL LAW</i></p>	<hr/> <p>Il restyling del delitto di indebita compensazione ad opera del D.lgs. n. 87/2024 nel segno di un'opinabile continuità con il diritto vivente</p> <p><i>La reforma del delito de compensación indebida por el decreto legislativo nº 87/2024: una controversial continuidad con el derecho viviente</i></p> <p><i>The Reform of the Offence of Improper Tax Offset by Legislative Decree No. 87/2024: A Controversial Continuity with Established Case Law</i></p> <p>Filippo Bellagamba</p>	<p>93</p>
<p>UNO SGUARDO OLTRE FRONTIERA</p> <p><i>UNA MIRADA MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS</i></p> <p><i>A LOOK BEYOND BORDERS</i></p>	<hr/> <p>Resistenza armata o terrorismo internazionale?</p> <p><i>¿Resistencia armada o terrorismo internacional?</i></p> <p><i>Armed Resistance or International Terrorism?</i></p> <p>Maria Crippa, Lavinia Parsi</p>	<p>108</p>
<p><i>A LOOK BEYOND BORDERS</i></p>	<hr/> <p>¿Las fuentes del derecho afgano legitiman los episodios de violencia de género?</p> <p><i>Le fonti del diritto afgano legittimano gli episodi di violenza di genere?</i></p> <p><i>Do the Sources of Afghan Law Legitimize Episodes of Gender-Based Violence?</i></p> <p>Maria Michela Lombardo</p>	<p>129</p>

TAVOLA ROTONDA: MATERIA PENALE E *NE BIS IN IDEM*
MESA REDONDA: *MATERIA PENAL* Y *NE BIS IN IDEM*
ROUNDTABLE: *CRIMINAL MATTERS* AND *NE BIS IN IDEM*

- 1 **Materia penale e *ne bis in idem*: un'introduzione**
Materia penal y ne bis in idem: una introducción
Matière Pénale and Ne Bis in Idem: An Introduction
Antonio Gullo
- 14 **I criteri *Engel* alla prova della prassi interna**
Los criterios Engel a prueba por la práctica interna
The Engel Criteria Put to the Test of Domestic Practice
Luca Maserà
- 30 **Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato?**
Doble vía sancionadora: ¿larga vida o destino sellado?
Double-Track Punitive Regime: Long Live or Sealed Fate?
Andrea Francesco Tripodi
- 42 **I doppi binari punitivi nel prisma del *ne bis in idem* processuale**
Los doble vías punitivas bajo el prisma del ne bis in idem procesal
Punitive Dual-Track Systems through the Lens of Procedural Ne Bis in Idem
Paolo Troisi

Materia penale e *ne bis in idem*: un'introduzione*

Materia penal y ne bis in idem: una introducción

Matière Pénale and Ne Bis in Idem: An Introduction

ANTONIO GULLO

Ordinario di Diritto penale presso l'Università Luiss "Guido Carli"
agullo@luiss.it

NOZIONE DI MATERIA PENALE,
NE BIS IN IDEM, PROPORZIONALITÀ

NOCIÓN DE MATERIA PENAL,
NE BIS IN IDEM, PROPORCIONALIDAD

NOTION OF MATIÈRE PÉNALE,
NE BIS IN IDEM, PROPORTIONALITY

ABSTRACTS

È noto che l'emersione della *matière pénale*, quale categoria autonoma di derivazione sovranazionale, ha condotto a una estensione delle garanzie penalistiche anche a illeciti aventi formalmente natura diversa. In questo percorso evolutivo, un approfondimento circa la compatibilità con i diritti fondamentali si è imposto anche per i sistemi a doppio binario, fortemente indiziati di violare il *ne bis in idem*. Il contributo, introduttivo alle relazioni presentate in occasione della tavola rotonda organizzata nell'ambito del master LUISS in diritto penale d'impresa, si propone quindi di analizzare brevemente le tappe di tale dibattito, adottando la necessaria prospettiva della materia penale e ripercorrendo i temi trattati nei diversi interventi. Sulla scia del primo saggio, ci si concentra quindi sull'assorbente rilevanza assunta dalla funzione della sanzione nella giurisprudenza costituzionale, illustrando come la Corte abbia impiegato il secondo criterio *Engel* per determinare, in senso restrittivo, l'appartenenza di misure afflittive alla materia penale. Prendendo poi le mosse dal secondo contributo, si analizza più da vicino l'evoluzione della giurisprudenza CEDU sul *ne bis in idem*, che almeno a partire da *A e B c. Norvegia* sembra aver spostato i termini della questione sulla proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria. Una rivitalizzazione del lato processuale della garanzia si ritrova invece nell'ultimo arresto della Corte costituzionale sulla questione, dal quale prende le mosse il terzo intervento qui pubblicato, che si concentra dunque sulle implicazioni del diritto all'unicità della persecuzione anche in una prospettiva infra-sistemica.

*I diversi contributi raccolti nella presente sezione riproducono le relazioni di una tavola rotonda organizzata nell'ambito del master LUISS in diritto penale dell'impresa.

Il presente contributo, in considerazione del proprio carattere introduttivo, in via eccezionale non è stato sottoposto a previa procedura di *peer review*.

Es bien sabido que la aparición de la *matière pénale* como categoría autónoma de origen supranacional ha conducido a una ampliación de las garantías penales también a infracciones que, formalmente, presentan una naturaleza diferente. En este proceso evolutivo, se ha impuesto igualmente un examen profundo de la compatibilidad de los sistemas de doble vía con los derechos fundamentales, dado que se sospecha fuertemente que estos sistemas puedan violar el principio de *ne bis in idem*. Este trabajo, que introduce las ponencias presentadas durante la mesa redonda organizada en el marco del Máster LUISS en Derecho Penal de la Empresa, pretende analizar brevemente las etapas de este debate, adoptando la perspectiva necesaria de la *materia penal* y retomando los temas tratados en las diferentes intervenciones. Siguiendo el enfoque del primer ensayo, se destaca la importancia que ha asumido la función de la sanción en la jurisprudencia constitucional, ilustrando cómo el Tribunal ha aplicado el segundo criterio de *Engel* para definir, de forma restrictiva, si una medida punitiva pertenece al ámbito penal. Partiendo del segundo aporte, se analiza más de cerca la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre el *ne bis in idem*, que al menos desde el caso *A y B contra Noruega* parece haber desplazado el eje del debate hacia la proporcionalidad global de la respuesta sancionadora. Finalmente, una revitalización del aspecto procesal de la garantía se encuentra en la más reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, que constituye el punto de partida del tercer artículo aquí publicado, centrado en las implicaciones del derecho a no ser perseguido más de una vez, también en una perspectiva intra-sistemática.

It is well known that the emergence of *matière pénale* as an autonomous category of supranational origin has led to an extension of criminal law safeguards to offenses that formally have a different nature. In this evolutionary process, an in-depth examination of the compatibility of dual-track systems with fundamental rights has also become necessary, as such systems are strongly suspected of violating the *ne bis in idem* principle.

This contribution, which serves as an introduction to the presentations delivered during the roundtable organized within the LUISS Master's program in Corporate Criminal Law, aims to briefly analyze the key stages of this debate. It adopts the necessary perspective of *matière pénale*, revisiting the main topics addressed in the various presentations. Following the path laid by the first essay, the focus is placed on the central role that the function of the sanction has played in constitutional jurisprudence, illustrating how the Court has applied the second *Engel* criterion to restrictively define whether punitive measures fall within the scope of criminal law. Starting from the second contribution, the analysis then turns to the evolution of the ECtHR case law on *ne bis in idem*, which, at least since *A and B v. Norway*, seems to have shifted the focus of the debate to the overall proportionality of the punitive response. Lastly, the most recent ruling of the Constitutional Court revives the procedural dimension of the guarantee, forming the basis of the third essay presented here, which focuses on the implications of the right not to be tried or punished more than once, even within the internal structure of a single legal system.

SOMMARIO

1. L'impatto della *matière pénale* sui sistemi a doppio binario. – 2. Le stagioni del *ne bis in idem*. – 3. La proporzionalità della sanzione complessiva. – 4. La diversa tipizzazione delle fattispecie. Una possibile alternativa?

1.

L'impatto della *matière pénale* sui sistemi a doppio binario.

È noto che in vari ordinamenti europei si sia deciso di adottare come strumento di lotta a determinati fenomeni criminali un modello fondato sull'applicazione cumulativa di illeciti penali e amministrativi per il medesimo fatto¹. Simili sistemi, cd. a doppio binario, presentano indubbi vantaggi in una prospettiva repressiva, permettendo di irrogare in tempi rapidi una sanzione pecuniaria avvalendosi, ove necessario, di *Agencies* specializzate senza dover rinunciare a soddisfare il “bisogno di pena” in senso stretto. Non stupisce dunque che siano proliferati soprattutto nell'ambito della criminalità economica, in cui l'efficacia e la celerità della sanzione amministrativa sono indicate da tempo come fattori da tenere in conto nella costruzione di un efficiente modello di *enforcement*². Per rimanere entro i confini nazionali, sono esempi classici i settori finanziario e tributario – pur con le necessarie differenze³ – cui si è di recente aggiunta la materia dei beni culturali⁴. Non bisogna poi sottacere come siano possibili anche ulteriori convergenze di illeciti eterogenei sulla stessa offesa, pur non essendo concepite *ab initio* dal legislatore come parti di un sistema repressivo unitario⁵. Fintantoché la linea di demarcazione tra le due qualificazioni giuridiche poteva dirsi netta e ben definita, nessuno sembrava dubitare della legittimità del *dupliciter*, giustificata, in definitiva, dalla diversa natura degli illeciti⁶. Nel momento in cui il *nomen* ha cessato di essere determinante per individuare il confine tra i due apparati punitivi, si è invece inevitabilmente aperto un dibattito circa la conformità di simili scelte sanzionatorie alla Costituzione e alle Carte sovranazionali dei diritti. I contributi raccolti nella presente sezione, che costituiscono le relazioni svolte in occasione della tavola rotonda organizzata nell'ambito del master LUISS in diritto penale d'impresa, si misurano con il tema qui tratteggiato, spaziando dai contorni della materia penale allo statuto attuale dei doppi binari sanzionatori.

Si è infatti accennato come tali sistemi entrino in crisi con l'avvento della *matière pénale*, che rappresenta quindi il punto di partenza per una compiuta analisi del fenomeno. La ridefinizione dei confini operata dalla Corte EDU ha sollevato il tema delle garanzie da applicare alle sanzioni amministrative, tra cui, per quel che qui interessa, figura il principio del *ne bis in idem*. L'ampliamento dello spettro applicativo della Convenzione al di là dell'etichetta formale fornita dai singoli Stati nazionali è ormai di per sé divenuto un tema classico della giurisprudenza europea e del dibattito scientifico, nel quale si sono registrate negli anni posizioni differenziate. Specialmente in occasione degli interventi di depenalizzazione del secolo scorso – peraltro a cavallo del *leading case Engel c. Paesi Bassi*⁷ – ci si è interrogati spesso circa le garanzie penalistiche applicabili alla nuova figura generale di illecito amministrativo, con esiti alterni. A fronte di una tesi definita “classica” di sanzione punitiva unitaria⁸, autorevolissime opinioni si dicevano invece contrarie ad «appiattare la sanzione amministrativa [...] sulla falsariga della pena criminale»⁹ o comunque negavano che anche l'illecito non formalmente penale potesse trovare i suoi referenti costituzionali nelle stesse norme tradizionalmente riservate al diritto criminale¹⁰.

¹ Limitandoci agli studi monografici sul tema, v. MADIA (2020); PROCACCINO (2022a); RUGGIERO (2022); TRIPODI (2022); ESCOBAR VEAS (2023).

² PALIERO (1993), pp. 1021 ss.

³ Per tutti la distinzione di TRIPODI (2017), 1055 s. tra doppi binari “cumulativi” – come quello finanziario – e “alternativi”, come quello tributario.

⁴ A cui commento v. VISCONTI (2024); CARRARO (2024). Se *prima facie* può sembrare distonica la scelta di inquadrare anche i reati contro il patrimonio culturale nell'ambito di tale tipo di criminalità, la correlazione di tale categoria con i *white collar crimes* è da tempo approfondita in dottrina: v. per tutti VISCONTI (2023), p. 142.

⁵ Per una completa mappatura TRIPODI (2022), pp. 59 ss.

⁶ Argomentazione che ha resistito a lungo: v. ad esempio Cass. pen. Sez. III, 15 maggio 2014, n. 20266 in relazione al doppio binario tributario.

⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel e a. c. Paesi Bassi*

⁸ In relazione al primo intervento di depenalizzazione, v. NUVOLONE (1968), pp. 60 ss.

⁹ Così PALIERO, TRAVI (1989), p. 353, che più avanti (p. 371) definiscono addirittura “*rétro*” la tesi della “costituzionalizzazione”.

¹⁰ Rimane fondamentale in tal senso l'impostazione di BRICOLA (1974), pp. 14 ss. che negava l'applicabilità dell'art. 25 Cost. alle sanzioni amministrative, sostenendo che il principio di legalità per tale branca del diritto discendesse piuttosto dall'art. 23 Cost. al fine di evitare un

In tempi più recenti, la spinta sempre più propulsiva della giurisprudenza sovranazionale e l'avvento di sanzioni amministrative particolarmente afflittive – definite «di nuova generazione»¹¹ – ha per certi versi catalizzato il dibattito non più tanto sul *se* applicare o meno determinate garanzie quanto piuttosto sull'individuazione di un criterio che indicasse a *quali* illeciti esse dovessero applicarsi o anche *quanto* un medesimo principio potesse essere diversamente modulato a seconda della natura formale della violazione. È vero che il primo interrogativo potrebbe *prima facie* richiamare una questione già risolta con il già citato caso *Engel*. Non-dimeno, è noto che da tempo le Corti abbiano sviluppato una particolare predilezione per la funzione svolta dalla sanzione, generalmente ricondotta alla «*very nature of the offence*» di cui al secondo criterio della nota pronuncia¹², che sembra essere diventato l'unica bussola della Corte costituzionale nel «giudizio di penalità» di una sanzione¹³. Il «recepimento» dei criteri della nota pronuncia della Corte EDU da parte del giudice delle leggi è dunque il primo dei temi qui preso in considerazione¹⁴, attraverso l'analisi di due sentenze recenti che si confrontano con la questione. Così, in tema di revoca di prestazioni sociali per soggetti condannati per gravi reati (anche ove la loro commissione sia stata precedente all'entrata in vigore della disposizione), la prevalente funzione *riparatoria* riconosciuta dai giudici costituzionali è stata determinante per non includere le misure in questione nel perimetro della materia penale, con la conseguente esclusione del divieto di irretroattività di norme sfavorevoli¹⁵. Allo stesso modo, in tema di stupefacenti, la finalità *preventiva* delle misure afflittive ha permesso di collocare l'illecito oggetto di scrutinio al di fuori dei confini della materia penale, con conseguente disapplicazione del relativo statuto di garanzia¹⁶. Rimanendo dunque attratti nell'orbita della *matière pénale* solo gli illeciti *punitivi*, il «peso» da assegnare anche agli altri criteri *Engel* (in particolar modo proprio al coefficiente di severità) resta ancora da definire, anche per evitare che, come prospettato, quella della finalità della sanzione possa diventare la nuova «truffa delle etichette» volta ad aggirare la portata sostanzialistica dell'impostazione sovranazionale¹⁷.

Quanto al secondo interrogativo, la graduabilità delle garanzie convenzionali è da tempo riconosciuta. Almeno dal caso *Jussila c. Finlandia*¹⁸, la distinzione tra *hard core of criminal law* e «semplice» *criminal law* – che richiama da vicino la ripartizione a noi più familiare tra *vetita quia mala* e *mala quia vetita* – permette di modulare diversamente il medesimo diritto fondamentale a seconda dell'appartenenza dell'illecito all'una o all'altra categoria, sfumando così non solo i contorni della materia penale ma gli stessi contenuti dei principi che si vorrebbe applicare. Tale impostazione, attualissima in tema di *ne bis in idem*¹⁹, si è rivelata particolarmente feconda in diverse occasioni, fornendo la base per espressioni ormai entrate a pieno titolo nel dibattito scientifico, come la materia penale «a cerchi concentrici» o «a geometria variabile»²⁰.

Il secondo contributo sviluppa dunque questo tema dal particolare angolo visuale dei cumuli sanzionatori, segnalando però come la prima pronuncia sul tema non abbia affatto aderito alla tesi della graduabilità²¹. La sentenza *Grande Stevens c. Italia* sembrava infatti aver proposto una bocciatura secca di simili sistemi in vigore nei Paesi Membri del Consiglio d'Europa²². In particolare, l'estensione anche alle sanzioni amministrative delle stesse garanzie riservate alla materia penale classica – e la lettura sostanziale della nozione di identità dei fatti

indebolimento delle garanzie penalistiche classiche. Per una ricostruzione completa del dibattito, cfr. MASERA (2018), pp. 159 ss.

¹¹ Così VIGANÒ (2020), p. 1811. In senso simile anche FOFFANI (2018), p. 249 che parla di sanzione «fungibile» a quella penale e MANACORDA (2022), p. 1676.

¹² Sul punto MASERA (2018), pp. 58 ss.; MAZZACUVA (2017), pp. 27 ss. Sottolinea però la necessità di porre l'accento anche sul contenuto della sanzione PALAZZO (2018), p. 10.

¹³ VIGANÒ (2020), p. 1791. Si tratta in realtà anch'essa di una posizione risalente: v. C. Eur. Dir. Uomo, 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79, *Oztürk c. Germania* con nota di PALIERO (1985), che già sottolineava la portata fondamentale della pronuncia.

¹⁴ MASERA (2025) p. 2 ss. del dattiloscritto.

¹⁵ Corte. cost., 6 giugno 2023, con nota di MASERA (2023), che sviluppa poi in questa sezione ulteriori considerazioni: Id. (2025), pp. 14 ss. del dattiloscritto.

¹⁶ Corte cost., 14 giugno 2022, n. 148 con nota di MASERA (2022), i cui rilievi critici sono ampliati qui da Id. (2025), pp. 11 ss. del dattiloscritto.

¹⁷ MASERA (2025) p. 22 del dattiloscritto.

¹⁸ C. Eur. Dir. Uomo, 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*. Per osservazioni sul punto, v. MASERA (2018), pp. 47 ss.

¹⁹ Utilizza proprio il dibattito sul *ne bis in idem* quale esemplificazione della «geometria variabile» della *matière pénale*, MAZZACUVA (2017), pp. 339 s.

²⁰ Le espressioni sono, rispettivamente, di VIGANÒ (2017), p. 20 – e poi ripresa da MANES (2017), p. 1004 in diversa accezione – e MAZZACUVA (2017). Per un'analisi puntuale delle tre teorie, si rinvia ancora una volta a MASERA (2018), pp. 186 ss.

²¹ TRIPODI (2025), p. 2 del dattiloscritto.

²² C. Eur. Dir. Uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, su cui *ex multis* TRIPODI (2014); VIGANÒ (2014); D'ALESSANDRO (2014), pp. 614 ss.

su cui convergono gli illeciti²³ – erano sembrate da sole sufficienti a scardinare l'intero impianto repressivo, senza che fossero ammissibili modulazioni del *ne bis in idem* o necessari ulteriori accertamenti²⁴. Se dunque è vero che i doppi binari sanzionatori sembrano oggi essersi in parte ripresi dalla crisi provocata da questi due fattori, la loro prova di resistenza al principio citato non si è ancora del tutto conclusa.

2. Le stagioni del *ne bis in idem*.

Nel periodo tra *Grande Stevens* e il successivo *leading case A e B c. Norvegia*, si è assistito alla “massima espansione” del *ne bis in idem*, che alcuni autori hanno indicato come il fortunato “vertice” di una parabola la cui direttrice sarebbe poi tornata a scendere²⁵. In quella pur breve finestra temporale, in particolare, sono state tentate diverse strade dai giudici nazionali per porre rimedio alle ritenute violazioni della garanzia: dalle questioni di legittimità costituzionale²⁶, al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia²⁷, fino a un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., tale da estenderne l'ambito applicativo anche ai procedimenti amministrativi²⁸. La rinnovata sensibilità al tema non ha però avuto il tempo di maturare pienamente. Se una parte delle soluzioni proposte sono state fin da subito bocciate dalla giurisprudenza di legittimità o costituzionale, per altre la decisione definitiva è arrivata dopo l'accennato *revirement* della Corte EDU. Ad appena due anni dalla sentenza *Grande Stevens*, la Grande Camera ha infatti, come noto, ammesso una limitazione del principio nell'ambito dei doppi binari, escludendo che al mero verificarsi delle condizioni sopra menzionate consegua sistematicamente la violazione del principio²⁹. Al contrario, la preclusione tipica del giudicato è stata in queste ipotesi subordinata anche all'esito negativo di un “test di connessione” sostanziale e temporale, composto a sua volta da diversi indici, tra i quali la proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria figura come quello più importante³⁰.

Non sorprende dunque che questa seconda “stagione” del *ne bis in idem* abbia privilegiato il lato sostanziale del diritto fondamentale³¹. Come infatti ben sottolineato nella seconda relazione³², i giudici nazionali, specialmente nel settore degli abusi di mercato, hanno utilizzato la duttilità di un simile giudizio per non ritenere in sé illegittimi i doppi binari, pur operando interpretazioni particolarmente di favore proprio in punto di commisurazione della pena al fine di rispettare il parametro indicato come maggiormente significativo³³.

Si tratta, indubbiamente, di una prospettiva diversa dalla netta preclusione processuale, tanto che, all'indomani della sentenza citata, si sono avanzate critiche proprio circa il possibile sfruttamento della *sufficiently close connection* per permettere le duplicazioni procedurali,

²³ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo, 10 febbraio 2009, ricorso n. 1493/03, *Zolubukin c. Russia*.

²⁴ Un accertamento di questo tipo è stato felicemente riassunto nella semplice formula “uno più uno fa due” di TRIPODI (2014).

²⁵ L'immagine è di GAETA (2018), p. 17.

²⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ord. nn. 38/2015 e 52/2015, in materia di abusi di mercato, risolta poi in senso negativo, per il «carattere perplesso della motivazione» da Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102. Nel settore tributario v. invece Trib. di Monza, ord. n. 236/2016 decisa però dopo la sentenza *A e B* da Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 43, su cui v. pure APRILE (2018); TRIPODI (2018a).

²⁷ Il riferimento è, sempre in materia tributaria, all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Trib. di Bergamo, 16 settembre 2015 poi decisa dalla nota sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, dopo il *revirement* della Corte EDU.

²⁸ Cfr. Trib. Asti, n. 717/2015. Soluzione anch'essa bocciata dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. pen. Sez. III, 21 aprile 2016, n. 25815. Si trattava di una tesi sostenuta, tra gli altri, da TRIPODI (2014), par. 6; FLICK (2014), p. 14. *Contra* VIGANÒ (2016a), par. 9, che considerava da subito l'art. 649 c.p.p. non suscettibile di interpretazione convenzionalmente orientata suggerendo tuttavia un'applicazione diretta dell'art. 4 Protocollo 7 CEDU in virtù della sua natura *self-executing*. In senso simile anche GALANTINI (2015), p. 219.

²⁹ Riprendendo peraltro proprio la distinzione operata in *Jussila*: C. Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, par. 133.

³⁰ C. Eur. Dir. Uomo, *A e B c. Norvegia*, par. 132. Sul punto, anche per la dovuta bibliografia, v. per tutti TRIPODI (2022), pp. 130 ss. Per un'analisi critica dei diversi indici, v. anche BIN (2020), pp. 114 ss. Si tratta di un'interpretazione avallata poi anche dalla CGUE: oltre al caso *Menci* citato, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, su cui cfr. GALLUCCIO (2018); CONSULICH (2018). La stessa linea interpretativa è stata poi sposata anche dalla giurisprudenza costituzionale: oltre a Corte cost., 43/2018 citata, v. anche Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, con nota di SCOLETTA (2019a).

³¹ Sulle differenze tra i due *ne bis in idem*, cfr. RANALDI, GAITO (2017). *Amplius* sull'attuale statuto del lato sostanziale del principio, limitandoci ai lavori monografici, SILVA (2018); BIN (2022a); GIACONA (2022); SCOLETTA (2023).

³² TRIPODI (2025), p. 6 s. del dattiloscritto.

³³ Per una prima applicazione, cfr. Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, annotata da TRIPODI (2018b) e BARON (2018). Con riferimento alle decisioni in materia di *market abuse*, *ex multis*, cfr. Cass. pen. Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829 con osservazioni di MUCCIARELLI (2018b); Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869 con nota di MADIA (2019); Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999 con commenti di BARON (2020) e PAGELLA (2020). Per un quadro generale, si rinvia sempre al lavoro monografico di TRIPODI (2022), pp. 200 ss. In merito alle manovre “disapplicative” della Cassazione nel settore degli abusi di mercato, v. di recente anche SCOLETTA (2024), pp. 314 ss.

segnando il punto di arresto dell'interpretazione evolutiva del principio³⁴. Se rimane innegabile che si tratti di una limitazione all'operatività della garanzia, è comunque necessario evidenziare come la giurisprudenza della Corte EDU si sia dimostrata in ogni caso particolarmente rigida, tanto che, almeno in materia economica, ha sempre ravvisato la violazione del *ne bis in idem* anche dopo l'avvento del test³⁵.

Una ri-valorizzazione della dimensione autenticamente processuale è stata invece da più parti colta nell'ultimo intervento della Corte costituzionale sul tema³⁶. Giudicando in radice illegittimo l'assetto sanzionatorio a doppio binario in materia di diritto d'autore – e svolgendo però in concreto il test di connessione – la Consulta ha infatti avuto modo di sottolineare come la *ratio* della garanzia sia *in primis* orientata alla protezione dell'individuo dal continuo contatto con l'apparato repressivo dello Stato, riprendendo in parte alcuni precedenti, tra cui il noto caso *Eternit*³⁷, che pure avevano rimarcato tale aspetto. In questa prospettiva si muove dunque l'ultimo contributo, che evidenzia le radici di garanzia processuale del principio, sottolineando come il diritto da tutelare sia quello all'unicità della persecuzione, “depurato” da improprie logiche sostanzialistiche³⁸. In quest'ottica, l'indagine si confronta dunque con le questioni rimaste irrisolte dalla giurisprudenza sovranazionale e costituzionale, come le possibili violazioni contingenti del test elaborato in *A e B* all'interno di un quadro normativo tutto sommato conforme alle indicazioni convenzionali o i rimedi da adottare nelle ipotesi di litispendenza³⁹.

3. La proporzionalità della sanzione complessiva.

Nonostante la richiamata crescente attenzione sul lato processuale, con riferimento ai cumuli punitivi, sembra che oggi la “carta vincente” sia rappresentata proprio dalla proporzionalità della sanzione “integrata”, che ha da più parti trovato traduzione positiva. In ordine cronologico, nel settore del *market abuse* è stata confezionata da tempo una norma che, al precipuo fine di assicurare la legittimità del doppio binario, impone al giudice che interviene per secondo di «tenere conto» delle misure punitive già irrogate nell'ambito del primo procedimento e limita l'esazione della sanzione pecuniaria alla quota eccedente quella già riscossa⁴⁰. È pur vero che si tratta di un giudizio di proporzione “aperto” e fondato su una formula elastica (“tener conto”), che ha infatti portato a interpretazioni tra loro molto eterogenee. Così, se è stato osservato come l'inciso possa essere letto come mero «criterio di apprezzamento per la concessione delle circostanze attenuanti generiche»⁴¹, una nota pronuncia del Tribunale di Milano ha deciso di scomputare dalla pena detentiva anche l'eccedenza della sanzione amministrativa pecuniaria ragguagliata ai sensi dell'art. 135 c.p., scendendo anche al di sotto del minimo edittale⁴². Si tratta di segnali che evidenziano come un simile giudizio di proporzione presenti, per come formulato, un evidente grado di indeterminatezza, tornando alla mente le parole contenute in una nota *dissenting opinion* del Giudice Pinto de Albuquerque⁴³.

³⁴ VIGANÒ (2016b), par. 12, nonché la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque allegata alla citata decisione *A e B*, par. 79 ss.

³⁵ TRIPODI (2025), pp. 7 s. del dattiloscritto. Già ID. (2017), p. 1062, all'indomani della sentenza subito successiva ad *A e B*, aveva del resto intuito come, nonostante il test di connessione, potesse intravedersi una «nuova primavera» del *ne bis in idem*.

³⁶ Corte cost., 16 giugno 2022, n.149, su cui, *ex multis*, SEMINARA (2022); RECCHIA (2022); BIN (2022b); PROCACCINO (2022b); DELLA VALENTINA (2022); CARRARO (2023).

³⁷ Il riferimento è a Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, su cui v. per tutti le osservazioni di PULITANÒ (2017) e FERRUA (2017).

³⁸ TROISI (2025), pp. 3 ss. e 21 del dattiloscritto.

³⁹ TROISI (2025), pp. 22 ss. del dattiloscritto.

⁴⁰ Su tale meccanismo, *ex multis*, MUCCIARELLI (2018a), par. 8; TRIPODI (2022), pp. 235 ss.

⁴¹ MUCCIARELLI (2019a), par. 7.

⁴² Trib. Milano, 15 novembre 2018, n. 14767 con nota di MUCCIARELLI (2019) e MAZZACUVA (2020). Da ultimo, sottolinea l'indeterminatezza di tale giudizio GUIDI (2024), p. 517.

⁴³ Cfr. la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, cit., par. 73 ss., per cui l'indice del test di connessione relativo ai cd. *offsetting mechanisms* costituirebbe un «chèque en blanc for States to do as they please». Il Giudice sottolinea l'elevatissimo grado di discrezionalità di un simile giudizio, evidenziando come, in assenza di chiare indicazioni provenienti dal legislatore, la mera «*cosmetic reference to previously imposed tax penalties may appease some less demanding consciences, but it is certainly not a predictable and verifiable legal exercise. In this context, the conditions, degree and limits of the tax penalties' impact on criminal sanctions can only be the object of pure speculation, remaining in the realm of the unknown, inner belief of the trial judges, inaccessible to the defendants*». Nella stessa direzione sembra essersi posta di recente anche la CGUE che, in relazione al doppio binario fiscale francese, ha reputato che l'art. 50 della Carta di Nizza osti a una normativa nazionale «che, in caso di cumulo di una sanzione pecuniaria e di una pena detentiva, non garantisce con *norme chiare e precise*, eventualmente quali interpretate dai giudici nazionali, che l'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato» (corsivi nostri). Cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. I, 5 maggio 2022, C-570/20, *BV*. In senso critico circa l'eccessiva discrezionalità di tale giudizio di proporzione, già SCOLETTA (2019b), pp. 533 ss.

Occorre inoltre sottolineare come tale sistema sia stato poi replicato anche per gli altri modelli punitivi citati. Il confezionamento del nuovo sistema di *enforcement* in materia di beni culturali si è infatti fondato su un meccanismo di scomputo simile e la recente riforma tributaria ha confermato questo *trend* legislativo⁴⁴.

Anche dal particolare angolo visuale degli enti collettivi, la “carta” della proporzione sembra giocare un ruolo decisivo, pur senza dover necessariamente passare dalle strettoie di norme simili. Il riferimento è a un noto caso deciso dalla Procura di Milano, in cui la maggiore flessibilità del procedimento 231 ha permesso ai pubblici ministeri di pronunciare direttamente un decreto di archiviazione per l'ente già sanzionato in via amministrativa per un illecito tributario⁴⁵. In motivazione, è stato infatti sottolineato come una qualsiasi sanzione *ex d.lgs.* 231/2001 sarebbe risultata sproporzionata, tenuto conto dell'avvenuta estinzione del debito con il Fisco e delle spese sostenute dalla società per l'adozione *post crimen* di un modello organizzativo.

Seguendo dunque questo *fil rouge*, è stato proposto di intervenire sull'art. 132 c.p., permettendo in via generale al giudice comune di tenere conto delle sanzioni punitive già irrogate per il medesimo fatto, così da poter derogare anche ai minimi edittali nel giudizio di commisurazione della pena o addirittura ammettere «la manovra disapplicativa *estrema*»⁴⁶. Specularmente, una disposizione simile dovrebbe essere quindi prevista all'interno della l. 689/1981, in modo da fornire tale strumento anche al giudice amministrativo nei (pur rari) casi in cui si sia formato per primo il giudicato penale.

4. La diversa tipizzazione delle fattispecie. Una possibile alternativa?

Del resto, in una materia tanto complessa, nella quale l'equilibrio tra esigenze punitive e garanzie si gioca anche sulla possibilità di modularne l'applicazione secondo la logica citata della “geometria variabile”, la valorizzazione in questo senso della dimensione sostanziale del *ne bis in idem* sembra aver già trovato particolare fortuna. È rimasto al momento in ombra invece il percorso che, in alternativa, si potrebbe valutare di intraprendere, ovvero sia quello di un intervento volto a differenziare più chiaramente il tipo legale degli illeciti soggetti a cumulo sanzionatorio in modo da fare ricadere le fattispecie in ambiti sanzionatori *ab origine* distinti.

Così, in materia di *market abuse*, è stata recentemente avanzata l'ipotesi di inserire un parametro quantitativo per il delitto di manipolazione di mercato, che funga da linea di demarcazione tra gli illeciti. In questo senso, l'idoneità della condotta a influenzare il prezzo degli strumenti finanziari dovrebbe essere valutata in relazione all'oscillazione media del loro valore in un determinato arco temporale, secondo parametri definiti dal legislatore in sede di riforma⁴⁷. Ove quindi la percentuale di variazione rispetto al prezzo medio del titolo risulti inferiore al fissato valore-soglia, sarebbe integrato il solo illecito amministrativo (naturalmente in presenza degli ulteriori elementi costitutivi), riservando così al diritto penale uno spazio autonomo conformemente al principio di sussidiarietà⁴⁸.

Allo stesso modo, in relazione all'abuso di informazioni privilegiate, è stato proposto di valorizzare quali elementi idonei a sagomare diversamente i fatti nell'ottica del principio di

⁴⁴ Su questi profili in relazione alla recente riforma tributaria, cfr. TRIPODI (2024b), pp. 18 ss.; ARDIZZONE (2024), pp. 1592 ss.

⁴⁵ Cfr. Procura Trib. Milano, decreto 9 novembre 2022, annotato da TRIPODI (2023).

⁴⁶ Così TRIPODI (2022), pp. 339 ss., che nelle pagine precedenti (pp. 305 ss.) definisce però le caratteristiche che un simile giudizio di proporzionalità “integrata” dovrebbe avere.

⁴⁷ MUCCIARELLI (2024), pp. 12 ss., che riprende un'idea già espressa in parte in Id. (2015), p. 321. *Contra* VIGANÒ (2016c), pp. 201 s., che si esprimeva in senso contrario a far dipendere la sussistenza di un reato di pericolo come la manipolazione di mercato da elementi estranei al tipo, come appunto l'entità dell'oscillazione del prezzo degli strumenti finanziari cagionata o evitata dalla condotta manipolativa o del profitto conseguito dall'agente, proponendo piuttosto di rinunciare *tout court* alla sanzione amministrativa. In diversa prospettiva si muove invece CONSULICH (2019), p. 565, che ha proposto di «basare la manipolazione su note modali della condotta *intrinsecamente ingannevoli*, sul modello degli “artifici” e “raggiri” codicistici, ovvero sulla “costrizione” delle controparti contrattuali [...], mentre l'approffittamento di condizioni di errore altrui oppure il mero silenzio sulle reali condizioni di scambio dei titoli» dovrebbero integrare la sola fattispecie amministrativa. In senso simile rispetto a quest'ultima proposta, la legislazione spagnola prevede la rilevanza penale delle condotte di manipolazione operativa al ricorrere di «violenza, minaccia, inganno o altro artificio». In assenza di tali elementi costitutivi, perché il fatto abbia rilevanza penale è invece necessario il superamento di determinati valori-soglia o che la condotta abbia un «impatto grave sull'integrità del mercato»: cfr. art. 284 *Código Penal*.

⁴⁸ Sull'attuale conformazione dell'illecito amministrativo di manipolazione di mercato, v. TRIPODI (2024a), p. 286.

offensività il dolo specifico di profitto – almeno per quanto riguarda le ipotesi di *tipping* – e l'entità o il valore degli strumenti finanziari, delimitando così una sfera di incriminazione distinta rispetto al parallelo illecito amministrativo⁴⁹. Un'altra ipotesi prospettata al fine di superare il meccanismo del doppio binario, è stata quella di riservare l'ambito di rilevanza penale alle sole condotte connotate da frode o falsificazione⁵⁰.

Per quanto riguarda invece il settore tributario, il sistema è in realtà dotato da tempo di una valvola idonea a evitare il cumulo sanzionatorio, ossia il generale principio di specialità che, ex art. 19 d.lgs. 74/2000, regola i rapporti tra illeciti amministrativi e reati⁵¹. Nonostante la sua applicazione postuli in realtà la celebrazione di due distinti procedimenti⁵², il meccanismo sarebbe in astratto idoneo a far applicare la sola sanzione penale in caso di condanna per la stessa violazione oggetto di contestazione da parte dell'Amministrazione Finanziaria. Nondimeno, le risalenti resistenze della giurisprudenza a dare attuazione a tale rimedio hanno spinto il legislatore della riforma nel senso sopra tratteggiato di prevedere anche per questo doppio binario una clausola che consenta la compensazione tra sanzioni, piuttosto che continuare ad affidarsi alla specialità⁵³. Di conseguenza, anche in questa materia, volendo seguire la strada della diversa tipizzazione, a essere valorizzate dovrebbero essere le soglie di punibilità dei reati tributari, chiaramente assenti nei paralleli illeciti amministrativi, e che ben potrebbero fungere da confine oltre il quale lasciare spazio al solo *enforcement* penale⁵⁴.

Si tratterà di vedere se il legislatore proseguirà nella via privilegiata sin qui del mantenimento del doppio binario cumulativo, affidando al giudice il cruciale e delicato compito di equilibrare i meccanismi punitivi in questione, all'insegna anzitutto della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, oppure percorrerà la diversa strada appena tratteggiata che conduce a una alternatività dei due illeciti, nel nome di una idea di coordinamento tra penale e amministrativo diversa da quella che abbiamo imparato a conoscere e una logica del *ne bis in idem* proiettata a recuperare una sua dimensione processuale che non si esaurisca nella *close connection* consegnataci da *A e B contro Norvegia*.

Bibliografia

APRILE, Ercole (2018): "Il divieto di *bis in idem* e la compatibilità con il sistema del "doppio binario sanzionatorio" in una illuminante sentenza della Corte costituzionale", *Cassazione penale*, 6, pp. 1940-1952

ARDIZZONE, Giorgio (2022): "Il "volto attuale" del *ne bis in idem* europeo nel sistema penal-tributario", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 212-250

ARDIZZONE, Giorgio (2024): "Il D.lgs. 87/2024 e la riforma del doppio binario tributario", *Diritto penale e processo*, pp. 1590-1598

⁴⁹ V. in tal senso la proposta di GUIDI (2024), pp. 523 ss., che prende le mosse dal Considerando n. 11 e 23 della Direttiva MAD II relativi alle ipotesi in cui l'illecito debba considerarsi "grave" e ai criteri discretivi tra illecito penale e amministrativo. In senso parzialmente diverso, già MUCCIARELLI (2015), p. 320, proponeva di individuare una soglia numerica utilizzando come parametro l'entità del profitto realizzato o della perdita evitata. Una soluzione simile, come anticipato, è stata individuata dal legislatore spagnolo che per le condotte di manipolazione informativa – od operativa ma priva di connotati fraudolenti – e, in relazione all'abuso di informazioni privilegiate, di *trading* e *tuyautage* ha previsto il ricorso alla sanzione penale solamente al ricorrere di una delle seguenti condizioni: a) profitto realizzato o danno cagionato superiore a duecentocinquanta mila o cinquecentomila euro a seconda della fattispecie di riferimento; b) valore di strumenti finanziari utilizzati superiore a due milioni di euro; c) grave impatto sull'integrità del mercato. Nonostante dunque la pluralità di opzioni presenti nella disposizione (e i profili di indeterminazione legati al richiamo agli effetti negativi sulla «integrità del mercato»), si è effettivamente scelto di operare una distinzione netta tra i delitti e gli illeciti amministrativi. Cfr. artt. 284 e 285 *Código Penal*.

⁵⁰ BASILE (2019), p. 576, dove si intende per frode «l'impiego di artifici» e per falsificazione «la falsità di dichiarazioni o in atti». *Amplius*, Id. (2017), pp. 284 ss., in cui si sottolinea come una simile scelta sarebbe ispirata al comparto sanzionatorio antiriciclaggio, per il quale il Parlamento, in sede di recepimento della Direttiva (UE) 2015/849, ha appunto scelto di circoscrivere la rilevanza penale alle sole condotte «perpetrate attraverso frode o falsificazione». Nello stesso senso, anche MUCCIARELLI (2019b), pp. 581 s.

⁵¹ Già TRIPODI (2019), p. 68 sottolineava come la specialità svolgesse proprio il ruolo di salvaguardia anche del *ne bis in idem*.

⁵² Cfr. VALLINI (2016), pp. 303 ss. in merito al funzionamento del sistema delineato dagli artt. 19, 20 e 21 d.lgs. 74/2000, su cui si sono ora innestate le innovazioni apportate dal d.lgs. 87/2024.

⁵³ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424 e 37425 in relazione ai delitti di omesso versamento, ma la negazione del rapporto di specialità tra i due illeciti è ribadita più volte dalla giurisprudenza successiva anche in tema di dichiarazione infedele e indebita compensazione. Sul punto, nella prospettiva del doppio binario, v. ARDIZZONE (2022), pp. 213 s.

⁵⁴ ARDIZZONE (2025), p. 59.

- ARDIZZONE, Giorgio (2025): “Il nuovo assetto del diritto penale tributario: un’analisi del D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87”, *Legislazione penale*, pp. 1-60
- BARON, Luca (2018): “Reati tributari e *ne bis in idem*: una prima declinazione interna del criterio della *sufficiently close connection in substance and time*”, *Giurisprudenza commerciale*, 6, pp. 907-922
- BARON, Luca (2020): “*Ne bis in idem* e giudizio di proporzione: la certezza dell’incertezza applicativa”, *Giurisprudenza commerciale*, 4, pp. 743-756
- BASILE, Enrico (2017): “Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?”, *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 271-286
- BASILE, Enrico (2019): “L’*insider trading* riformato... ma non troppo: criticità e prospettive all’indomani del D.lgs. n. 107/2018”, *Le Società*, 5, pp. 570-577
- BIN, Ludovico (2020): “Anatomia del *ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 99-141
- BIN, Ludovico (2022a): *Unità e pluralità nel concorso di reati* (Torino, Giappichelli)
- BIN, Ludovico (2022b): “*Ne bis in idem* europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio”, *Giurisprudenza costituzionale*, 3, pp. 1599-1608
- BRICOLA, Franco (1974): voce “Teoria generale del reato”, *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIV, Torino, Giappichelli, pp. 7-93
- CARRARO, Luca (2023): “La Consulta dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. per violazione del *ne bis in idem* in materia di diritto d’autore: la natura *ectoplasmatica* del test di *close connection*”, *Archivio penale*, pp. 1-49
- CARRARO, Luca (2024): “Tutela dei beni culturali e paesaggistici: la creazione di un (altro) doppio binario cumulativo. Considerazioni a prima lettura sulla Legge 22 gennaio 2024, n. 6”, *Archivio penale*, 2024, pp. 1-33
- CONSULICH, Federico (2018): “Il prisma del *ne bis in idem* nelle mani del giudice eurounitario”, *Diritto penale e processo*, 7, pp. 949-959
- CONSULICH, Federico (2019): “*Market manipulation* e legislazione cosmetica”, *Le Società*, 5, pp. 558-569
- D’ALESSANDRO, Francesco (2014): “Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali”, *Diritto penale e processo*, pp. 614-631
- DELLA VALENTINA, Jacopo (2022): “Il paradigma del *ne bis in idem* tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e *overlapping protection*”, *Sistema penale*, pp. 1-30
- ESCOBAR VEAS, Javier (2023): *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems*, Berlin, Springer
- FERRUA, Paolo (2017): “La sentenza costituzionale sul caso *Eternit*: il *ne bis in idem* tra diritto vigente e diritto vivente”, *Cassazione penale*, 1, pp. 78-90
- FLICK, Giovanni Maria (2014): “Reati fiscali, principio di legalità e *ne bis in idem*: variazioni italiane su un tema europeo”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-19
- FOFFANI, Luigi (2018): “Verso un modello amministrativo di illecito e sanzione d’impresa “iper-punitivo” e fungibile alla sanzione penale?” in DONINI, Massimo, FOFFANI, Luigi (eds.): *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo* (Torino, Giappichelli) pp. 249-258

GAETA, Gennaro (2018): “Dove non arriva il principio: il *ne bis in idem* tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori”, *Archivio penale*, 1, pp. 1-18

GALANTINI, Novella (2015): “Il principio del *ne bis in idem* tra doppio processo e doppia sanzione”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 215-223

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

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

GUIDI, Dario (2024): *Abuso di informazioni privilegiate. Modelli di configurazione dell'illecito e prospettive evolutive* (Torino, Giappichelli)

MADIA, Nicola, (2019): “*Ne bis in idem* europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena”, *Cassazione penale*, pp. 662-684

MADIA, Nicola (2020): *Ne bis in idem europeo e giustizia penale* (Padova, Cedam)

MANACORDA, Stefano (2022): “Materia penale”, in PIERGALLINI, Carlo, MANNOZZI, Grazia, SOTIS, Carlo, PERINI, Chiara, SCOLETTA, Marco, CONSULICH, Federico (eds.), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero* (Milano, Giuffrè), pp. 1669-1682

MANES, Vittorio (2017): “Profili e confini dell'illecito para-penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 988-1007

MASERA, Luca (2018): *La nozione costituzionale di materia penale* (Torino, Giappichelli)

MASERA, Luca (2022): “La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva”, *Sistema penale*, 14.7.2022

MASERA, Luca (2023): Ancora la Corte costituzionale sulla nozione di *matière pénale*, rispetto ad un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2722 ss.

MASERA, Luca (2025): “I criteri Engel alla prova della prassi interna. La necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di *matière pénale*”, in questa sezione.

MAZZACUVA, Francesco (2017): *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico* (Torino, Giappichelli)

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

MUCCIARELLI, Francesco (2015): “La nuova disciplina euorunitaria sul *market abuse*: tra obblighi di incriminazione e *ne bis in idem*”, *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 295-324

MUCCIARELLI, Francesco (2018a): “Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-22

MUCCIARELLI, Francesco (2018b): “Illecito penale, illecito amministrativo e *ne bis in idem*: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità”, www.dirittopenalecontemporaneo.it

MUCCIARELLI, Francesco (2019a): “Doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica”, *www.dirittocontemporaneo.it*

MUCCIARELLI, Francesco (2019b): “Gli illeciti amministrativi degli artt. 187-bis, 187-ter e 187-ter.1 TUF dopo la riforma all’insegna della tecnica del rinvio”, *Le Società*, 5, pp. 578-589

MUCCIARELLI, Francesco (2024): “Materialità e offensività dell’alterazione, investitore ragionevole e giudizi nella manipolazione di mercato”, *Sistema penale*, pp. 1-76

NUVOLONE, Pietro (1968): “Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 60 ss.

PAGELLA, Cecilia (2019): “L’inafferrabile concetto di connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta: la Cassazione ancora su *ne bis in idem* e *insider trading*”, *www.sistemapenale.it*

PALAZZO, Francesco (2018): “Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?” in DONINI, Massimo, FOFANI, Luigi (eds.): *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo* (Torino, Giappichelli), pp. 7-21

PALIERO, Carlo Enrico (1985): “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica e una svolta radicale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 894-928

PALIERO, Carlo Enrico, TRAVI, Aldo (1989): “voce: Sanzioni amministrative”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVI (Milano, Giuffrè)

PALIERO, Carlo Enrico (1993): “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, pp. 1021

PROCACCINO, Angela (2022a): “*I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell’apparato*”, (Padova, Cedam)

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

PULITANÒ, Domenico (2017): “La Corte costituzionale sul *ne bis in idem*”, *Cassazione penale*, 1, pp. 70-78

RANALDI, Gianrico e GAITO, Federico (2017): “Introduzione allo studio dei rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale”, *Archivio penale*, 1, pp. 1-26

RECCHIA, Nicola (2022): “L’ennesima stagione del *ne bis in idem* nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo *ubi consistam* processuale contro ogni riduzionismo sostanziale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1676-1706

RUGGIERO, Rosa Anna (2022): *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Torino, Giappichelli

SCOLETTA, Marco (2019a): “Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del *ne bis in idem* europeo”, *Giurisprudenza costituzionale*, 5, pp. 2649-2660

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

- SCOLETTA, Marco (2023): *Idem crimen* (Torino, Giappichelli)
- SCOLETTA, Marco (2024): “Il doppio binario sanzionatorio alla luce del vincolo europeo del *ne bis in idem*”, in Consulich, Federico (ed.): *I reati in materia bancaria e finanziaria, Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero (Torino, Giappichelli), pp. 299-326
- SEMINARA, Sergio (2022): “Il divieto di *bis in idem*: un istituto inquieto”, *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1381-1397
- SILVA, Chiara (2018): *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti* (Torino, Giappichelli)
- TRIPODI, Andrea Francesco (2014): “Uno più uno (a Strasburgo) fa due: l’Italia condannata per violazione del *ne bis in idem* in tema di manipolazione di mercato”, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*
- TRIPODI, Andrea Francesco (2017): “Cumuli punitivi, *ne bis in idem* e proporzionalità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1047-1086
- TRIPODI, Andrea Francesco (2018a): “Il nuovo volto del *ne bis in idem* convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, pp. 530-539
- TRIPODI, Andrea Francesco (2018b): “*Ne bis in idem* e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della *sufficiently close connection in substance and time*”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 270-278
- TRIPODI, Andrea Francesco (2022): *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell’ordinamento multilivello* (Torino, Giappichelli)
- TRIPODI, Andrea Francesco (2023): “Archiviazione 231 per *ne bis in idem*. Quando la disciplina della responsabilità da reato degli enti “incrocia” la garanzia europea”, *Cassazione penale*, 2023, pp. 981-996
- TRIPODI, Andrea Francesco (2024a): “Gli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato” in Consulich, Federico (ed.): *I reati in materia bancaria e finanziaria, Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero (Torino, Giappichelli), pp. 275-298
- TRIPODI, Andrea Francesco (2024b): “Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del *ne bis in idem* europeo”, *disCrimen*, 2.10.2024, pp.1-29
- TRIPODI, Andrea Francesco (2025): “Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato?”, in questa sezione.
- TROISI, Paolo (2025): “I doppi binari punitivi nel prisma del *ne bis in idem* processuale”, in questa sezione.
- VALLINI, Antonio (2016): “Sanzioni amministrative per violazioni penalmente rilevanti” in GIOVANNINI, Alessandro, DI MARTINO, Alberto, MARZADURI, Enrico (eds.), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario* (Milano, Giuffrè), pp. 303-311
- VIGANÒ, Francesco (2014): “Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 219-238
- VIGANÒ, Francesco (2016a): “Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di *ne bis in idem*?”, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

VIGANÒ, Francesco (2016b): “La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio”, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

VIGANÒ, Francesco (2017): “Il *nullum crimen* conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-29

VIGANÒ, Francesco (2020): “Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1776-1819

VISCONTI, Arianna (2023): *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale* (Torino, Giappichelli)

VISCONTI, Arianna (2024): “La riforma (della riforma) del danneggiamento di beni culturali, tra incoerenze criminologiche e dubbi di costituzionalità”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 86-121

I criteri *Engel* alla prova della prassi interna

La necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di *matière pénale*

Los criterios Engel a prueba por la práctica interna

The Engel Criteria Put to the Test of Domestic Practice

LUCA MASERA

Ordinario di diritto penale presso l'Università di Brescia
luca.masera@unibs.it

NOZIONE DI MATERIA PENALE

NOCIÓN DE MATERIA PENAL

NOTION OF MATIÈRE PÉNALE

ABSTRACTS

Prendendo spunto dall'analisi di due recenti decisioni della Corte costituzionale relative alla definizione della nozione di *matière pénale*, il lavoro si interroga su quali siano i criteri davvero decisivi per la riconduzione di misure formalmente non penali all'interno di tale nozione, ed individua alcuni aspetti su cui sarebbe opportuno un intervento chiarificatore della Corte.

A partir del análisis de dos recientes decisiones del Tribunal Constitucional relativas a la definición del concepto de *matière pénale*, el trabajo se pregunta cuáles son los criterios realmente decisivos para incluir medidas formalmente no penales dentro de dicho concepto, e identifica algunos aspectos sobre los que sería oportuno un pronunciamiento aclaratorio por parte del Tribunal.

Drawing on the analysis of two recent decisions of the Constitutional Court regarding the definition of the notion of *matière pénale*, this paper explores which criteria are truly decisive in bringing measures that are formally non-criminal within the scope of that notion, and identifies certain aspects on which a clarifying intervention by the Court would be desirable.

SOMMARIO

1. Introduzione: l'adozione dei criteri Engel da parte della Corte costituzionale e i problemi relativi alla loro concreta implementazione. – 2. La sentenza n. 148/2022 e la natura non punitiva delle misure previste a carico del consumatore di stupefacenti. – 3. La sentenza n. 169/2023 e la natura non penale di un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali ai soggetti condannati per reati di particolare gravità. – 4. I criteri Engel alla prova della prassi. – 4.1. Il secondo criterio Engel e la discutibile negazione della finalità punitiva di una misura affittiva. – 4.2. Il terzo criterio Engel e la sua natura sussidiaria, più che realmente alternativa, rispetto al criterio della finalità punitiva. – 5. Conclusioni: i punti che necessitano una precisazione da parte della giurisprudenza costituzionale.

1.

Introduzione: l'adozione dei criteri Engel da parte della Corte costituzionale e i problemi relativi alla loro concreta implementazione.

Ormai da alcuni anni i criteri adottati dalla Corte EDU per definire la nozione ampia di *matière pénale*, cui corrisponde l'applicazione delle garanzie penalistiche riconosciute dalla Convenzione, sono stati stabilmente recepiti anche dalla nostra Corte costituzionale.

Il percorso, come noto, è stato lungo ed accidentato. Dopo diversi decenni in cui i Giudici delle leggi avevano ritenuto applicabili alle sole sanzioni definite come penali dal legislatore le garanzie che la Costituzione appresta per la materia penale, a partire dalla fine degli anni 10, sotto la spinta delle decisioni dei giudici di Strasburgo, anche la Corte costituzionale ha iniziato ad applicare le garanzie della materia penale anche a misure affittive formalmente non penali¹. Nei primi anni di questo nuovo orientamento non sono mancati i ripensamenti o i colpi di freno, ed in un primo momento non è stato chiaro se la nozione ampia di materia penale facesse ingresso nel nostro ordinamento (solo) come parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., o (anche) come autonoma categoria rilevante ai sensi delle norme costituzionali: in un caso, ad esempio, di applicazione ad una misura affittiva non penale del principio di irretroattività della norma più sfavorevole, non riconosciuto dalla normativa interna, vi è (solo) una violazione dell'art. 7 CEDU, rilevante ai sensi dell'art. 117 Cost., o vi è una autonoma (e concorrente) violazione dell'art. 25 Cost.?

Oggi, la risposta a tale domanda pare meno incerta, anche alla luce delle sentenze che si andranno ad analizzare. I criteri Engel, come elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, non rilevano solo rispetto alle garanzie convenzionali costituzionalmente rilevanti per il tramite dell'art. 117 Cost., ma sono stati adottati anche quali parametri di valutazione dell'estensione di una garanzia costituzionale propria della materia penale.

Certo poi, come la dottrina ha in più occasioni chiarito, e come riconosce la stessa Corte costituzionale, ricondurre una misura all'interno della materia penale in senso lato non significa che a tale misura siano *tout court* applicabili tutte le garanzie penalistiche previste dalla Costituzione. Si tratta di valutare caso per caso se la *ratio* della garanzia di cui si discute l'applicazione conduca o meno alla sua estensione anche al di fuori della materia penale in senso stretto: così, ad esempio, se ormai è pacifico che le garanzie riconducibili ai principi di legalità e di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost. si estendono a tutto l'ambito della materia punitiva, così non vale per il principio della riserva di legge o per quello della finalità rieducativa della pena, che la giurisprudenza costituzionale reputa al contrario riferibili alla sola materia penale in senso formale².

L'applicazione "a geometria variabile"³ delle garanzie non fa venir meno, comunque, la *natura unitaria della criteriologia* da applicare quando si tratti di valutare se una misura rientra nella materia penale in senso lato. I criteri della *matière pénale* sono quelli della sentenza Engel, altra questione è valutare se la specifica garanzia in questione sia da estendere anche a tale ambito, o rimanga propria della materia penale in senso stretto: lo schema concettuale è chiaro, anche se mai esplicitato *ex professo* dalla Corte costituzionale.

¹ La letteratura in argomento è ormai amplissima; per quanto concerne i lavori monografici, cfr. MASERA (2018) e MAZZACUVA (2017), cui ci sia qui consentito rinviare per gli opportuni riferimenti bibliografici; per saggi ed articoli, cfr. in particolare *ex plurimis* MANES (2017) e VIGANÒ (2017).

² Sul punto, cfr. in particolare MASERA, pp. 205 ss.

³ L'espressione è di MAZZACUVA, p. 56.

Posta tale cornice sistematica, in queste note vogliamo soffermarci su un problema “pratico”, vogliamo cioè verificare quanto il recepimento dei criteri *Engel* da parte della Corte costituzionale corrisponda ad una reale acquisizione di tali criteri e della logica ad essi sottesa da parte dei nostri Giudici delle leggi, o se invece, almeno in alcune occasioni, il richiamo ad *Engel* corra il rischio di risolversi in un ossequio poco più che di stile ad una formula ormai entrata a fare parte del linguaggio “liturgico” del giurista. Prenderemo allora in esame due recenti decisioni della Corte costituzionale, in cui ci pare che il rinvio ad *Engel* possa ascrivere a questa seconda tipologia di situazioni, per poi svolgere, a partire dalle affermazioni contenute in tali sentenze, alcune considerazioni di portata più generale sul tema in esame.

2.

La sentenza n. 148/2022 e la natura non punitiva delle misure previste a carico del consumatore di stupefacenti.

Dopo la nota vicenda relativa al diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti sanzionatori davanti alla CONSOB, ove era stato riconosciuto dalla Corte costituzionale, all’esito di una diretta interlocuzione con la CGUE, il diritto a non rendere dichiarazioni indizianti la commissione di un illecito amministrativo punitivo⁴, con la sentenza ora in esame⁵ la questione torna al vaglio della Corte costituzionale, questa volta in relazione al diritto dell’acquirente di sostanze stupefacenti a non rilasciare dichiarazioni indizianti la propria responsabilità per gli illeciti amministrativi previsti dall’art. 75 t.u. stupefacenti (di seguito TUS). Pur confermando i principi affermati nel 2019 e nel 2021, la soluzione nel caso concreto è opposta, negandosi in capo all’acquirente di stupefacenti il diritto al silenzio, posto che le sanzioni di cui all’art. 75 TUS avrebbero finalità preventiva e non punitiva.

La questione era risultata rilevante in due procedimenti di convalida dell’arresto e di applicazione di misure cautelari in corso di svolgimento presso il Tribunale di Firenze nei confronti di soggetti indagati per il reato di cui all’art. 73 co. 5 TUS, per la cessione a titolo oneroso di piccole quantità di hashish. Il giudice a quo si interroga sull’utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall’acquirente della sostanza stupefacente, che era stato sentito dalla polizia giudiziaria senza ricevere gli avvisi previsti per la persona sottoposta ad indagini; ai sensi dell’art. 64 co. 3 c.p.p., infatti, tali avvisi devono essere rivolti al soggetto che renda dichiarazioni tali da indiziare la commissione di un reato, mentre al soggetto che aveva riconosciuto l’acquisto dello stupefacente era imputabile solo l’illecito amministrativo previsto all’art. 75 TUS. Il tribunale fiorentino dubita della legittimità costituzionale di tale soluzione, peraltro ritenuta obbligata ai sensi del disposto normativo e della sua pacifica interpretazione in tal senso da parte della giurisprudenza.

Il ragionamento dell’ordinanza di rimessione parte dalla premessa che le sanzioni previste dall’art. 75 hanno natura sostanzialmente penale, in quanto caratterizzate da una finalità punitiva della condotta del consumatore di stupefacenti (come emergerebbe dalla constatazione che “l’autorità competente ad irrogarle – il prefetto – non è chiamata ad alcun accertamento sulla effettiva pericolosità dell’interessato, né sulla eventuale trasgressione, da parte di costui, delle norme relative alla circolazione stradale”), e in quanto sanzioni “dall’elevata carica afflittiva, come già riconosciuto da questa Corte nella sentenza n. 68 del 2021 in relazione alla revoca della patente di guida, le quali peraltro si lascerebbero spiegare soltanto quali strumenti funzionali a dissuadere i consociati dall’acquistare sostanze stupefacenti e dall’incrementare, in tal modo, il traffico illecito delle sostanze medesime”⁶. Il Tribunale si richiama allora alla più recente giurisprudenza costituzionale (che, come già accennato sopra, ha esteso il diritto al silenzio alle ipotesi in cui le dichiarazioni richieste potrebbero indiziare la commissione di un illecito amministrativo punitivo), e chiede che venga dichiarata la parziale incostituzionalità dell’art. 64 co. 3 c.p.p. (per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 177, in relazione all’art. 6 CEDU) nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti siano rivolti anche alla persona che si

⁴ Il riferimento è all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117/2019 (con note di FARES (2020), MARRA-VIOLA (2019), RUGGERI (2019)) che aveva formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, deciso dalla Grande sezione nel 2019 (C-489/19, con nota di BASILE (2021)), decisione in seguito alla quale la Corte costituzionale aveva poi emesso la sentenza n. 84/2021 (con note di CODUTI (2021), MARCHESELLI (2021)).

⁵ C. cost., 148/2022, con nota di MASERA (2022).

⁶ § 4.1 del *considerato in diritto*.

sia resa responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 75 TUS (con la conseguenza, rilevante nel caso concreto, di ritenere inutilizzabili ai sensi dell'art. 64 co. 3-bis le dichiarazioni rese dall'acquirente nel processo penale a carico di chi ha venduto la sostanza).

La Corte, come già anticipato, ritiene infondata la questione sottoposta, e la ragione del mancato accoglimento deriva dal rifiuto di accogliere il presupposto logico di tutta l'argomentazione del giudice *a quo*, e cioè la riconducibilità al novero delle sanzioni sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel* delle misure previste nei confronti del consumatore di sostanze stupefacenti dall'art. 75 TUS.

La sentenza inizia con il riportare un passaggio di una propria decisione del 2016, secondo cui "l'art. 75 TUS rappresenta il momento saliente di emersione della strategia – cui si ispira la normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope a partire dalla legge 22 dicembre 1975, n. 685 – volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore e del trafficante. L'idea di fondo del legislatore è che l'intervento repressivo debba rivolgersi precipuamente nei confronti dei secondi, dovendosi scorgere, di norma, nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte, se del caso, con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo"⁷.

Se tale impostazione trova riscontro nel co. 2 dell'art. 75 TUS, ove il legislatore prevede proprio la possibilità per il consumatore di stupefacenti di accedere a programmi terapeutici o socio-riabilitativi, o a programmi educativi o informativi personalizzati in relazione alle sue specifiche esigenze, è la stessa Corte ad ammettere come "meno evidente appare, invero, la natura giuridica delle 'sanzioni' previste dal comma 1, da irrogarsi entro il minimo e il massimo previsto a seconda che la condotta abbia a oggetto droghe cosiddette "pesanti" o "leggere", e sottoposte a un procedimento applicativo che ricalca in larga misura quello previsto per la generalità delle sanzioni amministrative dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale): la sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni (lettera a); la sospensione della licenza di porto d'armi o il divieto di conseguirla (lettera b); la sospensione del passaporto o di altro documento equipollente, ovvero il divieto di conseguirli (lettera c); la sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o il divieto di conseguirlo, per ciò che concerne i cittadini extracomunitari (lettera d)"⁸.

Il giudizio in ordine alla natura sostanzialmente penale di tali misure parte dall'affermare che la pur riconosciuta "elevata carica di afflittività rispetto ai diritti fondamentali sui quali esse incidono non esclude, di per sé stessa, la loro finalità preventiva, né depone univocamente nel senso di una loro natura 'punitiva'"⁹. Al riguardo la sentenza ricorda come alle misure personali di prevenzione, che pure hanno una significativa incidenza su svariati diritti fondamentali, sia la Corte costituzionale che la Corte EDU abbiano sempre negato natura sostanzialmente penale, proprio in ragione della loro finalità preventiva e non punitiva.

La Corte individua poi le ragioni per cui, al pari delle misure di prevenzione, anche le misure previste dall'art. 75 TUS non avrebbero finalità punitiva, ma preventiva.

Quanto alla misura della sospensione della patente, essa ha secondo la Corte una "finalità spiccatamente preventiva", essendo "evidentemente funzionale a prevenire i rischi connessi alla guida di autoveicoli da parte di soggetti in stato di intossicazione"¹⁰. La Corte riconosce come la recente sentenza n. 68/2021, citata nell'ordinanza di rimessione, abbia effettivamente riconosciuto "connotazioni sostanzialmente punitive" alla revoca della patente disposta dal giudice penale in caso di condanna per i reati di cui agli art. 589-bis e 590-bis c.p., ma ritiene possibile operare un distinguo rispetto a tale decisione, in quanto la misura oggetto di scrutinio nel 2021 "viene irrogata direttamente dal giudice penale nella stessa sentenza di condanna, ovvero dall'autorità amministrativa a seguito della condanna penale dell'interessato per un fatto costituente reato; mentre nell'ipotesi regolata dall'art. 75 TUS la misura è disposta dall'autorità amministrativa in conseguenza dell'accertamento di un fatto che l'ordinamento ha scelto di non qualificare come reato, e che quindi non dà luogo ad alcuna conseguenza di natura penale a carico dell'interessato. Tale fatto, d'altra parte, denota – nella non irragionevole

⁷ C. cost., 109/2016, § 4 del *considerato in diritto*.

⁸ § 4.2.2 del *considerato in diritto*.

⁹ § 4.2.3 del *considerato in diritto*.

¹⁰ § 4.2.4 del *considerato in diritto*.

valutazione del legislatore – la possibile pericolosità del suo autore per la generalità degli utenti del traffico, in considerazione del rischio che egli si ponga alla guida di un autoveicolo in una condizione di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti"¹¹.

Per quanto riguarda poi la sospensione della licenza di porto d'armi e il divieto di conseguirla, tali misure “appaiono strumentali a evitare l'abuso intenzionale, o anche solo l'uso non accorto, di armi da parte di un soggetto con minori capacità di autocontrollo per effetto dell'assunzione di sostanze stupefacenti”; mentre la misura della sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo “sottende evidentemente il venir meno dei requisiti morali minimi ai quali è subordinato il rilascio, o la persistente validità, del permesso di soggiorno per motivi di turismo nei confronti dello straniero extracomunitario, in conseguenza del paventato pericolo di turbamento dell'ordine pubblico connesso al consumo di sostanze stupefacenti da parte di costui”¹².

Esclusa per le ragioni appena riferite la finalità punitiva delle misure di cui all'art. 75 TUS (la sentenza non fa invero alcun cenno alla misura del ritiro del passaporto), prima di concludere per il rigetto della questione la Corte ha cura di precisare come la riconosciuta finalità preventiva di tali misure debba essere tenuta in considerazione dell'autorità amministrativa al momento di decidere in ordine alla loro concreta applicazione, con la conseguenza che “in tali valutazioni dovrà restare a priori esclusa ogni impropria logica punitiva, la quale chiamerebbe necessariamente in causa lo statuto costituzionale della responsabilità penale, incluso lo stesso ‘diritto al silenzio’ nell'ambito del procedimento applicativo delle sanzioni qui all'esame”¹³.

3. La sentenza n. 169/2023 e la natura non penale di un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali ai soggetti condannati per reati di particolare gravità.

Nel caso ora in esame¹⁴, l'ordinanza di rinvio aveva ad oggetto la costituzionalità della disposizione, l'art. 2 comma 61 l. 92/2012, che dispone “la revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni previdenziali o assistenziali, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare, quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti dei *soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato* per i reati di cui al comma 58 del medesimo art. 2”¹⁵ (e cioè per i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 c.p., nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo). Secondo il giudice *a quo*, tale disposizione costituirebbe una violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. e dell'art. 117 comma 1, in relazione all'art. 7 CEDU, in quanto “stabilendo la revoca delle prestazioni previdenziali anche nei confronti di soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, violerebbe il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, dovendo essere riconosciuta a tale misura natura sostanziale di sanzione penale alla luce dei criteri stabiliti nella sentenza *Engel* della Corte EDU”¹⁶.

La sentenza della Corte ricostruisce innanzitutto il “quadro normativo e giurisprudenziale”, accennando *inter alia* come “la misura (abbia) natura latamente riparatoria, come si evince dalla devoluzione delle somme, recuperate grazie alla revoca in ragione della condanna per attività criminali di particolare allarme sociale, al Fondo per vittime dei reati di tipo mafioso e di terrorismo, andando così in qualche modo a risarcire le vittime dei reati in questione, per effetto di una scelta razionale nella allocazione di risorse finanziarie, non illimitate, a favore di vittime di reati gravi”.

La Corte rammenta poi come tale disposizione già sia stata oggetto del suo scrutinio con la sentenza n. 137/2021, che ne ha dichiarato l'*illegittimità* “nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni indicate nei confronti di coloro che scontino la *pena in regime alternativo alla*

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ § 4.2.5 del *considerato in diritto*.

¹⁴ C. cost., 169/2023, con nota di MASERA (2023).

¹⁵ Così viene ricostruito dalla Corte il contenuto della norma di cui è eccepita la parziale incostituzionalità: cfr. il § 1 del *considerato in diritto*.

¹⁶ *Ibidem*.

detenzione in carcere, con riferimento alla violazione degli artt. 2, 3 e 38 Cost.¹⁷. In quell'occasione, la Corte aveva ritenuto che fosse legittimo per il legislatore prevedere uno "statuto di indegnità" per la percezione di determinate provvidenze pubbliche per chi sia risultato colpevole di delitti particolarmente gravi, ma aveva altresì affermato che tale previsione non poteva pregiudicare quanto disposto dall'art. 38 Cost., che "configura un dovere di solidarietà che deve informare la normativa della pubblica assistenza e beneficenza a favore di chi versi in condizioni di indigenza per inabilità allo svolgimento di una attività remunerativa"¹⁸. Se dunque la revoca della prestazioni poteva ritenersi legittima in relazione a coloro che erano detenuti in carcere, posto che ai bisogni di costoro provvedeva l'autorità penitenziaria, essa al contrario doveva ritenersi incostituzionale rispetto a coloro che espiavano la pena in regime di detenzione domiciliare o in altro regime alternativo alla detenzione in carcere, dal momento che essi "hanno (si) gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile, (ma) attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere"¹⁹.

La sentenza passa poi ad elencare una serie di decisioni ove è stata ritenuta "la legittimità di meccanismi destinati ad attivarsi, in modo automatico, in conseguenza della perdita di requisiti di onorabilità"²⁰: dalle sentenze relative alla sospensione del reddito di cittadinanza in caso di sottoposizione a misure cautelari, alle decisioni in tema di sospensione e decadenza a cariche elettive, alla sentenza in tema di revoca della patente di guida in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti. Da tale giurisprudenza emerge secondo la Corte "la configurabilità di *conseguenze, quali effetti riflessi, della condanna penale*, consistenti in incapacità giuridiche o in limitazioni o preclusioni all'esercizio di facoltà o alla possibilità di ottenere o mantenere benefici. Essi sono regolati secondo la disciplina propria dei settori di appartenenza e *non sono soggetti alle più rigorose garanzie del sistema sanzionatorio penale e in particolare al divieto di retroattività*"²¹.

Venendo alla misura oggetto di scrutinio, essa "presenta tutte le caratteristiche per rientrare nella *categoria degli effetti extra-penali* della condanna penale; tale qualificazione si fonda sulla considerazione che il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità che gli compete nel perimetrare la platea dei beneficiari di prestazioni sociali, ha valutato l'opportunità di introdurre un nuovo requisito, caratterizzato dall'assenza di elementi di indegnità, ritenuto essenziale per la percezione e il mantenimento di prestazioni assistenziali"²².

Il tema della qualificazione giuridica della misura ricorre in più passaggi della sentenza, ove si ribadisce che "la *condanna penale* non costituisce la causa dell'esclusione, ma il *presupposto di fatto oggettivo della valutazione di 'indegnità'*, il dato storico che certifica, in modo definitivo ed incontestabile, il venir meno del patto di solidarietà sociale del singolo con la comunità. (...) La revoca di cui al comma 61 dell'art. 2 della legge n. 92 del 2012 va, pertanto, qualificata come *effetto della condanna penale in ambito amministrativo* (...), un *requisito di natura soggettiva per beneficiare dell'erogazione* della prestazione assistenziale; requisito introdotto dal legislatore con effetto non retroattivo, ma che legittimamente prende in considerazione condotte pregresse del condannato al quale il beneficio è stato riconosciuto"²³.

Solo nell'ultimo paragrafo della motivazione viene infine esplicitata la vera *ratio decidendi*, e cioè la risposta alla questione se la *misura* della revoca prevista dalla norma sottoposta a scrutinio possa o meno ritenersi *sostanzialmente penale* ai sensi dei ben noti criteri *Engel*. La motivazione sul punto è assai sintetica e può essere riportata integralmente. "Nella fattispecie in esame, quanto alla qualificazione del diritto nazionale, è sufficiente osservare che il comma 61, oggetto di censura, non solo *non reca la qualificazione formale, come 'sanzione penale'*, ma manca la stessa definizione di "sanzione"; la quale, invece, è sì presente al comma 58, ma ciò, di per sé solo, non è decisivo ai fini della natura punitiva della revoca. Rileva poi – come si è già sopra sottolineato – che la *condanna penale* costituisce un *mero presupposto di fatto* utilizzato dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, per attestare il venire meno di un *requisito soggettivo di 'meritevolezza'*, introdotto quale nuova condizione per fruire dell'erogazione di una

¹⁷ § 5 del *considerato in diritto*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ § 6 del *considerato in diritto*.

²¹ § 9 del *considerato in diritto* (corsivi nostri).

²² § 10 del *considerato in diritto*.

²³ *Ibidem*.

provvidenza pubblica da parte dello Stato. La revoca consegue, con applicazione automatica e indifferenziata, alla definitività di una sentenza penale di condanna senza una deliberazione sul quantum che, calibrata sulle specifiche caratteristiche del caso concreto, presupporrebbe necessariamente un giudizio di riprovazione personale. La misura resta amministrativa, in quanto *priva di un collegamento funzionale con la condotta penale sanzionata*, producendo un effetto ulteriore, distinto ed autonomo in un ambito previdenziale “esterno” rispetto all’azione pubblica di repressione penale. Infine, neppure è soddisfatto il terzo criterio – la *gravosità della misura* – che il rimettente individua nelle ripercussioni di tipo economico su un soggetto privo di mezzi di sussistenza per sé stesso e la sua famiglia. Rileva che alle esigenze di mantenimento del condannato in regime di detenzione carceraria lo Stato provvede direttamente, *assicurandogli il minimo vitale* che, ai sensi dell’art. 38 Cost., è garantito da una prestazione assistenziale, quale l’assegno sociale. Peraltro, il familiare nullatenente può accedere autonomamente agli stessi o ad altri benefici”²⁴.

Esclusa così la natura sostanzialmente penale della misura ai sensi dei criteri Engel, la Corte conclude che “la revoca prevista dal comma 61 dell’art. 2 della legge n. 92 del 2012 costituisce un *effetto extrapenale della condanna penale* e, in ogni caso, una *misura sanzionatoria amministrativa* non affittiva, *priva di natura sostanzialmente penale*, la cui applicazione, in relazione a fatti oggetto di sentenze di condanna (per i reati di cui al comma 58 del citato art. 2) divenute definitive prima della sua entrata in vigore, *non integra la violazione* degli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU”²⁵.

4. I criteri Engel alla prova della prassi.

Le sentenze di cui si è appena terminato di dare conto sono a nostro avviso significative di quanto gli *Engel criteria* si prestino, nella lettura fornitane dalla Corte costituzionale, a forzature, se non a vere e proprie *distorsioni*, che mettono in dubbio la loro capacità di costituire un punto di riferimento solido nell’assunzione delle decisioni in ordine alla natura sostanzialmente penale di una certa misura: con il rischio, che in queste pronunce ci appare evidente, che il richiamo a tali criteri serve a dare veste sistematica a soluzioni in realtà dettate da contingenti preoccupazioni di politica criminale.

4.1. Il secondo criterio Engel e la discutibile negazione della finalità punitiva di una misura affittiva.

Come noto, il *secondo criterio Engel* rappresenta lo snodo nevralgico del giudizio circa la qualificazione come sostanzialmente penale di una misura affittiva: quando una misura non è definita come penale dal legislatore (*primo criterio Engel*), essa può comunque essere considerata sostanzialmente penale in ragione della sua *natura* o della sua *finalità*. Senza poter qui ripercorrere una letteratura e una giurisprudenza quanto mai vaste al riguardo, il secondo criterio *Engel* conduce a qualificare come penale ogni misura che abbia *finalità punitiva* (in via esclusiva o concorrente con altre finalità), e ad escludere al contrario la natura penale di misure che abbiano *finalità preventiva* o *risarcitoria*: il finalismo punitivo della misura è pacificamente reputato essenziale nel determinarne la natura penale²⁶.

Andando allora a verificare come di tale criterio abbiano fatto applicazione le sentenze sopra sintetizzate, emergono *forti perplessità* rispetto al percorso motivazionale seguito per *negare* in entrambi i casi la *finalità punitiva* della misura in questione.

A) Per quanto riguarda la decisione del 2022, e prendendo le mosse dagli argomenti relativi alle *singole misure* previste dall’art. 75 TUS, in ordine alla *sospensione della patente* la Corte, come visto sopra, ritiene addirittura “evidente” la sua finalità di prevenire i rischi connessi all’uso di veicoli da parte di soggetti in stato di intossicazione da stupefacenti, e ritiene non

²⁴ § 14 del *considerato in diritto*.

²⁵ § 15 del *considerato in diritto*.

²⁶ Cfr. ampiamente sul punto i lavori citati *supra*, nota n. 1.

decisivo il proprio precedente in cui era stata riconosciuta natura punitiva alla revoca della patente conseguente alla condanna per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis, posto che in quel caso la misura era disposta dal giudice penale o dall'autorità amministrativa in seguito alla condanna penale, mentre nel caso in esame la misura ha natura esclusivamente amministrativa. Il passaggio che non ci convince riguarda il *distinguishing* operato rispetto al precedente del 2021, in cui si valorizza la circostanza che nel caso in esame l'applicazione della misura sia indipendente dalla commissione di un reato. In realtà, nella criteriologia della materia penale di origine convenzionale, quello del legame della misura con un procedimento penale è un *criterio distinto* da quello della finalità della misura: per stabilire la natura dell'illecito (secondo criterio *Engel*), quando la finalità punitiva o preventiva risulti incerta, possono essere utilizzati altri *criteri sussidiari*, tra cui appunto il suo legame con un procedimento formalmente penale o la sua applicazione da parte del giudice penale. Nella sentenza della Corte costituzionale, invece, l'assenza di tale legame viene utilizzata a sostegno della sua natura preventiva, e quindi come fattore in grado di fondare il distinguo rispetto all'affermata natura punitiva della revoca della patente da parte del giudice penale. L'argomento della mancanza di legame con un procedimento penale avrebbe quindi potuto, a nostro parere, venire utilizzato dalla Corte nel giudizio complessivo sulla natura sostanzialmente penale dell'illecito, ma non a sostegno della tesi della finalità preventiva della misura, posto che la finalità di una misura non dipende dal soggetto chiamato ad applicarla.

Solo pochi cenni vengono poi dedicati alla misura del *ritiro del porto d'armi*, che, tra le diverse misure previste dalla norma, è quella rispetto alla quale la tesi della natura preventiva pare effettivamente più plausibile; e a quella del *diniego del permesso di soggiorno* per motivi di turismo, ove la sentenza fa riferimento a non meglio precisati "requisiti morali minimi" ai quali sarebbe subordinato tale permesso (in realtà non vi è alcuna norma che preveda tale requisiti, la cui formulazione nei termini usati dalla sentenza lascerebbe peraltro dubitare della sua legittimità sotto il profilo del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 10 co. 2 Cost.), e al pericolo per l'ordine pubblico rappresentato da uno straniero che consumi stupefacenti.

Il punto più debole della motivazione consiste tuttavia nella scelta di non fare neppure un cenno alle ragioni per cui sarebbe da attribuire natura preventiva alla misura del *ritiro del passaporto*. In effetti, davvero non si vede quale esigenza di prevenzione possa stare a fondamento di una misura che non ha all'evidenza altra finalità che quella di punire il consumatore di stupefacenti, impedendogli di lasciare il Paese, e dunque limitando in modo significativo un diritto costituzionale senza alcuna finalità di tutela preventiva dell'ordine o della sicurezza pubbliche. La mancanza di ogni riferimento a tale misura rappresenta l'implicito riconoscimento che rispetto ad essa non vi erano appigli per motivarne la finalità preventiva, e dunque equivale in sostanza a riconoscere che almeno una delle misure previste dall'art. 75 TUS ha *indiscutibilmente finalità punitiva*.

Se rispetto alle singole misure l'argomentazione della loro natura preventiva non pare dunque particolarmente solida (se non forse rispetto al porto d'armi), ed è poi addirittura del tutto assente rispetto alla misura che ha un evidente scopo punitivo (il ritiro del passaporto), vi sono anche *elementi di contesto*, non valorizzati dalla Corte, che a nostro avviso depongono nel senso della natura punitiva delle misure previste dall'art. 75 TUS.

Innanzitutto, ci pare indicativo della finalità punitiva il *criterio di quantificazione della durata* delle stesse, che dipende dal fatto che si tratti di consumo di droghe pesanti o leggere, secondo il medesimo modello adottato dall'art. 73 TUS per la determinazione delle pene per i reati di cessione di stupefacenti. Certo tale criterio potrebbe essere giustificato anche in chiave preventiva, supponendosi che il consumatore di droghe pesanti rappresenti un pericolo più persistente per l'ordine pubblico; ma in realtà, nel disegno complessivo del legislatore, la differenza sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere trova una spiegazione più piana nella volontà di "trasferire" il sistema punitivo previsto in sede penale per le ipotesi di cessione, al sistema "punitivo" amministrativo previsto per il consumatore.

Depone poi deporre per una qualificazione in senso punitivo la circostanza che l'applicazione di almeno una misura sia *obbligatoria* per il prefetto, posto che in prospettiva preventiva dovrebbe essere concessa all'autorità amministrativa la possibilità di astenersi dall'applicare alcuna misura, quando nel caso concreto il consumatore non mostri profili di pericolosità per l'ordine pubblico, mentre la necessità di applicare comunque una misura è perfettamente coerente con una logica punitiva. L'art. 75 co. 14, in realtà, prevede che le misure di cui al co. 1 possano essere sostituite (solo per la *prima volta*) con un *ammonimento* a non fare più uso delle

sostanze, quando “il caso sia di *particolare tenuità* e ricorrano elementi tali da far presumere che la persona si asterrà, per il futuro, dal commettere i fatti di cui al primo comma”. Ma anche tale disposizione si legge più agevolmente in una logica punitiva piuttosto che preventiva, considerato come la non applicazione di alcuna misura sia legata alla tenuità del caso e sia praticabile solo la prima volta in cui venga contestata la violazione, entrambi requisiti da cui emerge la *minore gravità del fatto* per cui si viene puniti, più che la mancanza di pericolosità del suo autore.

Orienta ancora nella medesima direzione il giudizio anche l'elemento dell'applicabilità all'illecito di cui all'art. 75 delle disposizioni previste per la *generalità degli illeciti amministrativi* dalla l. 689/1981; non solo, infatti, come ricorda la Corte, il procedimento applicativo ricalca quello delineato dalla legge del 1981, ma è lo stesso art. 75 co. 12 a prevedere che “si applicano, per quanto compatibili, le norme della sezione II del capo I (rubricato ‘applicazione’) e il secondo comma dell'art. 62 della legge n. 689/1981”. Ora, considerato come il *genus* di illecito amministrativo delineato dalla l. 689/1981 rappresenti per unanime opinione l'*archetipo* dell'*illecito amministrativo punitivo*, riconducibile alla materia penale in senso lato, l'ampio ed espresso riferimento dell'art. 75 a tale legge ci pare un indizio importante delle reali finalità del legislatore.

Volgendo poi lo sguardo alla *complessiva strategia di contrasto* al consumo di stupefacenti delineato dall'attuale normativa, il richiamo alle finalità di intervento “*terapeutico e riabilitativo*” cui sarebbe orientato l'art. 75 può valere, come sottolinea la Corte, per la misura della partecipazione volontaria ad un *programma riabilitativo* prevista dal co. 2, ma davvero non ci pare possa essere esteso alle misure del co. 1. La nostra legislazione degli ultimi decenni in materia di stupefacenti è caratterizzata da un *solidissimo impianto punitivo*, al punto che l'originaria formulazione dell'art. 75 co. 1 prevedeva che la sanzione amministrativa si applicasse in luogo di quella penale solo se la detenzione a fine di consumo avesse ad oggetto una quantità di sostanza non superiore alla “dose media giornaliera”, e solo l'esito del referendum del 1993 ha escluso in ogni caso la rilevanza penale della detenzione con finalità di consumo personale. Lungi, quindi, dal rappresentare misure preventive, nel disegno del legislatore del 1990 le misure dell'art. 75 co. 1 rappresentavano una forma *meno grave di sanzione*, da applicare al consumatore in luogo di quella penale applicabile allo spacciatore per evitare una criminalizzazione a tappeto del consumo che sarebbe stata impossibile da gestire da parte dell'apparato repressivo: una misura meno grave, ma a tutti gli effetti e senza dubbi una *misura punitiva*, a cui il co. 2 affiancava la previsione, essa sì formulata in chiave preventiva, di percorsi di recupero cui il consumatore poteva decidere di accedere. Insomma, una lettura sistematica porta a considerare le sanzioni di cui all'art. 75 co. 1 non già come un intervento preventivo che si contrappone alla logica punitiva dell'art. 73, bensì come un affievolimento del trattamento sanzionatorio per il consumatore rispetto allo spacciatore, all'interno comunque di un approccio punitivo nei confronti di entrambe le tipologie di condotte (al punto che, come appena visto, nel sistema pre-referendum anche il consumatore poteva andare incontro a sanzioni penali, se trovato in possesso di un significativo non modesto di stupefacente).

B) Nella sentenza del 2023 analizzata sopra, la questione rilevante ai fini della decisione ateneva alla riconducibilità o meno, all'interno del perimetro della materia penale *à la Engel*, della misura della *revoca delle prestazioni assistenziali* per i condannati per *gravi reati*. Se tale questione fosse stata risolta in senso positivo, la misura introdotta nel 2012 sarebbe dovuta essere applicabile solo a soggetti condannati per reati compiuti dopo la sua approvazione, perché così impone (secondo una giurisprudenza costituzionale ormai pacifica) il principio di irretroattività delle modifiche sfavorevoli per tutte le misure punitive (anche se formalmente non di natura penale); con conseguente dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma nella parte in cui, secondo una prassi pacifica, consente l'applicazione della revoca anche a soggetti condannati per fatti antecedenti al 2012.

A tale specifica questione, la sentenza dedica solo l'ultimo, rapidissimo paragrafo, svolgendo osservazioni che lasciano sullo sfondo i problemi a nostro avviso più rilevanti. Se infatti, come ci pare indiscutibile, il punto decisivo è capire se la revoca in esame appartenga o meno alla materia penale secondo i criteri *Engel*, le considerazioni che precedono l'ultimo paragrafo a ciò dedicato non forniscono molti spunti di interesse.

Sicuramente non fornisce indicazioni in un senso o nell'altro il precedente del 2021, quando la Corte aveva scrutinato, sotto diverso profilo, la legittimità della medesima disposizione

costituzionale in questione. Come ricorda la sentenza in commento, e come abbiamo già visto sopra, in quell'occasione la Corte aveva affermato la legittimità della previsione da parte del legislatore di uno "statuto di indegnità" che privi soggetti condannati per determinati reati delle prestazioni previdenziali o assistenziali, a condizione che non si tratti di soggetti che scontano la pena fuori dal carcere, e necessitano di tali prestazioni per vivere: nessun cenno era stato fatto rispetto alla natura o meno sostanzialmente penale della misura ai sensi dei criteri Engel.

Anche il passaggio successivo, dove la sentenza cita diverse pronunce che hanno stabilito "la *legittimità di meccanismi* destinati ad attivarsi, in modo automatico, in conseguenza della *perdita di requisiti di onorabilità*", non contribuisce a risolvere il problema della natura penale della revoca, posto che la sentenza omette totalmente di citare i passaggi, pur presenti nelle decisioni citate, ove la Corte si era soffermata sulla natura penale *à la Engel* delle misure di volta in volta esaminate²⁷.

In effetti, il riferimento ai precedenti non riguarda le ragioni per cui era stata riconosciuta o negata nel singolo caso la finalità punitiva della misura, ma viene valorizzato esclusivamente per confermare quella che è la vera *ratio decidendi* della pronuncia qui in commento, e cioè la constatazione che la revoca delle prestazioni assistenziali non rappresenta una misura sostanzialmente penale, perché è da ascrivere al novero degli *effetti extra-penali* della sentenza di condanna, trattandosi di un requisito di meritevolezza rispetto al quale la sentenza penale di condanna ha la funzione di mero presupposto di fatto.

E' questo il *leit motiv* della pronuncia, che emerge prima quando viene ricostruita la giurisprudenza in materia di requisiti di onorabilità; poi quando vengono ricostruiti i caratteri della misura (e si conferma quanto appena visto sopra, aggiungendo che la revoca dei benefici, per il tempo in cui sconti la pena in carcere, è un mero *requisito di erogazione* della prestazione); e infine, come si ricorderà, quando si motiva in relazione al secondo criterio *Engel*, e in sostanza non si che fa che ribadire che la mancata ricorrenza di tale criterio deriva dal fatto che la revoca non denota un "giudizio di riprovazione personale", ed è "*priva di un collegamento funzionale con la condotta penale* sanzionata producendo un effetto ulteriore, distinto ed autonomo in un ambito previdenziale rispetto all'azione pubblica di repressione penale".

Al nodo della questione, se la revoca sia da considerare penale secondo i criteri *Engel*, la sentenza arriva appunto, come già notato, solo nell'ultimo paragrafo, con considerazioni molto sintetiche e a nostro avviso poco convincenti.

Quanto al *primo criterio*, relativo alla qualificazione come sanzione penale ad opera della legislazione interna, solitamente è quello che pone meno problemi, posto che il novero delle sanzioni penali in senso stretto è facilmente desumibile dal dato legislativo. Nel caso di specie, tuttavia, vi era un profilo di complessità, che la sentenza in verità mette in luce, ma si limita a ritenere non decisivo. Come visto sopra, in effetti, la sentenza ricorda come la legge che ha introdotto l'istituto in esame preveda espressamente che, quando la revoca dei benefici venga disposta dal giudice penale nella sentenza di condanna per uno dei reati per cui è la stessa prevista, essa abbia natura di *sanzione accessoria* (art. 2 comma 58 l. 92/2012)²⁸, ed abbia quindi anche formalmente natura di sanzione penale. La norma oggetto di scrutinio da parte della Corte non è, però, il comma 58, ma il comma 61 dell'art. 2, che si riferisce alle ipotesi in cui, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, la revoca delle prestazioni di cui all'art. 58 debba venire disposta dall'autorità amministrativa, nei confronti dei soggetti condannati con sentenza definitiva per uno dei reati di cui al comma 58²⁹. La sentenza evidenzia che nel comma 61 il legislatore non usa il termine "sanzione" o "sanzione penale" per definire la revoca, e conclude che l'uso di tale espressione nel comma 58 "non è decisivo ai fini della natura punitiva della revoca".

²⁷ Vengono citate le sentenze n. 126/2021 e 122/2020, in tema di sospensione del reddito di cittadinanza in caso di sottoposizione a misure cautelari; n. 248/2019, relativa ad una legge della Regione Umbria che prevedeva l'esclusione di finanziamenti per le imprese i cui titolari siano stati condannati per certe categorie di reati; n. 161/2018, sul divieto di accesso alla professione di autotrasportatore per fatti che costituiscono violazione degli obblighi in materia previdenziale ed assistenziale; n. 35/2021, 36/2019, 276/16 e 236/2015 in tema di decadenza e sospensione dalle cariche elettive; n. 22/2018, relativa alla revoca della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti.

²⁸ "Con la sentenza di condanna per i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale, nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, il giudice dispone la *sanzione accessoria* della revoca delle seguenti prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare: indennità di disoccupazione, assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili".

²⁹ "Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della giustizia, d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, trasmette agli enti titolari dei relativi rapporti l'elenco dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58, ai fini della revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni di cui al medesimo comma 58, primo periodo".

In realtà, l'insistito richiamo del comma 61 al comma 58 per definire contenuto e presupposti della revoca avrebbe a nostro avviso dovuto indurre ad una più attenta riflessione circa i rapporti tra le due disposizioni. Da un lato, infatti, si può anche condividere l'affermazione per cui la qualificazione come sanzione accessoria della revoca dei benefici, quando disposta dal giudice penale nella sentenza di condanna, non possa di per sé sola condurre a ritenere qualificabile come sanzione *formalmente* penale la medesima revoca quando essa viene disposta dall'autorità amministrativa, sia pure a seguito di una sentenza penale di condanna. Ciò che non ci convince, però, non è tanto il non ritenere integrato il primo criterio *Engel*, che avendo natura formale può ben reputarsi sussistente per la revoca disposta dal giudice penale (posto che il legislatore la definisce espressamente come sanzione accessoria, e quindi anche formalmente penale), e non per la medesima revoca applicata dall'autorità amministrativa (dal momento che la norma non contiene alcuna specifica qualificazione). Il problema è che la perfetta coincidenza contenutistica della revoca di cui al comma 61 all'esame della Corte, con la revoca qualificata come sanzione penale al comma 58, avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione al momento di valutare, nell'ambito del giudizio relativo al *secondo criterio Engel*, la natura e la finalità o meno *punitiva* della misura oggetto di scrutinio; mentre la sentenza non fa altro che constatare come nel comma 61 il legislatore non parli né di sanzione né tantomeno di sanzione penale, e non trae alcun elemento di riflessione in ordine alla natura della revoca ex comma 61 dalla *sua sostanziale sovrapponibilità con la sanzione (penale)* di cui al comma 58.

Il vero *punctum dolens* della pronuncia sta, tuttavia, proprio nel passaggio dedicato al *secondo criterio Engel*, dove in modo alquanto sorprendente la sentenza non fa alcun riferimento al tema della finalità o meno punitiva della revoca. La Corte, infatti, ritorna sulla circostanza che la condanna penale costituisce un "*requisito soggettivo di meritevolezza*", ed è "priva di un collegamento funzionale con la condotta penale sanzionata", producendo effetto "in un ambito previdenziale 'esterno' rispetto all'azione pubblica di repressione penale": alla questione di quale sia la finalità, diversa da quella punitiva, che starebbe a fondamento della revoca, non viene dedicato neppure un cenno, quando è proprio il tema della finalità della misura a rappresentare il cuore del secondo criterio *Engel*.

In realtà, nel testo della sentenza, quando la Corte ricostruisce "il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento", vi è un cenno alla questione della finalità per cui il legislatore avrebbe previsto nel 2012 di introdurre la revoca: il passaggio, riportato sopra, ove si afferma che la revoca ha "natura *latamente riparatoria*", dal momento che le somme recuperate sono destinate al *Fondo per vittime dei reati di tipo mafioso e di terrorismo*.

L'argomento, tuttavia, ci pare tutt'altro che decisivo, e tale sembra considerarlo la stessa sentenza, visto che non viene ripreso proprio quando si sarebbe dovuto trattare, a proposito del secondo criterio *Engel*, della *finalità* della misura. Già secondo la formulazione della sentenza la misura ha solo "latamente" natura riparatoria (natura che, come noto, ai sensi della corrente interpretazione del secondo criterio *Engel* presso la giurisprudenza di Strasburgo, escluderebbe il carattere sostanzialmente penale della misura), e in effetti sembra difficile argomentare che la destinazione ad un fondo per le vittime di mafia e terrorismo delle somme risparmiate grazie alla revoca dei benefici, possa rappresentare l'esclusiva o prevalente finalità della revoca stessa; quando invece, secondo giurisprudenza costante, per negare natura penale ad una misura affittiva la *finalità diversa* da quella punitiva deve risultare *almeno prevalente* nel delineare i contorni e le caratteristiche della misura stessa³⁰.

In altri termini, anche ammessa la natura "latamente riparatoria" della misura in esame, andava argomentato perché fosse da escludere la sua natura punitiva: argomentazione quanto mai necessaria, considerato come la revoca in esame abbia gli stessi caratteri e mutui la propria disciplina da una misura espressamente qualificata come sanzione penale accessoria dallo stesso legislatore in un diverso comma dello stesso articolo di legge. Anche se ricade, come nota la sentenza, su ambiti diversi da quello penale, ci pare assai difficile negare (e del resto la sentenza neppure prova a farlo) che la revoca dei benefici previdenziali e assistenziali abbia anche e soprattutto la *finalità di inasprire il trattamento sanzionatorio* nei confronti dei condannati per gravi reati, e quindi abbia una *finalità punitiva* che avrebbe dovuto condurre ad affermarne la natura penale ai sensi del secondo criterio *Engel*.

³⁰ Sullo specifico tema della compresenza di più finalità, come affrontato dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. MASERA (2018), cit., p. 69 ss.

4.2.

Il terzo criterio Engel e la sua natura sussidiaria, più che realmente alternativa, rispetto al criterio della finalità punitiva.

L'iter argomentativo seguito dalla sentenza in materia di stupefacenti conduce poi a ritenere che, secondo la criteriologia della materia penale adottata dalla nostra Corte costituzionale, i celebri tre criteri *Engel* siano in *realtà solo due*. Come noto, secondo lo schema fissato dalla celebre sentenza della Corte EDU del 1976, il criterio della gravità della sanzione rappresentava un parametro autonomo e alternativo a quello della natura o della finalità punitiva: tanto che, proprio nel caso *Engel*, la Corte aveva escluso che una misura disciplinare detentiva applicata ad un militare avesse natura punitiva e dunque fosse da considerare penale ai sensi del secondo criterio, ma aveva qualificato comunque come sostanzialmente penale la sanzione alla luce del terzo criterio, in ragione della sua elevata carica affittiva.

Ora, tale modello risulta implicitamente derogato dalla Corte nella sentenza, laddove si sostiene che l'elevata carica di affittività della misura non depone univocamente nel senso della sua natura punitiva, né è incompatibile con una finalità preventiva. Da autonomo criterio di qualificazione della natura penale di un illecito, quale è da considerare secondo la criteriologia *Engel*, la gravità della sanzione (*id est* la sua carica affittiva) è "declassata" ad elemento (non decisivo) da tenere in considerazione insieme ad altri per valutare la natura punitiva dell'illecito, che diventa dunque l'*unico* criterio per valutare la natura sostanzialmente penale di una misura amministrativa.

Non si tratta certo di una novità della sentenza del 2022, che sul punto non fa che richiamarsi ai precedenti (propri e della Corte EDU) in materia di *misure di prevenzione personali*, ove è stata negata natura penale a misure fortemente affittive, come la sorveglianza speciale, proprio in ragione della loro asserita finalità preventiva e non punitiva; ma la conferma di tale principio da parte della sentenza in esame è però interessante perché porta all'attenzione dell'interprete profili di criticità che in relazione alle decisioni sulle misure di prevenzione erano rimasti sottotraccia.

Le decisioni in cui è stata negata natura penale alle misure di prevenzione (dalla sentenza *De Tommaso* della Corte EDU alle decisioni della Corte citate nella sentenza) sono, infatti, tutte ipotesi in cui la garanzia penalistica che veniva invocata (il *principio di legalità-tassatività*) trovava riscontro anche nelle *garanzie* apprestate dalla Convenzione (o dalla nostra Costituzione) a *tutela del diritto fondamentale* (la libertà di circolazione) su cui andava ad incidere la misura di prevenzione. Alla *negazione della natura penale* aveva fatto quindi seguito comunque il *riscontro della violazione* (o dell'eccezione di costituzionalità), perché era stato ritenuto violato il principio per cui le misure incidenti sulla libertà di circolazione devono essere descritte in modo tassativo dalla legge: il rilievo dell'affermazione circa la natura non penale delle misure di prevenzione, anche se gravemente affittive, era stato allora messo in ombra dall'importanza di decisioni che avevano comunque segnato una svolta in senso garantistico.

Nel caso ora allo studio, invece, la garanzia invocata dal giudice *a quo* a fondamento della questione di costituzionalità è peculiare della materia penale, e di conseguenza la negazione della natura sostanzialmente penale della misura conduce inevitabilmente a negare anche l'estensione della garanzia in questione. Appare allora evidente come la riduzione del criterio della gravità della misura a mero indicatore della finalità punitiva porti con sé una significativa *riduzione dell'area della materia penale* in senso lato, negandone l'estensione ad ipotesi (come, quasi per paradosso, quella oggetto del *leading case* del 1976) di misure anche gravemente affittive dei diritti fondamentali del destinatario.

Ma su quali basi si fonda questa operazione ermeneutica restrittiva della materia penale, effettuata senza che né la Corte EDU né la Corte costituzionale abbiano mai espressamente dichiarato il superamento dell'originaria criteriologia? E se davvero l'affittività della misura non ne comporta di per sé la natura penale, anche misure preventive che incidano sulla *libertà personale* giacerebbero al di fuori della materia penale, e il loro corredo di garanzie sarebbe allora solo quello previsto dalle norme poste a presidio di tale diritto (l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU)? O invece quando è in gioco la libertà personale, le garanzie della materia penale dovrebbero comunque ritenersi applicabili, anche al di là della finalità perseguita dal legislatore nel disporre la misura? Si tratta di quesiti tutt'altro che banali, e che non trovano adeguata risposta né nella giurisprudenza convenzionale, né (per quanto qui più interessa) nella nostra giurisprudenza costituzionale.

5.

Conclusioni: i punti che necessitano una precisazione da parte della giurisprudenza costituzionale.

Abbiamo soffermato a lungo l'attenzione su due specifiche sentenze della Corte costituzionale, tra le molte che negli ultimi anni si sono occupate del problema qui allo studio della definizione del perimetro della *matière pénale costituzionale*, perché ci paiono esemplari dei rischi cui si può andare incontro in mancanza della necessaria precisazione concettuale della nozione in questione.

In entrambi i casi, abbiamo visto come l'argomento della finalità punitiva della misura o sia stato escluso con argomenti poco convincenti (nella sentenza del 2022) o addirittura sia stato completamente eluso (nella decisione del 2023), quando nella criteriologia *Engel*, cui entrambe le sentenze si richiamano, proprio la finalità punitiva è il fulcro dell'operazione di estensione delle garanzie oltre il perimetro del formalmente penale.

In entrambe le sentenze, poi, appaiono molto chiare le ragioni di *politica criminale* che inducono la Corte a ritenere insussistenti le violazioni invocate. *Stupefacenti e criminalità organizzata* sono tra le materie più sensibili per l'opinione pubblica, ed ogni intervento in questa materia della Corte costituzionale, che produca un indebolimento dell'apparato di contrasto ai fenomeni criminali in questione, risulta sempre particolarmente delicato.

Nel caso in tema di diritto al silenzio del consumatore di stupefacenti, erano chiare le importanti conseguenze pratiche che avrebbe comportato per il sistema di *law enforcement* una pronuncia di accoglimento della questione prospettata. Mentre oggi, al consumatore che si rifiuta di fornire informazioni circa il soggetto responsabile della cessione, l'ufficiale di polizia giudiziaria può prospettare l'addebito del delitto di favoreggiamento personale, qualora l'eccezione fosse stata accolta non solo il consumatore non si sarebbe reso responsabile di alcun reato in caso di reticenza, ma avrebbe dovuto essere sentito con le garanzie previste dall'art. 64 c.p.p. Un mutamento di non poco conto, che sarebbe andato ad impattare proprio sull'attività di contrasto allo spaccio al minuto (dove è decisivo il contributo in sede di identificazione da parte dei cessionari della sostanza), che più di ogni altra incide su quella "sicurezza percepita" che da decenni orienta la politica criminale del nostro legislatore. Un conto allora è riconoscere il diritto al silenzio nei locali ovattati dove la CONSOB svolge la propria attività sanzionatoria, un conto è riconoscerlo ad un consumatore di stupefacenti fermato mentre acquista la sostanza vietata. Per evitare di mettere in discussione i principi affermati nelle decisioni precedenti, ed al contempo evitare una pronuncia di incostituzionalità dagli effetti probabilmente dirimpenti in un settore così delicato come quello del contrasto al traffico di stupefacenti, alla Corte si apriva solo la strada tutta in salita del negare natura sostanzialmente penale alle misure dell'art. TUS, e tale strada è stata imboccata.

Anche nel caso della revoca dei benefici assistenziali, accogliere l'eccezione di incostituzionalità avrebbe comportato un significativo depotenziamento dell'apparato di contrasto predisposto dalla novella del 2012, questa volta in materia di criminalità organizzata. Se intesa (a nostro avviso doverosamente) come misura punitiva, la revoca dei benefici assistenziali avrebbe potuto essere applicata solo nei futuri procedimenti per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, e dunque la disposizione sottoposta a scrutinio (che prevede, lo ricordiamo, la disciplina della revoca dei benefici per soggetti già condannati in via definitiva) sarebbe stata in sostanza privata di alcun margine applicativo: un risultato cui, evidentemente, la Corte costituzionale riteneva opportuno non pervenire.

Per evitare, allora, che vengano pronunciate ancora in futuro sentenze relative alla nozione di *matière pénale* in cui non risulta del tutto chiaro il contenuto di tale nozione, e ove si avverte il rischio di decisioni assunte più per ragioni di politica criminale, che di effettiva applicazione dei criteri che pur si dichiara di adottare, ci pare possibile individuare alcuni punti su cui sarebbe interessante se la Corte trovasse l'occasione di prendere posizione. I criteri *Engel* nascono per impedire al legislatore una "truffa delle etichette" fondata sul dato formale della natura non penale della misura, quando in realtà la stessa ha contenuto punitivo; ora la categoria della finalità punitiva non deve diventare a sua volta "un'etichetta", da attribuire discrezionalmente sulla base di criteri vaghi e poco precisi.

A) Il primo punto concerne l'esatta portata del richiamo normalmente operato dalla Corte costituzionale ai criteri *Engel*: il richiamo è ai tre criteri generali formulati nel 1976 dalla Corte

EDU, o anche a tutta la (imponente) giurisprudenza che a partire da quella data si è sviluppata a livello convenzionale?

Si tratta di una questione che trova pacifica risposta quando si tratti di applicare in qualità di parametro interposto di costituzionalità *ex art. 117 CEDU* le garanzie riconosciute in sede convenzionale, che ovviamente vanno interpretate (anche per quanto riguarda il loro ambito applicativo) alla luce dei più recenti orientamenti della pertinente giurisprudenza di Strasburgo.

Ma abbiamo visto che la Corte costituzionale si richiama ai criteri *Engel* anche in relazione alla nozione di materia penale rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali, che non necessariamente trovano riscontro in sede convenzionale. In queste situazioni (quando cioè si tratta di applicare una garanzia riconosciuta solo a livello costituzionale) non vi è alcun vincolo istituzionale a tenere conto dell'evoluzione della giurisprudenza europea, trattandosi di questione di pura rilevanza interna: il richiamo ad *Engel* può allora essere inteso come un'espressione di sintesi, idonea a veicolare nel linguaggio ormai corrente la centralità dei criteri della finalità della misura e della gravità dell'offesa, o va invece inteso in senso più rigoroso, come riferito a tutta l'evoluzione del concetto cui si è assistito negli ultimi decenni nella giurisprudenza europea?

Non ci pare che la Corte costituzionale abbia mai fornito una risposta esplicita a tale problema, cui vogliamo dedicare ora qualche brevissima riflessione.

Se la garanzia di cui si discute l'estensione ha natura solo costituzionale, e non convenzionale, il rinvio agli *Engel criteria* rileva solo in quanto si ritenga che tali criteri forniscano dal punto di vista della loro *persuasività* la migliore definizione di cosa si debba intendere per materia penale in senso ampio, ma non ha alcun carattere vincolante per la Corte costituzionale. Quando si tratta di una garanzia costituzionale, la nozione di materia penale costituzionale è autonoma da quella di *matière pénale* convenzionale, che può ben essere presa a riferimento in chiave di comparazione (come possono esserlo le nozioni di materia penale in senso lato adottate da altre Corti supreme³¹), ma senza privare la Corte costituzionale di un margine di manovra (anche ampio) nel rideterminare in modo autonomo i suoi confini.

Insomma, è ovvio che i nostri giudici delle leggi, se intenderanno fornire *ex professo* una autonoma nozione di materia penale costituzionale, dovranno confrontarsi non solo con i criteri *Engel* come formulati nel 1976, ma con tutta la copiosa giurisprudenza successiva; ma si tratterà di un confronto rilevante in quanto scientificamente proficuo al fine di addivenire ad una nozione quanto più possibile convincente di materia penale costituzionale, senza alcun vincolo ai risultati cui è pervenuta la Corte di Strasburgo. Sappiamo bene come la giurisprudenza europea in argomento sia complessa e a volte non priva di aspetti poco chiari o di soluzioni contraddittorie: nulla vieta alla Corte costituzionale, una volta preso spunto dallo "spirito" più che dalla lettera degli *Engel criteria*, di formulare una nozione di materia penale non esattamente coincidente con quella europea, che pure non può che rimanere l'imprescindibile pietra di paragone della plausibilità della soluzione che si intenderà adottare.

B) Una volta intrapresa la strada di una definizione della nozione costituzionale di materia penale, che prenda spunto dalla criteriologia di *Engel* ma non si identifichi con essa, l'aspetto certamente più delicato riguarda la definizione di quali siano gli elementi per determinare la *natura* sostanzialmente penale di una misura afflittiva. Un dato è fuori discussione: l'elemento centrale nel definire l'area della *matière pénale* è rappresentato dalla *finalità* che persegue il legislatore nel disporre la misura afflittiva (nel senso di misura incidente su un diritto fondamentale). Quando la misura ha finalità *punitiva*, le devono in linea di massima venire riconosciute le garanzie della materia penale, da intendere in senso lato come *materia punitiva*; quando invece la misura, nonostante la sua natura afflittiva, persegua finalità *preventive* o *risarcitorie-ripristinatorie*, le sono da riconoscere le garanzie costituzionali e convenzionali proprie del diritto su cui va ad incidere (le garanzie, ad esempio, del diritto alla libertà personale, alla libertà di movimento, alla proprietà o alla vita familiare), ma non le garanzie peculiari della materia punitiva in senso ampio.

All'interno di questa cornice concettuale, si pone anzitutto l'esigenza, evidenziata dall'analisi delle sentenze prese in esame, di una *motivazione esplicita* circa l'*effettiva finalità* della misura in questione: l'individuazione della teleologia dell'intervento legislativo sui diritti fon-

³¹ Per una ricostruzione di tale nozione nella giurisprudenza delle Corti supreme tedesca, americana e spagnola, cfr. ad esempio MASERA (2018) pp. 111 ss.

damentali è lo snodo principale della definizione di materia penale, e deve essere oggetto di attenta e specifica considerazione, specie riguardo alle finalità alternative a quella punitiva che sarebbero veicolate dalla misura afflittiva. Si tratta, è inutile negarlo, di un giudizio altamente discrezionale, cui è difficile rimangano estranee anche considerazioni di politica criminale in ordine alle conseguenze dell'attrazione della misura nell'ambito della materia penale; tuttavia, almeno qualche direttiva generale, sulle cadenze e sui parametri cui improntare tale giudizio, ci pare potrebbe essere fornita dalla Corte.

La prima questione di portata generale riguarda l'esito del giudizio nell'ipotesi (tutt'altro che infrequente) in cui risulti la *compresenza di diverse finalità* cui è ispirata la misura. L'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo è nel senso che, per negare natura penale ad una misura che ha *anche* una finalità punitiva, non sia sufficiente riscontrare un'altra finalità, ma sia necessario accertare che questa sia *prevalente* sulla finalità punitiva: è questa anche la struttura del giudizio in ordine alla materia penale costituzionale? E' evidente che, anche con questa precisazione, rimarrebbe un giudizio ad altissimo tasso di discrezionalità, ma chiarirne la struttura serve almeno ad imporre decisioni che si confrontino *ex professo* con la questione della prevalenza, senza eluderla.

La seconda tematica meritevole di chiarimento riguarda il ruolo che, nel determinare la natura penale di una misura, rivestono *gli altri criteri* "di contesto" elaborati negli anni dalla Corte EDU³². Il collegamento della misura con un procedimento penale; l'autorità (penale o amministrativa) deputata ad applicarla; i criteri di determinazione più o meno legati alla gravità oggettive e soggettiva del fatto; l'applicabilità della norma alla generalità dei consociati o solo ad una categoria di soggetti: questi ed altri elementi, legati alla disciplina peculiare alla singola misura, sono in grado di determinarne la riconducibilità all'area della materia penale (in positivo od in negativo, cioè nel senso di fondarla o escluderla in presenza piuttosto che in mancanza di uno di tali requisiti), o sono invece elementi da considerare *sussidiari* rispetto al criterio della finalità punitiva, nel senso che servono ad orientare il giudizio solo quando vi è un dubbio circa la teleologia punitiva della misura? Una risposta a tale interrogativo, che conduca la Corte a chiarire i rapporti tra il criterio teleologico ed i criteri di contesto, sarebbe quanto mai preziosa, per evitare motivazioni in cui alcuni di tali elementi vengono addotti a sostegno della conclusione assunta, senza che sia chiara la loro valenza alternativa o meramente sussidiaria al criterio finalistico, e quindi senza che sia chiaro il loro reale ruolo nel processo di qualificazione.

C) Un'ultima questione che meriterebbe di essere chiarita è quella relativa al peso da attribuire al criterio della *gravità* della misura. Abbiamo già chiarito sopra i termini della questione, e non possiamo ora che rinviare alle considerazioni già svolte. Dalla giurisprudenza sia convenzionale che costituzionale, pare desumersi che tale criterio non abbia realmente natura alternativa a quello della finalità punitiva, in quanto anche misure incidenti sulla libertà personale sono considerate estranee alla materia penale, se prive di finalità punitiva: se questo è davvero l'orientamento della Corte costituzionale, il superamento della tradizionale criteriologia di *Engel*, che è invece esplicitamente orientata nel senso dell'alternatività, merita di essere argomentato e di non rimanere più sotto traccia.

Bibliografia

BASILE, Enrico (2021), *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sist. pen.*, 3.2.2021

CODUTI, Daniele (2021), *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *federalismi.it*, 2021, n. 22, pp. 121 ss.

FARES, Guerino (2020), *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1, pp. 57 ss.

³² Su tali criteri, cfr. ancora MASERA (2018), pp. 74 ss.

MANES, Vittorio (2017), *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 988 ss.

MARCHESELLI, Alberto (2021), *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in *Consulta online*, 2021, II, p. 530 ss.

MARRA, Giuditta, e VIOLA, Massimiliano (2019), *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 7-8, pp. 143 ss.

MASERA, Luca (2018), *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli

MASERA, Luca (2022), *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventive e non punitiva*, in *Sist. pen.*, 14.7.2022

MASERA, Luca (2023), *Ancora la Corte costituzionale sulla nozione di matière pénale, rispetto ad un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2023, n. 6, pp. 2722 ss.

MAZZACUVA, Francesco (2017), *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli

RUGGERI, Antonio (2019), *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, II, pp. 242 ss.

VIGANÒ, Francesco (2017), *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5.4.2017.

Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato?

*Doble vía sancionadora:
¿larga vida o destino sellado?*

*Double-Tracked Punitive Regime:
Long Live or Sealed Fate?*

ANDREA FRANCESCO TRIPODI
Ordinario di Diritto penale nell'Università di Macerata
andrea.tripodi@unimc.it

NE BIS IN IDEM

NE BIS IN IDEM

NE BIS IN IDEM

ABSTRACTS

Il lavoro analizza l'attuale condizione del modello sanzionatorio "a doppio binario", per come definita dal vigente statuto del *ne bis in idem* europeo, interrogandosi infine sugli scenari futuribili.

El trabajo analiza la situación actual del modelo sancionador de "doble vía", tal como lo define el vigente estatuto europeo del *ne bis in idem*, interrogándose finalmente sobre los posibles escenarios futuros.

This work deals with "double-tracked" punitive model as currently conceived under the European *ne bis in idem* regime, examining its possible further developments.

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. – 2. L'odierno statuto del *ne bis in idem* europeo e la sua "filosofia" di fondo. – 3. Il processo di adeguamento del sistema interno. – 4. L'attuale situazione di *impasse* e gli ultimi interventi legislativi. – 5. La sorgente del problema e il *range* delle azioni risolutive.

1. Considerazioni introduttive.

Con riferimento al modello sanzionatorio "a doppio binario" cumulativo, caratterizzato cioè dalla previsione di due diverse sanzioni – in particolare, l'una penale e l'altra amministrativa – per il medesimo fatto, si iniziano a registrare considerazioni evocative di profili di disfunzionalità o addirittura di irrazionalità, che finiscono per porre in discussione radicalmente l'opzione politico-criminale. Ciononostante il legislatore persevera nell'adozione di tale schema, come dimostrato dalla sua recente introduzione in materia di tutela del patrimonio culturale.

Quasi superfluo ricordare come la cornice entro cui sviluppare ogni riflessione sul tema sia quella definita dalla giurisprudenza delle corti europee, che, con una serie di prese di posizioni, nel tempo mutevoli, ha dettato le regole del gioco, collocando ciascun assetto "a doppio binario" cumulativo in una zona d'ombra, in un'area di problematicità, che spetta all'interprete disambiguare onde vagliare, in concreto, le *chances* di sopravvivenza del cumulo di fronte al rischio di violazione di diritti fondamentali.

Precipitato della rilevanza multilivello della questione è dunque l'instabilità di ogni doppio binario sanzionatorio cumulativo interno. La "serena" convivenza delle due sanzioni, protrattasi per lungo tempo in via d'*eccezione* rispetto alle indicazioni circa il loro coordinamento desumibili dall'art. 9 della l. n. 689 del 1981¹ o comunque determinata dalla negazione giurisprudenziale di una relazione di specialità tra le due fattispecie², ha conosciuto infatti negli ultimi anni una vera e propria crisi, che le corti europee, dopo aver innescato, hanno tentato faticosamente di ricomporre attraverso l'elaborazione di peculiari percorsi argomentativi, i quali ammettono la coesistenza delle rispettive figure di illecito sempre che essa non si risolva in una *duplicazione* dei loro effetti.

Da qui l'attuale condizione "limbica" dei doppi binari cumulativi.

Andando più a fondo, è noto come la causa specifica di questa precarietà sia da ricercarsi nella vicenda euro-convenzionale del *ne bis in idem*, vale a dire nella recente storia del principio europeo per come adattatosi ai cd. doppi binari sanzionatori "misti", i quali hanno attratto lo spettro operativo della garanzia in ragione della riconduzione della sanzione *non penale* nella cd. *matière pénale*³. Conviene allora ripercorrere sinteticamente le tappe evolutive del *ne bis in idem* europeo per poi ritornare sulle novità normative e indagare sugli scenari futuribili⁴.

2. L'odierno statuto del *ne bis in idem* europeo e la sua "filosofia" di fondo.

L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale è stata scandita, nel giro di pochissimi anni, da due successive fasi. La fase "*Grande Stevens c. Italia*", dal nome della decisione che nel 2014 ha inaugurato la rigogliosa stagione del *ne bis in idem* con la censura della normativa italiana in materia di *abusi di mercato*, rifletteva un approccio di estremo rigore circa gli esiti della verifica di conformità del doppio binario rispetto alla garanzia di cui all'art. 4, Prot. 7, CEDU. In presenza di due procedimenti – l'uno volto all'irrogazione della sanzione amministrativa, l'altro *penale* – sullo stesso fatto storico, una volta qualificata la sanzione amministrativa, attraverso gli *Engel criteria*, come *sostanzialmente* penale e registrata la definitiva conclusio-

¹ Si allude all'ipotesi di doppio binario *geneticamente* cumulativo, in quanto previsto, come tale, dal legislatore.

² Si allude all'ipotesi di doppio binario *originariamente* alternativo, in quanto sottoposto al criterio regolatore della specialità, ma *divenuto* cumulativo ad opera della giurisprudenza, che ha ravvisato un concorso formale (infrasisematico) di illeciti.

³ Su tale figura, limitandoci agli studi monografici, MASERA (2018); MAZZACUVA (2017).

⁴ Tra i principali lavori monografici dedicati al tema, in ordine temporale, MADIA (2020); PROCACCINO (2022a); RUGGERO (2022); TRIPODI (2022); J. ESCOBAR VEAS (2023).

ne dell'uno, non sarebbe stato possibile sfuggire al divieto di iniziare o proseguire l'altro⁵. Il modulo operativo della garanzia corrispondeva, quindi, a quello classico, funzionale a inibire la duplicazione del procedimento penale *stricto sensu*, previsto nel nostro sistema all'art. 649 c.p.p., la cui *ratio*, apprezzata in una dimensione strettamente individuale⁶, dove risultano più marcati i moderni tratti di diritto fondamentale della persona di fronte ai poteri giudiziari dello Stato, è in ultima analisi identificabile con l'esigenza di tutelare il consociato dalla duplicazione del procedimento *tout court*, vale a dire dalla *soggezione al processo in se*⁷.

Dall'intransigente automatismo degli effetti censori, con l'incontrollabile, progressivo rischio di demolizione delle strutture sanzionatorie "a doppio binario" e le intuibili ripercussioni sul piano della potestà sanzionatoria statale, si è passati nel 2016, attraverso la decisione della *Grande Chambre A. e B. c. Norvegia*⁸, seguita dall'allineamento del giudice eurounitario sull'equivalente art. 50 CDFUE⁹, all'adozione di un approccio valutativo-sintomatologico, che trova plastica rappresentazione nel *test* di connessione *in substance and time*, fondato su una gamma di indici dimostrativi dell'*integrazione* dei due procedimenti e, conseguentemente, dell'assenza di *vulnus* al principio per difetto del *bis*.

Segnatamente, sarà necessario verificare: *a*) se i procedimenti abbiano scopi diversi e assumano così a oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti della stessa condotta antisociale; *b*) se la duplicità dei procedimenti sia un effetto prevedibile della condotta; *c*) se i due procedimenti siano condotti in maniera da evitare *per quanto possibile* ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, segnatamente attraverso un'integrazione tra le varie autorità competenti, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro; *d*) «*et, surtout*», se la sanzione imposta all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria¹⁰. Circa la connessione cronologica tra i due procedimenti, la Corte ha indicato come tale requisito non implichi che essi debbano svolgersi necessariamente in maniera strettamente *parallela*, dovendosi tuttavia considerare più elevata la probabilità di ricorrenza della violazione convenzionale, tenuto conto dell'entità del pregiudizio individuale, quando il soggetto, a causa di procedimenti *consecutivi*, sia esposto a una condizione di perdurante incertezza circa la propria sorte.

Si tratta di indici complessivamente elastici, malleabili, talvolta indefiniti e forse indefinibili¹¹, tra i quali spicca per importanza, stando alla stessa espressa volontà della *Grande Chambre*, quello della complessiva proporzionalità sanzionatoria, che, assecondando un'esigenza di *ne bis in idem* propriamente *sostanziale*, finisce dunque per produrre un effetto di "contaminazione" dell'identità tipicamente processuale del principio¹².

Successivamente, a fronte di un diffuso e giustificato pessimismo circa le reali *chances* applicative del *ne bis in idem*, affidate al carattere *flou* del *test*, la Corte EDU ha nondimeno, in più occasioni, continuato a ravvisare la violazione del principio, facendo leva *non* sul requisito della proporzionalità sanzionatoria, ritenuto in specie soddisfatto, bensì sugli altri parametri del *test*¹³.

⁵ Il richiamo è al periodo segnato dalla decisione Corte EDU, Sez. II, *Grande Stevens c. Italia*, 4.3.2014, per la quale si veda, tra gli altri, D'ALESSANDRO (2014), pp. 614 ss., e da quelle, di segno analogo, che ne hanno fondamentalmente replicato l'impostazione: tra le altre, Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20.5.2014; Corte EDU, *Lucki Dev c. Svezia*, 27.11.2014; Corte EDU, *Kiiveri c. Finlandia*, 10.2.2015.

⁶ Sulla *ratio* composita del *ne bis in idem*, sensibile pure all'esigenza di assicurare finalità di razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali, nonché di certezza *in senso oggettivo* delle situazioni giuridiche (con l'effetto di scongiurare conflitti tra giudicati), cfr., per tutti, CAPRIOLI – VICOLI (2011), pp. 72 ss.

⁷ Cfr. RAFARACI (2010), pp. 857 ss.

⁸ Corte EDU, *Grande Camera, A e B. c. Norvegia*, 15.11.2016, per la quale si veda VIGANÒ (2016a).

⁹ Corte di Giustizia UE, *Grande Sezione*, 20.3.2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a. c. Consob*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca c. Consob*, in *Dir. pen. cont.*, 21.3.2018, per le quali si veda RECCHIA (2018).

¹⁰ Corte EDU, *Grande Camera, A e B. c. Norvegia*, cit., §132. La Corte ha poi precisato, con l'intento di definire i tratti di un sistema procedimentale integrato («Des procédures mixtes satisfèrent plus vraisemblablement aux critères de complémentarité et de cohérence (...»), che quanto più il procedimento *formalmente* non penale presenti «caractéristiques infamantes», tanto più si correrà il rischio di avere a che fare con due procedimenti *non connessi* e dunque con un'ineffettiva duplicazione procedimentale che viola la garanzia convenzionale; e viceversa. Corte EDU, *A e B. c. Norvegia*, cit., § 133. Si segnala che la Corte costituzionale, nella decisione n. 149 del 2022, per la quale si rinvia al §3, ha riconosciuto al criterio così evocato dal giudice di Strasburgo una valenza sussidiaria, circoscritta cioè, alle ipotesi in cui gli altri indicatori non permettano di giungere a una conclusione univoca circa la violazione del diritto convenzionale.

¹¹ Sulla duttilità e, più in generale, sui tratti di complessità di tali parametri si concorda in dottrina: cfr., per tutti, BIN (2020), pp. 114 ss.

¹² Su tale fenomeno di contaminazione, per un approfondimento, volendo, TRIPODI (2022), pp. 138 e 177 ss. Sui diversi ruoli di disciplina assunti dal *ne bis in idem* nell'ambito dell'ordinamento giuridico, si veda SCOLETTA (2023), pp. 321 ss.

¹³ Corte EDU, *Nodet c. Francia*, 6.6.2019, in materia di *market abuse*; e, con riferimento al doppio binario sanzionatorio islandese in materia

Si può dunque concludere che l'attuale versione del *ne bis in idem* in relazione ai doppi binari punitivi, "figlio" della fase "*A. e B. c. Norvegia*", riflette un fenomeno di *relativizzazione-flessibilizzazione* della garanzia, che, a ben vedere, si inquadra – e in questo senso si giustifica – nel consolidato statuto della *matière pénale*, dove la declinazione delle garanzie convenzionali avviene secondo un modulo differenziato ovvero a "geometria variabile", vale a dire, estendendo agli illeciti amministrativi sostanzialmente penali solo alcuni principi e non altri o, come nella nostra ipotesi, estendendovi un principio non in modo assoluto.

L'espedito del *test* ossia il riscontro della connessione procedimentale, quale connotato legittimante il doppio binario, risponde invero a una precisa idea di fondo: *laddove v'è integrazione tra i due procedimenti è esclusa la duplicazione del peso proprio di ciascuno dei due, che reifica la violazione del diritto fondamentale*. Sono figli di questa "filosofia" i principali indici dei *test* euro-convenzionali, compreso quello della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria. Il tratto che infatti accomuna tutti o quasi i parametri del *test* di connessione è quello dell'assenza di *duplicazione* del peso derivante dal doppio procedimento rispetto a qualsiasi tipo di *effetto – processuale e sostanziale* – che ne possa conseguire: è espressamente così per la raccolta e la valutazione delle prove; è fondamentalmente così per i profili teleologici dei procedimenti; si può sostenere che sia così anche per il parametro cronologico, atteso il collegamento tra duplicazione e estensione temporale; non può che essere così per la risposta sanzionatoria, rispetto alla quale si vuole che il giudice determini la sanzione tenendo conto di quella già disposta.

Non è allora la coerenza logica dell'impianto del *test*, ovvero le sue fondamenta concettuali, a manifestare profili di criticità, quanto la concreta praticabilità degli indici-parametri che lo compongono e la conseguente incertezza del relativo esito. È facile avvedersi di come l'indice *sub a)* rimandi di per sé a una valutazione il cui contenuto finisce in qualche modo per sovrapporsi con quello proprio del giudizio circa la natura della sanzione, rilevante in sede di perimetrazione della *matière pénale*, e si presti, in ragione della sua intrinseca vaghezza, sia a un uso in chiave legittimante il doppio binario sotto giudizio sia invalidante il medesimo assetto normativo. L'indice *sub c)*, se si prescinde dalla locuzione introduttiva «autant que possible», che lo rende sfumato, sembra non tener conto di ciò che normalmente è: i criteri di valutazione della prova dei due procedimenti sono intrinsecamente distinti, ispirandosi, quello penale, al più rigoroso *standard* dell'*al di là di ogni ragionevole dubbio*. È poi innegabile come la valutazione degli indici dell'integrazione sanzionatoria e della connessione cronologica dei due procedimenti (dove pure si riconosce la possibilità di far leva su esigenze di buona amministrazione della giustizia per legittimarne la protrazione) risentano di un ampio margine di discrezionalità riconosciuto all'interprete. Infine, lo stesso indice *sub b)*, che, posto l'onere conoscitivo della legge in capo a ogni consociato, parrebbe ininfluenza, potrebbe rivelarsi insidioso quando non sia espressamente la legge a stabilire un assetto sanzionatorio cumulativo, ma questo derivi dal mancato riscontro giudiziale di una relazione di specialità tra illeciti, con l'esigenza di rendere prevedibile tale giudizio (ferma restando l'attuale non prevedibilità dell'apertura della giurisprudenza interna a criteri risolutivi del concorso tra illeciti – nella nostra ipotesi, penale e amministrativo – diversi da quello della specialità).

3.

Il processo di adeguamento del sistema interno.

Durante la fase *Grande Stevens c. Italia*, si è inevitabilmente andati alla ricerca di un rimedio di adeguamento del nostro sistema al *ne bis in idem* euro-convenzionale, prospettando inutilmente l'allineamento dell'art. 649 c.p.p. ai parametri europei, attraverso la sua interpretazione *conforme*¹⁴ o la richiesta di una *rilettura* costituzionale¹⁵, così da poter porre fine al secondo procedimento nonostante il primo non fosse *autenticamente* penale.

A seguito del mutato scenario, segnato dall'avvento del *test* di connessione, il giudice in-

fiscale, Corte EDU, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*, 31.8.2021; Corte EDU, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, 16.4.2019; Corte EDU, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, 18.5.2017. Va peraltro notato che in presenza di interessi in gioco primari, quali la vita o l'integrità fisica, si va invece profilando una linea di tendenza volta a "salvare" il doppio binario e dunque a riscontrare la connessione procedimentale, così da evitare il "blocco" del procedimento penale: cfr. Corte EDU, *Bajčić c. Croazia*, 8.10.2020; Corte EDU, *Galović c. Croazia*, 30.11.2021.

¹⁴ Così, fondamentalmente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Asti, 10.4.2015, dep. 7.5.2015, n. 717, in *Dir. pen. cont.*, 9.2.2016; Trib. Brindisi, 17.10.2014, in *Dir. pen. cont.*, 12.12.2014.

¹⁵ Cfr. Corte cost. 12.5.2016, n.102, per la quale si veda F. VIGANÒ (2016b).

terno, chiamato a esperirlo e a ricercare una strada di chiusura del proprio procedimento solo dopo averne riscontrato un esito negativo, ha assistito, per via dell'ampliamento del proprio ambito di apprezzamento indotto dagli indici della verifica, all'accrescimento delle proprie competenze¹⁶.

L'attenzione si è immediatamente appuntata, a tutto discapito degli altri indici, valutati con minore rigore, sul piano, tutto sommato più "familiare" e più disponibile a una perimetrazione teorica, della commisurazione sanzionatoria ovvero – aggiornandone il contenuto – della *quantificazione bi-dimensionale della pena*, quale rimedio *in action* capace di mettere in sicurezza il doppio binario sotto giudizio attraverso scelte dosimetriche di stampo "minimalista".

La centralità della figura del giudice comune nella sfera di governo del *ne bis in idem* europeo si è, dunque, via via più compiutamente definita nella prospettiva dinamica del suo operato. Non solo egli è chiamato a decidere in ordine alla sussistenza della connessione procedimentale, ma ben può direttamente intervenire affinché tale carattere si manifesti: in sede di commisurazione della sanzione, in base allo *standard* di proporzionalità proveniente dalla giurisprudenza delle corti europee, dovrà *tener conto* di quanto irrogato nel primo procedimento e dunque, attraverso un'attività compensativa, potrà effettuare, se del caso, delle scelte "minimaliste" ovvero *proporzionate*.

Il rischio di sindacato diffuso di proporzionalità è parso sin da subito evidente e del suo contenimento si è fatta carico la Corte di cassazione con un orientamento profondamente innovativo, volto a fornire istruzioni sul contenuto di tale opera compensatoria, culminate anche nella legittimazione, sotto l'ombrello della diretta applicazione dell'art. 50 TDFUE, di manovre disapplicative del minimo edittale o dell'intera sanzione penale a fronte dell'entità della sanzione amministrativa già irrogata nel primo procedimento¹⁷; manovre *estreme*, già additate come problematiche nella prospettiva del principio di legalità della pena¹⁸.

La Suprema Corte ha assunto l'art. 133 c.p. a norma di copertura del giudizio di proporzionalità richiesto dalla giurisprudenza europea¹⁹. In questa direzione di senso, il giudice dovrà valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al *disvalore del fatto* con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, agli interessi generali sottesi, con un "allargamento" dell'oggetto della valutazione, che va esteso al trattamento sanzionatorio comprensivo della sanzione amministrativa irrogata; così da acconsentire all'epifania di una *sanzione integrata*, a composizione bifronte – in cui ciascuna porzione (amministrativa e penale) parrebbe deputata a fotografare le prerogative del proprio illecito –, segnata da misurazioni del disvalore dei fatti di complessa attuazione²⁰.

Su tale rappresentazione dello statuto interno del *ne bis in idem* europeo, o meglio sul suo avvenire, pesa però la presa di posizione della Corte costituzionale, impegnata ad assicurare un sindacato accentrato sulla questione, a tutto discapito dell'intervento rimediabile-salvifico *in action* del giudice comune. L'affacciarsi di una sorta di principio di *compensazione sanzionatoria* ovvero di *deduzione* nelle mani del giudice comune sembra invero ostacolato dalla Corte costituzionale.

Il giudice delle leggi non ha riposto piena fiducia nel processo di interiorizzazione giurisprudenziale di una teoretica compensativa e comunque, in linea con la giurisprudenza *post-A. e B. c. Norvegia*, ha inteso rivalutare gli altri indici del *test* di connessione e dunque, fondamentalmente, il versante più autenticamente processuale della garanzia.

Con un crescendo di decisioni, progressivamente segnate dall'ingresso nel laboratorio del *test*²¹, la Corte costituzionale è giunta da ultimo a rimodulare le coordinate della disposizione interna che ospita il *ne bis in idem*, finendo per offrire al giudice comune un rimedio definitivo

¹⁶ Si sofferma su tale linea innovativa con riferimento al ruolo del giudice di legittimità, GAETA (2021), pp. 239 ss., 258.

¹⁷ In questo senso la decisione-guida è da individuarsi senza dubbio in Cass., Sez. V, 21.9.2018, n. 49869, in *Cass. pen.*, 2019, p. 643, con nota di MADIA (2019), sulla cui traccia si collocano le successive Sez. V, 15.4.2019, n. 39999, in *Giur. comm.*, 2020, 728, con nota di BARON (2020) e Sez. V, 22.11.2019, n. 397. Ulteriori indicazioni si rinvencono in, Sez. trib., 9.7.2018, n. 27564 e in Sez. V, 9.11.2018, n. 5679, in *Giur. pen. Web*, 10.2.2019, con nota di ROCCATAGLIATA (2019). Per un'analisi complessiva della giurisprudenza in materia di abusi di mercato, SILVA (2023), pp. 24 ss.

¹⁸ Su tale risvolto, volendo, TRIPODI (2022), pp. 324 ss., dove, negata l'ammissibilità della disapplicazione *in toto* della sanzione penale, si finisce per prospettare, con riferimento alla manovra giudiziale di discesa al di sotto del minimo edittale, una rimeditazione dell'art. 132 c.p. ad opera del legislatore.

¹⁹ Per una valorizzazione dello strumento delle circostanze attenuanti generiche, invece, Sez. III, 15.10.21, n. 2245, per la quale si veda PEZZI (2022), pp. 1214 ss.

²⁰ Su tale nuova figura, si consenta di rinviare, ancora, a TRIPODI (2022), pp. 287 ss.

²¹ Cfr. Corte cost., 24.10.2019, n. 222, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 588 ss., con nota di APRILE (2020); Corte Cost., 26.5.2020, dep. 10.7.2020, n. 145, sulla quale MALFATTI (2020).

al *dual proceeding*²². Un rimedio sganciato dall'orbita della proporzionalità sanzionatoria, ma pur sempre subordinato al previo controllo della legittimità – ovvero, se si vuole, di *ragionevolezza* – del doppio binario ad opera della Corte medesima nei limiti dei profili di (*dis*-)connessione “strutturali” in quanto pertinenti alla disciplina normativa, ossia estranei allo sviluppo della vicenda in concreto (nel quale, invece, si inscrivono quelli di connessione temporale dei procedimenti e di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria).

In altri termini, l'accentuata duttilità dei parametri del *test* di connessione *in substance and time* ulteriori rispetto a quello della proporzionalità sanzionatoria e, dunque, il tutt'altro che escludibile dubbio circa la ricorrenza dei corrispondenti requisiti possono rendere la verifica *in proportionem* un *posterius* superfluo, incentivando, secondo gli insegnamenti persuasivi del giudice delle leggi, la proposizione della questione di illegittimità costituzionale al fine di vedersi riconosciuto il rimedio di chiusura del procedimento ritenuto illegittimo.

Spetterà così alla Corte, previa necessaria esecuzione del *test* e sempre che questo abbia esito negativo, offrire lo strumento di cui all'art. 649 c.p.p., *ri*-letto in senso estensivo (soltanto) rispetto a *quel* doppio binario, e porre fine all'ingiustizia del *dual proceeding* attraverso la chiusura del procedimento; con un inevitabile effetto, per così dire, di depenalizzazione *de facto* (in nome del diritto fondamentale), che, sebbene circoscritto al settore normativo *sub iudice*, risulterebbe comunque privo di una copertura politico-criminale. Anche da qui, si direbbe, l'invito rivolto dallo stesso giudice delle leggi al legislatore affinché adegui i sistemi “a doppio binario” allo statuto europeo del *ne bis in idem*, attraverso una rimodulazione della disciplina dei doppi binari punitivi vigenti “a trecentosessanta gradi”, ispirata al coordinamento dei due procedimenti *in substance and time*. Un invito, dunque, *compositivo* e non *abrogativo*.

4.

L'attuale situazione di *impasse* e gli ultimi interventi legislativi.

Sullo sfondo, dunque, il pericolo di uno scontro “ideologico” tra giudice comune e giudice delle leggi, con un conseguente senso di anarchia cui potrebbe rimediare solo il legislatore, già sollecitato, come visto, a un generale ripensamento dei doppi binari sanzionatori.

Quella a cui *oggi* assistiamo è, allora, volendo, una situazione di *impasse*: tra giudice comune, che continua ad agire *in proportionem*²³, muovendosi dunque in quella sorta di *terra nullius*, alla quale provocatoriamente si può assimilare la nuova piattaforma commisurativa della sanzione; giudice delle leggi, la cui visione, da un lato, potrebbe dar luogo a un operare “collaborativo”, dialogico, col primo e, dall'altro, essere percepita dal medesimo come “dirigista”, tant'è che finora, a quanto consta, non è stata seguita dai giudici comuni²⁴; e un legislatore, che, dopo un periodo di interventi settoriali di tipo “chirurgico”, votati pur sempre alla logica della compensazione sanzionatoria e dunque leggibili come una sorta di delega a favore della giurisprudenza ovvero come un avallo dell'approccio giudiziale, solo assai di recente ha accolto l'invito della Corte costituzionale, provando a plasmare una figura di doppio binario punitivo nel segno dell'*integrazione procedimentale* nella sua interezza.

Dirigendo il *focus* sull'attività legislativa, sono da registrare, nella prima delle due prospettive richiamate, l'intervento di ampliamento, ad opera del d.lgs. n. 107 del 2018, dell'area applicativa del meccanismo compensativo in materia di abusi di mercato di cui art. 187 *terdecies* t.u.f., originariamente circoscritto alle sanzioni pecuniarie²⁵; e, successivamente, l'introduzione, con l'art. 1, comma 7, della l. n.6 del 2024, di un'ulteriore clausola di compensazione sanzionatoria che, riproducendo quella del t.u.f. e dunque ereditandone pregi e difetti²⁶, si propone di correggere *in proportionem* il doppio binario punitivo in materia di beni culturali

²² Corte cost., 16.6.2022, n.149, per la quale si vedano BIN (2022); PROCACCINO (2022b); RECCHIA (2022); SCOLETTA (2022); SEMINARA (2022).

²³ Cfr. Proc. Trib. Milano dec. archiv. 9.11.2022, che disapplica la sanzione ex d.lgs. n.231 del 2001, in *Cass. pen.*, 2023, p.976, con nota di TRIPODI (2023).

²⁴ Con l'eccezione, si direbbe, rappresentata dalla decisione del Trib. Novara 20.12.2022, che, tuttavia, pur dichiarando di seguire le coordinate fornite dalla Corte costituzionale, ha chiuso direttamente, con un'autonoma rilettura estensiva dell'art. 649 c.p.p., un procedimento penale in materia agroalimentare per difetto di connessione teleologica e temporale dei procedimenti, senza dunque rivolgersi al giudice delle leggi per il previo controllo di legittimità attraverso l'esecuzione del *test* (circoscritto ai profili di connessione strutturali) e per l'eventuale riconoscimento del rimedio di cui all'art. 649 c.p.p. (limitatamente a *quel* doppio binario).

²⁵ Un intervento – va precisato – che tuttavia si inserisce in un già più definito contesto di integrazione quantomeno sul piano probatorio, come testimoniato dalla disciplina dettata dall'art. 187 *decies* t.u.f. circa il coordinamento dei due procedimenti.

²⁶ Cfr. per un'analisi della disposizione, talvolta con diversità di vedute, SCOLETTA (2024), pp.316 ss., TRIPODI (2022), pp. 235 ss.

varato con la stessa legge²⁷.

Va precisato come sia giusto dubitare della stessa necessità di previsioni *ad hoc* di meccanismi di compensazione sanzionatoria. Invero, l'obbligo per il giudice di *tener conto* delle sanzioni – *rectius*, delle misure punitive – già applicate nell'altro procedimento discende dal *dictum* delle corti europee, senza il pericolo di determinare, di per sé considerato – e dunque a prescindere dalle cosiddette manovre *estreme*, autorizzate dalla Corte di cassazione –, conflitti con norme interne. Stando anche alle già richiamate indicazioni della giurisprudenza di legittimità, l'integrazione del nostro diritto positivo con il diritto europeo sembra assicurata dall'art. 133 c.p., con un impiego in linea con lo *standard* di proporzionalità che da lì proviene. Detto altrimenti, si ritiene che la disposizione codicistica, la cui generale applicazione, se valutata con sano realismo, non restituisce di certo un bilancio complessivo soddisfacente circa la reale effettività dei vincoli al potere commisurativo che con essa si è inteso porre²⁸, sia comunque in grado di introiettare detta esigenza, offrendo la piattaforma strumentale per la sua attuazione.

Quanto ora rilevato, d'altra parte, non può oscurare le ragioni di opportunità che accompagnano la scelta di prevedere espressamente un meccanismo compensativo con un'apposita disposizione, la quale, superflua o meno, supportata sul piano operativo dai criteri codicistici di commisurazione della sanzione, consente di appuntare l'attenzione dell'organo giudicante sull'obbligo discendente dalla giurisprudenza sovranazionale, sebbene, stando al dato positivo, solo in misura minimale ne guidi l'operato, risolvendosi in buona sostanza nella sola prescrizione rivolta al giudice di tener conto delle sanzioni già applicate nell'altro procedimento, tradotta, rispetto all'incontro tra sanzioni pecuniarie, in termini di scomputo secco dell'una dall'altra²⁹.

Più in generale, ferma restando la laconicità che contraddistingue tali clausole normative, si dovrebbe però convenire, in merito al *come compensare*, sulla plausibilità di una *grammatica* proveniente dagli interpreti, piuttosto che dal legislatore, la cui opera definitoria di una tale tecnica rappresenterebbe, a ben vedere, un compito improbo. In questa cornice si inseriscono, allora, le sopra riferite indicazioni della Suprema Corte, che, sorrette dal reale adempimento dell'obbligo motivazionale da parte dei giudici attuatori, potranno progressivamente aspirare, nonostante la loro intrinseca complessità (e la già sottolineata discutibilità delle manovre *estreme*), a divenire più stringenti e, in tal modo, più vincolanti.

Come anticipato, sul piano legislativo, si può anche registrare un tentativo di risistemazione di un doppio binario punitivo orientato verso la *sufficiently close connection in substance and time* dei due procedimenti complessivamente valutata e, pertanto, non circoscritto al solo parametro della proporzionalità sanzionatoria. Ciò è avvenuto in ambito fiscale, dove il cumulo sanzionatorio non si reifica per espressa previsione del legislatore, bensì in ragione dei limiti o della discutibile applicazione dello strumento della specialità, criterio a cui è affidato il coordinamento dei due illeciti³⁰ e al quale si accompagna, in funzione servente, una particolare disciplina procedurale³¹ votata all'efficienza operativa, ma non immune, di per sé, da rischi di attrito col principio europeo nelle sue componenti strettamente processuali³².

Il legislatore della riforma (d.lgs. n. 87 del 14.6.2024), nella consapevolezza di tali circostanze, inoculata dalle indicazioni della legge delega, dove era posto l'obiettivo del «completo adeguamento» al *ne bis in idem*³³, è intervenuto sia nella prospettiva processuale sia in quella sostanziale.

Risulta infatti potenziato innanzitutto il quadro dei raccordi informativi tra Autorità giudiziaria e Amministrazione finanziaria mediante una serie di previsioni che mirano a favorire la circolazione del materiale suscettibile di costituire base di conoscenza e di valutazione³⁴.

²⁷ Su tale novità normativa, VISCONTI (2024); CARRARO (2024).

²⁸ Cfr., per tutti, MANTOVANI (2020), pp. 846 ss. Sul tema, da ultimo, PALAZZO (2022), pp. 1345 ss.

²⁹ In effetti, rimane problematica l'attività compensativa tra sanzioni disomogenee, com'è nell'incontro tra sanzioni detentive e sanzioni pecuniarie, sia con riferimento all'*an* sia al *quomodo*. Così, atteso il divieto di una duplice compensazione di una stessa misura punitiva irrogata, la possibilità di compensare la sanzione detentiva parrebbe subordinata alla presenza di una porzione di sanzione pecuniaria residuata dalla prima operazione di scomputo con l'altra sanzione pecuniaria. L'utilizzo, poi, del criterio di ragguglio di cui all'art. 135 c.p., in chiave omogenizzante, pur richiamato talora dalla giurisprudenza, impedirebbe l'applicazione della sanzione penale ogniqualvolta l'importo elevato della sanzione amministrativa, commutato in sanzione detentiva, superasse la misura prescelta di quest'ultima.

³⁰ V. art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000.

³¹ V. art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000.

³² Su tali aspetti, da ultimo, TRIPODI (2024), pp. 7 ss.

³³ Art. 20, comma 1, l. n.111 del 2023.

³⁴ Cfr. il nuovo comma 3 *quater* dell'art. 129 disp. att. c.p.p., che impone al PM di comunicare all'Agenzia delle entrate l'esercizio dell'azione penale per un delitto tributario, e la modifica dell'art. 32 dpr 29.9.1973 n. 600 e dell'art. 51 dpr 26.10.1972, n. 633, con cui si richiede la

Viene poi assicurato il coordinamento dei procedimenti in vista dei relativi esiti, attraverso il riconoscimento alle sentenze penali assolutorie – perché il fatto non sussiste o l'imputato non l'ha commesso –, pronunciate a seguito di dibattimento dell'efficacia di giudicato nel processo tributario³⁵; e, inoltre, per via della formalizzazione dell'orientamento giurisprudenziale che consente l'acquisizione nel processo penale delle decisioni rese in quello tributario³⁶. Di modo che, ad uno sguardo complessivo, appaiono evidenti le positive ricadute sull'indice relativo all'assenza di duplicazione nella raccolta e valutazione della prova, senza dimenticare il presumibile effetto di velocizzazione dei tempi processuali.

Sul piano sostanziale, ossia nell'ottica della proporzionalità sanzionatoria, la novità è rappresentata dal meccanismo di compensazione sanzionatoria, come tale concernente le ipotesi in cui non si sia rinvenuta una relazione di specialità tra illeciti, normativizzato al nuovo art. 21 *ter* d.lgs. n. 74 del 2000 secondo l'oramai consueto modello di disciplina sperimentato negli altri settori sopra richiamati. La formulazione dell'art. 21 *ter*, posto che il sistema sanzionatorio fiscale non dà luogo all'incontro tra sanzioni pecuniarie, si differenzia da quella delle richiamate disposizioni "sorelle" solo per l'aggiuntivo riferimento alla finalità di *ridurre* la misura della sanzione, che accompagna la prescrizione di *tener conto* di quella già irrogata. Profilo testuale, questo, che non può passare inosservato, in quanto dovrebbe precludere l'effettuazione della manovra *estrema in proportionem* della *disapplicazione* della sanzione penale – alla quale finirebbe per accompagnarsi la neutralizzazione della stessa figura di doppio binario con depenalizzazione *ex facto* dell'illecito, oltre che il rilievo di assoluta disutilità del procedimento medesimo (con spreco di tempo e risorse) –, così disattendendo l'indicazione in senso autorizzativo resa dalla Suprema Corte.

5.

La sorgente del problema e il range delle azioni risolutive

In attesa di una complessiva opera legislativa adeguatrice, occorre riflettere sulla convenienza dell'opzione politico-criminale che ha attratto l'attenzione della giurisprudenza euro-convenzionale.

Alla base dell'opzione politico-criminale cumulativa risiedono, in via generale, ragioni che, stante l'avvenuto giudizio di imprescindibilità della sanzione penale, coniugano i benefici in termini di "agilità" correlati al procedimento insistente sull'illecito amministrativo con quelli di carattere puramente economico conseguenti all'applicazione della corrispondente sanzione pecuniaria. In breve, si confida nella sanzione amministrativa per la velocità caratterizzante l'accertamento del relativo illecito, a fronte dei lunghi tempi in cui, per ragioni garantistiche, si snoda quello penale (tempi che potrebbero rischiare di comprometterne l'effettività); e, simultaneamente, si garantisce la possibilità di incamerare in modo rapido denaro.

Altro è poi rilevare come, in questa prospettiva, la sanzione amministrativa sembri rinnegare – con effetti quasi paradossali – le prerogative che tradizionalmente le sono riconosciute. Tale paradigma sanzionatorio, anziché rappresentare uno strumento di alleggerimento del sistema penale³⁷ – vuoi in chiave di depenalizzazione, vuoi quale scelta legislativa alternativa (guidata da criteri discretivi corrispondenti ai principi di sussidiarietà, proporzionalità, effettività ecc.)³⁸ –, finisce per concorrere ad alimentare il fenomeno dell'ipertrofia sanzionatoria, tanto più a fronte della sua integrazione nell'ordito penalistico ovvero nella sua veste sostanzialmente penale. Una veste indossata – stando alle tendenze della giurisprudenza convenzionale – anche solo in ragione del relativo spettro teleologico, il cui carattere autenticamente punitivo viene ricavato, per esclusione, dall'assenza delle altre possibili funzionalità (*preventive* o *reintegratorie*)³⁹, così da potersi attagliare anche a illeciti amministrativi di bassa afflittività. E va da sé che una volta data per avvenuta l'estensione alla sanzione amministrativa punitiva

risposta da parte dell'Amministrazione Finanziaria a tale comunicazione e la trasmissione degli atti anche al Comando della Guardia di Finanza competente

³⁵ Così, il nuovo art. 21 *bis* del d.lgs. n.74/2000, col quale si ripropone il principio di diritto espresso dalla Corte di giustizia UE nella decisione Di Puma e Zecca, cit., §44, secondo cui, in presenza di una sentenza penale definitiva di assoluzione, che esclude la sussistenza dei medesimi fatti integranti l'illecito amministrativo, la prosecuzione del procedimento amministrativo eccede quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo di interesse generale.

³⁶ Così, il nuovo comma 1 dell'art. 20 del d.lgs. n.74 /2000.

³⁷ Così, secondo gli auspici che hanno contraddistinto, in particolare, la fase successiva alla fine degli anni settanta del secolo scorso.

³⁸ Cfr., tra gli altri, nel quadro di un'ampia riflessione, PALIERO (1993), 1027 ss.; DOLCINI (1984), pp. 619 ss.

³⁹ Oltre ai lavori citati in nota 3, cfr. MANES (2017), p.995.

della maggior parte delle garanzie sostanziali del *penale*⁴⁰, l'asse della discussione si sposti sul conseguente, possibile allargamento anche di quelle processuali⁴¹, con il profilarsi della possibilità di neutralizzare quel tratto di agilità procedimentale, contrapposto alla fisiologica lentezza del procedimento penale, su cui riposavano le sue stesse decantate virtù.

Riportandoci sul piano principale di queste considerazioni conclusive, si può osservare come la, già evocata, attuale condizione “limbica” dei doppi binari cumulativi, la cui *legittimità-sostenibilità* è subordinata al riscontro di variegati e incerti requisiti, renda impellente, oltre che denso di implicazioni, l'interrogativo sull'«effettivo valore aggiunto» di siffatti sistemi sanzionatori⁴².

La risposta, pur variabile a seconda dei settori di riferimento, non potrà prescindere dal confronto tra i vantaggi di un tale modello, apprezzabili in termini di una più efficace tutela degli interessi in gioco – anche grazie all'*expertise* delle Autorità garanti, che spesso governano i settori in esame in ragione dell'elevata competenza tecnica richiesta –, con i relativi costi: quelli ricollegabili al rischio, difficilmente governabile (*rectius*, prevedibile nel suo esito), di censura ad opera degli organi giurisdizionali, così come quelli strettamente economici gravanti sui consociati-contribuenti. Su costoro incombono gli oneri gestionali e finanziari connessi all'attivazione di due diversi procedimenti⁴³; senza dimenticare quelli impattanti nello specifico sull'imputato, non neutralizzabili – ossia, non “dimezzabili” – attraverso la, in ipotesi apprestata, *connessione procedimentale*, la quale se (per come concepita) dovrebbe *reducere ad unum* il peso per così dire “esistenziale” dei due procedimenti, di certo non potrebbe evitare la corresponsione di una doppia parcella legale, giustificata dall'apertura di due procedimenti pur connessi.

Insomma ed estremizzando: *ne vale ancora la pena o*, giocando con le parole, *la sanzione amministrativa?* E se la risposta è sì, se cioè si accetta il *dupluciter* sanzionatorio, *vale* oggi *la candela il gioco* praticato comunque su due tavoli e non su uno soltanto?

Invero, lo scioglimento del nodo del *bis in idem* reclama la piena consapevolezza della presenza di un *range* di interventi risolutivi potenzialmente realizzabili, che vanno dalle azioni *correttive* del doppio binario punitivo in essere, attraverso gli opportuni accorgimenti funzionali alla connessione procedimentale *in substance and time*, fino alle variazioni *radicali*: come, sul piano sostanziale, l'eliminazione di una delle due categorie di illeciti o comunque la loro complessiva differenziazione strutturale (in modo che non possano convergere sul medesimo fatto); e, sul piano processuale, la riunione dei due procedimenti in uno stadio opportuno (si intende, iniziale), demandando al giudice penale il potere di irrogare *anche* la sanzione amministrativa (oppure il riconoscimento di tale potere al giudice penale *ab origine*, senza cioè attivare neanche in via embrionale una duplicazione procedimentale) o, ancora, la definizione di itinerari di raccordo procedurale che conducono allo svolgimento di uno solo dei due procedimenti con esclusione dunque della duplice sanzione⁴⁴.

Si è potuto constatare come le iniziative legislative finora adottate si collochino nell'area bassa del *range*, risolvendosi in interventi correttivi mossi dall'anelito alla connessione procedimentale, benché poi i corrispondenti indici non siano sempre valorizzati nella loro interezza.

Sarà il tempo a rivelare se, sul piano politico-criminale, l'approccio *compositivo* alla questione posta dai doppi binari si cristallizzerà o se, invece, sarà sostituito da un intervento *demolitivo*, che oggi pare invero alquanto improbabile; se, detto altrimenti, la riflessione che

⁴⁰ Così è, ad esempio, secondo le pronunce della Corte costituzionale, per la conoscibilità del precetto (e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie) (Corte cost. 29.5.2019, n. 134; Corte cost. 7.6.2018, n. 121), il divieto di applicazione retroattiva (Corte cost. 4.6.2010, n. 196.), la *lex mitior* (Corte cost. 21.3.2019, n. 63), la proporzionalità sanzionatoria (Corte cost. 17.4.2019, n. 88), la tangibilità del giudicato applicativo rispetto a una dichiarazione di illegittimità costituzionale (Corte cost. 16.4.2021, n. 68); e, da ultimo, il diritto al silenzio della persona sospettata di aver commesso un illecito amministrativo (Corte cost. 30.4.2021, n. 84). Cfr. sul tema VIGANÒ (2020), pp. 1775 ss.

⁴¹ Sul tema, da ultimo, GAETA (2021), pp. 267 ss.

⁴² VIGANÒ (2023), p. 207.

⁴³ Lo sottolinea, ancora, VIGANÒ (2023), p. 207., il quale per primo ha sollecitato una riflessione nella prospettiva del confronto vantaggi-costi.

⁴⁴ Si pensi al modello britannico in materia di abusi di mercato, dove, come chiarito nelle proprie direttive (*Enforcement Guide*, 1.4.2014, § 12.10), la *Financial Conduct Authority* si astiene quando per il medesimo fatto si sia già proceduto o si stia procedendo penalmente (sul punto cfr. D'ALESSANDRO (2014), p. 630). Una particolare soluzione proviene dal sistema francese in materia di abusi di mercato, dove, a seguito delle modifiche apportate dalla L. 21.6.2016, n. 819, l'art. 465-3-6 del codice monetario e finanziario (CMF), si prevede il divieto per l'autorità interveniente per seconda (l'Autorità dei Mercati Finanziari o il Procuratore della Repubblica) di procedere (contro lo stesso soggetto) per lo stesso fatto per il quale risulti essere già stata contestata (dal P.M. o dall'A.M.F.) la violazione. In estrema sintesi e ferma la difficoltà di importare tale soluzione a fronte del regime italiano di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, si stabilisce un meccanismo di raccordo fondato sulla comunicazione dell'intenzione di procedere rivolta da un'autorità all'altra al fine di ottenere il suo consenso entro un determinato periodo di tempo e, in caso di disaccordo, sull'intervento risolutivo del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Parigi, la cui decisione (sulla via repressiva da imboccare) non è suscettibile di ricorso (su tale sistema, cfr. TITOLA (2021), p. 14).

si vuole sollecitare e alla quale, sul piano politico-criminale, non si dovrebbe poter sfuggire, si svilupperà nella direzione dello stesso superamento del modello “a doppio binario”, così che quello in atto corrisponda solo a uno *step* di un ben più lungo e sorprendente cammino.

Bibliografia

APRILE, ERCOLE (2020): “La Corte Costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di “bis in idem” di un sistema normativo che prevede “il doppio binario sanzionatorio”, penale e amministrativo, per lo stesso fatto”, *Cassazione penale*, pp.596-600

BARON, Luca (2020): “Ne bis in idem e giudizio di proporzione, ovvero la certezza dell’incertezza applicativa”, *Giurisprudenza commerciale*, pp. 743-756.

BIN, Ludovico (2020): “Anatomia del *ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 98-142.

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

CAPRIOLI, Francesco – VICOLI, Daniele (2011): *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011

CARRARO, Luca (2024): “Tutela dei beni culturali e paesaggistici: la creazione di un (altro) doppio binario cumulativo. Considerazioni a prima lettura sulla Legge 22 gennaio 2024, n. 6”, *Archivio penale*, 2024, pp. 1-33

D’ALESSANDRO, Francesco (2014): “Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali”, *Diritto penale e processo*, pp. 614-631.

DOLCINI, Emilio (1984): “Sanzione penale e sanzione amministrativa. Problemi di scienza di legislazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 589-625

ESCOBAR VEAS, Javier (2023): *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems*, Berlin, Springer

GAETA, Piero (2021): “Divieto di *bis in idem* ed evoluzione della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione”, in CATENACCI – D’ASCOLA – RAMPIONI (EDS.): *Studi in onore di Antonio Fiorella*, RomaTre Press, vol. I, pp. 239-270

MADIA, Nicola, (2019): “*Ne bis in idem* europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena”, *Cassazione penale*, pp. 662-684

MADIA, Nicola (2020): *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Padova, Cedam

MALFATTI, Elena (2020): “La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020”, *Osservatorio AIC.*, 1 dicembre

MANES, Vittorio (2017): “Profili e confini dell’illecito para-penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 988-1107

MANTOVANI, Ferrando (2020): *Diritto penale*, Padova, Cedam

MASERA, Luca (2018): *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli

- MAZZACUVA, Francesco (2017): *Le pene nascoste*, Torino, Giappichelli
- PALAZZO, Francesco (2022): “Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziaria”, *Diritto penale e processo*, pp. 1345-1349
- PALIERO, Carlo Enrico (1993): “La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 1021-1046
- PEZZI, Enrico (2022): “Brevi appunti sull'applicazione “caso per caso” e non “di sistema” della garanzia convenzionale del *ne bis in idem*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp.1214-1231
- PROCACCINO, Angela (2022a): *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'ap-parato*, Padova, Cedam
- PROCACCINO, Angela (2022 b): “Illegittimità dell'art. 649 c.p.p. e doppio binario punitivo per il diritto d'autore. La spinta gentile e i *caveat*”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1590-1599
- RAFARACI, Tommaso (2010): “voce *Ne bis in idem*”, in *Enc. dir.*, Annali, III
- RECCHIA, Nicola (2018): “Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di *ne bis in idem*”, *Eurojus.it*, 22 marzo
- RECCHIA, Nicola (2022): “L'ennesima stagione del *ne bis in idem* nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo *ubi consistam* processuale contro ogni riduzionismo sostanziale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1676-1706
- ROCCATAGLIATA, Lorenzo (2019), “Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato”, *Giurisprudenza Penale Web*, 10 febbraio.
- RUGGERO, Rosa Anna (2022): *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Torino, Giappichelli
- SCOLETTA, Marco (2022): “Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore”, *Sistema penale*, 23 giugno
- SCOLETTA, Marco (2023): *Idem crimen*, Torino, Giappichelli
- SCOLETTA, Marco (2024): “Il doppio binario sanzionatorio alla luce del vincolo europeo del *ne bis in idem*”, in CONSULICH (eds.): *I reati in materia bancaria e finanziaria, Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, Giappichelli, pp. 299-326
- SEMINARA, Sergio (2022): “*Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*”, *Diritto penale e processo*, pp. 1381-1397
- SILVA, Chiara (2023): “La proporzionalità della pena in materia di abusi di mercato. Profili problematici di un sindacato diffuso di ri-equilibrio sanzionatorio”, *Sistema penale*, 22 giugno
- TITOLA, Giulia (2021): “Doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e *délit d'initiés*: elementi di comparazione e condivise frizioni con il divieto di *bis in idem*”, *Giur. pen. web* n.9
- TRIPODI, Andrea Francesco (2022): *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, Giappichelli

TRIPODI, Andrea Francesco (2023): “Archiviazione 231 per *ne bis in idem*. Quando la disciplina della responsabilità da reato degli enti “incrocia” la garanzia europea”, *Cass. pen.*, 2023, pp. 981-996

TRIPODI, Andrea Francesco (2024): *Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del ne bis in idem europeo*, *disCrimen*, 2.10.2024, pp.1-29

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

VIGANÒ, Francesco (2016b): “*Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni”, *Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio

VIGANÒ, Francesco (2020): “Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1775-1819

VIGANÒ, Francesco (2023): “*Ne bis in idem* e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto”, *Rivista delle società*, pp. 189-207

VISCONTI, Arianna (2024): “La riforma (della riforma) del danneggiamento di beni culturali, tra incoerenze criminologiche e dubbi di costituzionalità”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 86-121

I doppi binari punitivi nel prisma del *ne bis in idem* processuale

*Los doble vías punitivas bajo el prisma
del ne bis in idem procesal*

*Punitive Dual-Track Systems
through the Lens of Procedural Ne Bis in Idem*

PAOLO TROISI

Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
paolo.troisi@uniroma2.it

*NE BIS IN IDEM, DIRITTI PROCESSUALI
FONDAMENTALI*

*NE BIS IN IDEM, DERECHOS PROCESALES
FUNDAMENTALES*

*NE BIS IN IDEM, FUNDAMENTAL
PROCEDURAL RIGHTS*

ABSTRACTS

Seppur manipolato da una oramai monolitica prassi sovranazionale, che vi ha innestato presupposti ed esiti (il c.d. *close connection test*) estranei alla sua classica fisionomia, il *ne bis in idem*, trapiantato nel comparto dei doppi binari, non ha smarrito la natura di garanzia processuale a presidio del diritto individuale alla “unicità” della persecuzione penale. Alla base dei requisiti di connessione sostanziale e temporale, conati a livello convenzionale ed euro-unitario, si staglia, infatti, la necessità di assicurare al soggetto di non essere esposto a plurimi procedimenti punitivi per il medesimo fatto; obiettivo, questo, avvalorato anche dai più maturi approdi della giurisprudenza costituzionale. Numerosi restano, tuttavia, gli interrogativi attinenti alla morfologia operativa del congegno, la cui messa a punto si iscrive in uno scenario dominato da incertezze, disarmonie e contraddizioni, tuttora affidato alle fluide dinamiche del *law in action*.

Aunque ha sido moldeado por una práctica supranacional cada vez más monolítica—que le ha injertado requisitos y efectos (el denominado *close connection test*) ajenos a su fisonomía clásica—el *ne bis in idem*, trasplantado al ámbito de los sistemas sancionatorios de doble vía, no ha perdido su naturaleza de garantía procesal en defensa del derecho individual a la “unicidad” de la persecución penal. En la base de los requisitos de conexión sustancial y temporal, acuñados a nivel convencional y eurocomunitario, se encuentra precisamente la necesidad de garantizar que el individuo no sea sometido a múltiples procedimientos sancionadores por el mismo hecho; un objetivo que también ha sido respaldado por los desarrollos más avanzados de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, persisten numerosas incógnitas sobre la morfología operativa de este mecanismo, cuya definición se desarrolla en un escenario dominado por la incertidumbre, las disarmonías y las contradicciones, todavía confiado a las dinámicas fluidas del *law in action*.

Although shaped by an increasingly monolithic supranational practice—which has introduced into it prerequisites and outcomes (the so-called *close connection test*) alien to its classical structure—*ne bis in idem*, as transposed into dual-track punitive systems, has not lost its nature as a procedural safeguard protecting the individual's right to the “uniqueness” of criminal prosecution. Underpinning the substantial and temporal connection requirements, as established under the ECHR and EU law, lies the fundamental need to ensure that a person is not subjected to multiple punitive proceedings for the same act. This goal has also been affirmed by the most advanced developments in constitutional case law. Nonetheless, numerous questions remain regarding the operational morphology of the mechanism, whose refinement takes place within a landscape marked by uncertainty, inconsistency, and contradiction—still entrusted to the fluid dynamics of law in action.

SOMMARIO

1. Divieto di secondo giudizio e doppi binari punitivi: una relazione controversa. – 2. Matrice assiologica: dalla certezza degli esiti processuali al diritto alla “unicità” della persecuzione penale. – 3. Morfologia: l'improcedibilità del procedimento *in idem*. – 4. *Segue: il favor rei*. – 5. La trasposizione sul versante dei doppi binari: il *close connection test*. – 6. La (*affrettata*) virata verso la “proporzionalità”. – 7. La riaffermata dimensione processuale. – 8. Questioni aperte.

1.

Divieto di secondo giudizio e doppi binari punitivi: una relazione controversa.

Il tema dei doppi binari punitivi interseca problematiche che invadono sentieri governati da due distinti canoni, riconducibili, al di là dell'omonimia¹, a paradigmi concettuali, assiologici e normativi differenti.

Si tratta, *in primis*, del c.d. “*ne bis in idem* sostanziale”, di cui è, tutt'oggi, controversa la fisionomia di “principio”², ma che risponde a *rationes* aventi chiaro ancoraggio costituzionale: finalità rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.), uguaglianza (art. 3 Cost.) e, più in generale, proporzionalità sanzionatoria; ricavabile, quest'ultima, dal dinamico combinarsi di *ragione-volezza-uguaglianza* e tendenza *rieducativa* (nonché, a livello euro-unitario, dall'art. 49, par. 3, CDFUE)³. L'esigenza è «evitare la duplice qualificazione e perciò la duplicazione» della pena rispetto a un medesimo contegno⁴; esigenza che, se in ambito *stricto sensu* penale è salvaguardata dalla verifica di “apparenza” della convergenza di reati sull'*idem factum*, assume, nel comparto dei doppi binari *penali* e *amministrativi*, connotati peculiari, legati alla precisa scelta legislativa di “reprimere” la stessa condotta in differenti rami ordinamentali.

A rilevare è, poi, il “*ne bis in idem* processuale”, presidio *expressis verbis* codificato, a livello interno, dall'art. 649 c.p.p. e, in sede sovranazionale, dagli artt. 14, par. 7, PIDCP, 4 Prot. 7 CEDU e 50 CDFUE, il cui nucleo ruota attorno al divieto di secondo giudizio *de eadem re et persona* e, dunque, di multipla persecuzione penale.

Disciplinando situazioni non sovrapponibili⁵, meramente eventuale è il loro interagire. La regola sostanziale ben può essere trasgredita allorché in un *unico procedimento* il fatto ascritto all'imputato venga qualificato alla stregua di una pluralità di illeciti⁶: restando *unica* la vicenda, la garanzia processuale non è intaccata⁷. Ma vale pure l'inverso: se è vero che quest'ultima previene violazioni del suo “omologo” sostanziale – in quanto, proibendo il *ri-procedere*, impedisce, inevitabilmente, anche il *ri-punire*⁸ – lo fa, però, in via solo potenziale; a fronte di un previo giudicato proscioglitivo, il radicarsi del *bis* non solleva, ad esempio, problemi di doppia punizione, così come un primo epilogo definitivo di condanna seguito da una pronuncia assolutoria resa *aliunde* involge esclusivamente aspetti afferenti al “rito”⁹.

Dupliciter sanzionatorio e procedimentale costituiscono, insomma, evenienze tra loro non

¹ Li definisce «omonimi ma non parenti», GIACONA (2023), p. 54.

² Cfr., in argomento, TRIPODI (2022), p. 29 ss., il quale osserva che la fisionomia di principio del *ne bis in idem* sostanziale «appare alquanto sbiadita e, comunque, significativamente discussa». Nel senso, invece, che trattasi di vero e proprio principio generale del sistema v., tra gli altri, GIACONA (2023), p. 13; MAZZACUVA (2020), p. 5 ss.; SILVA (2018).

³ Cfr. GIACONA (2023), pp. 63 e 66, il quale, peraltro, ravvisa il fondamento del principio anche negli artt. 4 Prot. 7 CEDU e 50 CDFUE; in quest'ultima direzione v., altresì, BONTEMPELLI (2015), p. 118 ss.; BONTEMPELLI (2017), p. 66 ss.; MADIA (2020), p. 137 ss.; MAZZA (2015), p. 1035. Di recente, Corte Giust. UE, 14 settembre 2023, *Volkswagen Group Italia e a.*, C-27/22, § 44, ha ribadito l'esegesi per cui il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE vieta «un cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni aventi natura penale ai sensi di tale articolo e nei confronti della stessa persona».

⁴ Così TRIPODI (2022), p. 31.

⁵ Cfr., per tutti, CORDERO (2012), p. 1205, il quale, in relazione al *ne bis in idem* sostanziale, sostiene che «il divieto d'un secondo giudizio sulla eadem res ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche».

⁶ TRIPODI (2022), p. 38.

⁷ Va rimarcato, tuttavia, che, anche in caso di procedimento *unico*, parte della dottrina, valorizzando taluni approdi della giurisprudenza europea, ha rimarcato la «duplice dimensione processuale e sostanziale del *ne bis in idem*», idonea a «inocula[re] nel sistema un potente antidoto contro gli effetti patogeni collegati al fenomeno dell'ipertrofia normativa e delle qualificazioni giuridiche multiple, *sub specie* di un netto allargamento dell'area d'incidenza dell'istituto del concorso apparente di norme mediante la riabilitazione di un approccio funzionale alla materia» [così MADIA (2020), pp. 207-208].

⁸ Come osserva MADIA (2020), p. 149, «il *ne bis in idem* processuale, inibendo di duplicare i procedimenti in relazione al medesimo fatto, assorbe per certi versi il *ne bis in idem* sostanziale e il connesso divieto di infliggere più condanne per uno stesso accadimento».

⁹ Va, comunque, evidenziato come dal riferimento, versato nell'art. 4 Prot. 7 CEDU, al divieto di «essere perseguito o condannato penalmente», discenda, secondo parte della dottrina, la legittimità, dopo la condanna definitiva, del secondo processo che si concluda con l'assoluzione per l'*idem factum*; cfr., al riguardo, BONTEMPELLI (2017), p. 66 ss.; MAZZA (2015), p. 1035.

necessariamente correlate.

Nondimeno, ove la duplice reazione (*penale e formalmente amministrativa*) sia demandata a organi diversi, pare evidente come quello processuale rappresenti il più efficace congegno normativo per evitare che il divieto sostanziale sia infranto¹⁰. È questo, del resto, il motivo per il quale il meccanismo preclusivo è stato “chiamato in gioco”, per risolvere, cioè, una questione che ha evidenti origini sostantive, derivando «da un concorso di fattispecie punitive per lo stesso fatto concreto»¹¹; ed è sempre questa la ragione per la quale, trapiantato sul terreno dei doppi binari, il detto meccanismo è stato inquinato nella sua “purezza” da una oramai monolitica prassi sovranazionale, ampiamente recepita dalla giurisprudenza interna, che vi ha innestato presupposti ed esiti (il c.d. *close connection test*) estranei alla sua classica fisionomia¹².

Occorre, dunque, chiedersi se, nel settore in esame, il *ne bis in idem* processuale rappresenti un mero rimedio a salvaguardia del suo “parente” sostanziale¹³ – volto a «neutralizzare il rischio della doppia punizione»¹⁴ e assicurare, in ultima analisi, la proporzionalità sanzionatoria – o sia espressivo di valori aventi autonomo rilievo.

La risposta all’interrogativo – da cui derivano significative conseguenze sul fronte della “tenuta” dei doppi binari istituiti nel sistema nazionale – impone di esplorare *ratio* e morfologia operativa del divieto di secondo giudizio, al fine di vagliarne caratteri assunti e torsioni subite nel trasporlo sul crinale dei cumuli procedimentali eterogenei.

2. Matrice assiologica: dalla certezza degli esiti processuali al diritto alla “unicità” della persecuzione penale.

Difficile è disconoscere, sotto il primo profilo, la doppia anima che alimenta, quale effetto tipico del giudicato penale, il *ne bis in idem* processuale¹⁵.

Non v’è dubbio che esso persegua il fine di preservare l’incontrovertibilità del risultato del giudizio da tentativi “esterni” volti a ripetere la sequenza procedimentale *de eadem re et persona*. In siffatta ottica, condivide la medesima matrice assiologica della “irrevocabilità” (art. 648 c.p.p.)¹⁶, contribuendo a cristallizzare il comando contenuto nel dispositivo¹⁷. Senza un vincolo negativo alla possibilità di rinnovati procedimenti sul medesimo oggetto l’irrevocabilità rappresenterebbe, in effetti, «condizione giuridica priva di significato»¹⁸: nessuna decisione, per quanto rimasta intatta¹⁹, garantirebbe la stabilità del prodotto giudiziario se non si vietasse l’avvio di successive vicende sull’identica *regiudicanda*. Indiscutibile è, altresì, che la stabilità operi in funzione della certezza delle situazioni giuridiche²⁰, certezza che, a sua volta, risponde all’interesse generale a evitare che le pronunce giurisdizionali restino, sempre, nell’attesa di nuovi interventi²¹.

¹⁰ Come osserva TRIPODI (2022), p. 43, «tra i pilastri concettuali che sorreggono il “tempio” della logica *de-cumulativa*, [il *ne bis in idem* processuale è] di certo quello fornito dello spettro contenutistico più definito e, in quanto tale, capace di assicurare le *performances* operative meno incerte».

¹¹ Così GIACONA (2023), p. 64. V., altresì, DI BITONTO (2016), p. 1345, secondo cui «la doppia punizione in sede amministrativa e penale dello stesso fatto non è questione di natura processuale bensì relativa al diritto punitivo, poiché si pone in aperto contrasto con la regola generale del c.d. *ne bis in idem* sostanziale, che vieta di punire due volte l’autore di un illecito».

¹² Nel senso dell’impossibilità di esportare gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di doppi binari all’ipotesi di duplicazione di procedimenti formalmente penali, che abbiano ad oggetto reati in concorso formale, v. MADIA (2020), p. 201 ss., il quale trae la conclusione da Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1420.

¹³ Lo definisce «un rimedio determinato dalla competenza di due diverse autorità (giudiziaria e amministrativa)» per l’irrogazione della sanzione, GIACONA (2023), p. 64.

¹⁴ Così BUFFON (2019), p. 528. Come osserva RUGGIERO (2022), p. 109, «continuare a parlare di *ne bis in idem* se si può ammettere che, dopo una prima condanna, possa intervenire un secondo procedimento [...] è un non senso. Non siamo più, difatti, di fronte ad uno strumento per impedire la duplicazione di accertamenti diversi per il medesimo fatto, ma al mezzo per evitare una doppia sanzione complessivamente sproporzionata: e difatti, da più parti si è osservato come sarebbe più corretto parlarne nella diversa ottica del *ne bis in idem* sostanziale».

¹⁵ Per un efficace affresco sulle funzioni del principio, v. DI CHIARA (2021), p. 3 ss.

¹⁶ RAFARACI (2010), p. 860.

¹⁷ MANCUSO (2012), p. 43.

¹⁸ Così NORMANDO (2009), p. 32.

¹⁹ RAFARACI (2010), p. 860.

²⁰ Cfr., *ex multis*, Corte cost., 5 marzo 1969, n. 28, in *Giur. cost.*, 1969, p. 391, che pone l’accento sull’interesse «fondamentale di ogni ordinamento alla certezza e alla stabilità delle situazioni giuridiche ed all’intangibilità delle pronunce giurisdizionali di condanna, che siano passate in giudicato». In tempi più recenti, che la *res iudicata* sia espressiva «dell’esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti» è stato ribadito da Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Cass. pen.*, 2013, p. 890.

²¹ Così CORDERO (1985), p. 604.

Il *ne bis in idem*, in tal modo inteso, è, pertanto, conseguenza «non mediata e necessaria» del formarsi del giudicato²², o meglio un suo «corollario», o, per così dire, un «riflesso»²³, un aspetto coesistente e ineliminabile; attraverso lo stesso, la *res iudicata* viene custodita da una «serratura a doppia mandata»²⁴, che dà corpo alla «somma preclusione»²⁵.

La correlazione stabilità-certezza non è, però, l'unica chiave di lettura del fenomeno. Calata nella trama intessuta dalla Costituzione, la *firmitas* del giudicato riveste una pregnanza affatto peculiare, rispondendo all'ulteriore obiettivo di garantire la sicurezza dei diritti e la libertà del singolo²⁶. Il divieto di statuire nuovamente su ciò che è stato già deciso, nel sottrarre l'individuo a una teoricamente illimitata e arbitraria persecuzione penale²⁷, presenta rilevanti connotati soggettivi: «non sarebbe più tranquilla una società governata da siffatta legge che vedesse i cittadini perpetuamente esposti al pericolo di rinascanti processi, senza che le istituzioni offrissero loro un porto di sicurezza»²⁸.

L'immagine del *ne bis in idem* come limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, elaborata dal pensiero liberale²⁹ e recuperata, nel vigore del codice «Rocco», da attenta riflessione³⁰, è penetrata, nel tempo, anche nei percorsi giurisprudenziali, che ne hanno gradualmente avvalorato la matrice di garanzia della persona³¹; dimensione, questa, ritenuta, dai più maturi approdi del diritto vivente, prioritaria rispetto all'«esigenza pratica» di certezza degli esiti processuali³², in quanto intimamente legata alla necessità di salvaguardare il «godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità»³³. È in detta ottica, peraltro, che il principio è stato trasfuso negli artt. 14, par. 7, PIDCP, 4 Prot. 7 CEDU e 50 CDFUE.

È chiaro che, declinato in termini «soggettivi», il *ne bis in idem* assume le sembianze di diritto, anche per il definitivamente condannato, solo se proiettato nel sistema di garanzie recepite dal tessuto costituzionale³⁴. Qui, in effetti, la stabilità in funzione di certezza, *ratio* primigenia della somma preclusione, perde il carattere totalizzante trasfigurato nel «mito dell'intangibilità»³⁵, emergendo prepotentemente, a partire dall'art. 2 Cost., la necessità di tutelare le prerogative inviolabili della persona.

Che questa tutela non si dissolva con l'irrevocabilità trasparente, *in primis*, dal disposto dell'art. 24, comma 4, Cost. che, in quanto crocevia dei valori su cui si regge l'architettura processuale³⁶, manifesta l'esigenza di una loro protezione anche *post iudicatum*³⁷. Affiora, altresì, dal canone racchiuso nell'art. 27, comma 2, Cost., che s'irradia ben oltre la soglia del giudicato: la «condanna definitiva» non può che essere l'epilogo di un processo rispettoso dei diritti dell'imputato, che abbia raggiunto esiti non lesivi di fondamentali presidi sostanziali e costantemente ancorati a un accertamento idoneo a elidere ogni ragionevole dubbio. Sicché, di fronte all'ingiusto superamento della presunzione di non colpevolezza e all'indebito sacrificio

²² In tal senso, MANCUSO (2012), p. 45.

²³ In questi termini, RAFARACI (2010), p. 860. Parte della dottrina esclude, invece, l'esistenza di un rapporto diretto tra divieto di rivisitazione delle pronunce irrevocabili e inammissibilità di un nuovo giudizio: CALLARI (2012), p. 70 ss.

²⁴ Così, efficacemente, BUFFON (2019), p. 527.

²⁵ L'espressione è riconducibile a CHIOVENDA (1993), p. 271, secondo cui «la somma preclusione finale di tutte le questioni» è la «base della cosa giudicata» e ha «per effetto di escludere la proponibilità di tutte le questioni, fatte o non fatte, decise o non decise, che abbiano per fine di rimettere in contestazione il bene che fu oggetto della pronuncia».

²⁶ DE LUCA (1988), p. 2. Per analoghe considerazioni, v. DALIA (1965), p. 799.

²⁷ In tal senso, DE LUCA (1962), p. 90; LOZZI (1969), p. 913.

²⁸ CARRARA (1911), p. 290.

²⁹ CORDERO (1977), p. 732, il quale evidenzia che la cosa giudicata, se «in materia civile garantisce la certezza e la stabilità dei rapporti patrimoniali», «in sede penale, sottrae il cittadino a ogni ulteriore persecuzione per il medesimo fatto: nello sfondo l'esigenza di un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale».

³⁰ Per una disamina del tema v., *amplius*, MANCUSO (2012), p. 5 ss.

³¹ Per una ricostruzione della parabola cfr., volendo, TROISI (2015), p. 1 ss.

³² Cfr. Cass, Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *Cass. pen.*, 2015, p. 41.

³³ V. Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1420, che correla il *ne bis in idem* agli artt. 24 e 111 Cost.

³⁴ In dottrina si è evidenziato che il *ne bis in idem*, sebbene tuteli anche il condannato, impedendo rivisitazioni *in peius* delle statuizioni contenute nella sentenza, ha inevitabilmente «un costo per la persona già condannata» [RAFARACI (2010), p. 862], la quale paradossalmente «potrebbe avere interesse a sottoporsi ad una pluralità di giudizi, al fine di beneficiare della pronuncia a lui più favorevole (art. 669 c.p.p.)» [DALIA e DELLA MONICA (2002), p. 4; cfr., anche, LUPÀRIA (2012), p. 81]. In effetti, per il condannato, «sono puro guadagno i giudizi ulteriori» [CORDERO (2012), p. 1161]; a causa del divieto, tuttavia, «non può sperare in un nuovo processo che ponga rimedio all'errore giudiziario» [CAPRIOLI e VICOLI (2011), p. 72].

³⁵ Si tratta della visione sottesa alla codificazione del 1930, su cui v., tra gli altri, NORMANDO (1996), p. 16 ss.; SCALFATI (1995), p. 14 ss.

³⁶ Cfr. Corte cost., 24 gennaio 1969, n. 1, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1.

³⁷ Nella previsione dell'art. 24, comma 4, Cost. è stato rinvenuto, sia in dottrina [cfr., anche per ulteriori riferimenti, D'ORAZI (2003), p. 198; GIALUZ (2005), p. 82; MOSCARINI (2005), p. 86], che in giurisprudenza (v., tra le altre, Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2018, n. 6141, in *CED Cass.*, n. 274627; Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, *ivi*, n. 220443), il fondamento costituzionale della revisione. In senso contrario, v. CALLARI (2012), p. 56 ss. Sul tema, volendo, v. anche TROISI (2011), p. 100 ss.

della libertà personale, la Carta costituzionale non pone alcun vincolo, anzi impone (proprio in forza dell'interagire degli artt. 24, comma 4, e 27, comma 2, Cost.) di prevedere rimedi funzionali a ripristinare legalità e giustizia.

Inteso come garanzia di affrancamento dalla pretesa punitiva statale, il divieto di *bis in idem*, pertanto, se costituisce barriera invalicabile all'esperimento di impugnazioni straordinarie "sfavorevoli" e al nuovo esercizio dell'azione penale³⁸, non impedisce affatto modifiche *in melius* della pronuncia conclusiva³⁹, quando giustificate dal bisogno di salvaguardare valori che si collocano al vertice della gerarchia costituzionale⁴⁰.

La prospettiva è feconda: perfezionatasi l'irrevocabilità, la persona acquista il diritto – riconducibile al concetto stesso di «giusto processo»⁴¹ – di «non permanere in uno stato di perenne assoggettamento alla giurisdizione»⁴²; tale diritto ha assunto, nel tempo, carattere di vero e proprio principio generale del sistema che, trascendendo il legame "primigenio" con la figura concettuale del giudicato⁴³, si presenta come presidio atto a porre la persona al riparo dal rischio di *multiple prosecutions*, in sintonia con esigenze di razionalità nell'esercizio della giurisdizione. Depurato da istanze di tutela della certezza giudiziale, il *ne bis in idem* si è andato, così, collocando, sempre più, nell'area dei presidi soggettivi, quale barriera a forme di «abuso del processo» ed espressione del diritto, di matrice giusnaturalistica, alla «singolarità della persecuzione»⁴⁴.

È proprio in questo suo aspetto più evoluto che il paradigma assume portata tale da esplicare i propri effetti «a raggiera verso l'intero ordinamento giuridico», a prescindere dalla natura formalmente penale o meno del nuovo procedimento⁴⁵. Sottesa è l'idea, di carnelluttiana memoria, del procedere come forma "atipica" di punizione⁴⁶, sofferenza inevitabile per l'imputato, ma "prezzo" inaccettabile per chi abbia già subito l'intero ciclo del giudizio. Obiettivo diviene, dunque, precludere il mero assoggettamento ad ulteriore procedimento "penale"⁴⁷, con i costi sul piano umano che ne discendono⁴⁸.

3. Morfologia: l'improcedibilità del procedimento *in idem*.

La morfologia operativa del principio è codificata nell'art. 649, comma 1, c.p.p.: formatosi il giudicato, l'effetto che s'irradia verso l'esterno – non l'unico, ma, senz'altro, il "più puro"⁴⁹ – impedisce il successivo inizio o la prosecuzione di ogni altra vicenda procedimentale penale sul medesimo "oggetto" ed è insuscettibile – all'infuori delle eccezioni espressamente codificate (artt. 69, comma 2, e 345 c.p.p.) – di vicende risolutive.

Il divieto così sancito – recuperato, in identica formulazione, dall'art. 90 c.p.p. 1930 – si produce «per il sol fatto della giuridica esistenza e validità del primo titolo»⁵⁰. Il nesso di ineluttabile consequenzialità che la norma instaura tra irrevocabilità e argine alla "nuova sottoposizione a procedimento penale" risulta condizionato unicamente dall'identità tra *res iudicata* e *res in iudicium deducta* e prescinde dal tenore (condanna o proscioglimento) e dalla portata (imperativa o processuale) del *dictum*⁵¹.

L'inosservanza è sanzionata dal comma 2 del medesimo articolo: «se ciò nonostante viene

³⁸ Tendenti, cioè, a rimuovere un'assoluzione ritenuta erronea o a sostituire una pronuncia di condanna con altra a pena più elevata.

³⁹ Cfr., in argomento, D'ORAZI (2003), p. 131 ss.; NORMANDO (1996), p. 109.

⁴⁰ Il problema è, piuttosto, di concreta disciplina positiva, trattandosi di realizzare, a livello legislativo, bilanciamenti che valorizzino il polo soggettivo senza pretermettere del tutto istanze di certezza e di funzionalità del sistema. Ma che la stabilità sia recessiva rispetto all'obiettivo di proteggere i diritti primari, la cui violazione si manifesti dopo il giudicato, non è revocabile in dubbio (così si esprimeva già Corte cost., 9 aprile 1987, n. 115, in *Riv. pen.*, 1987, p. 719).

⁴¹ Cfr., tra gli altri, FERRUA (2007), p. 33; GALANTINI (1981), p. 101; PISANI (2005), p. 553 ss.

⁴² MANCUSO (2012), p. 42.

⁴³ LUPÁRIA (2012), p. 139.

⁴⁴ LUPÁRIA (2012), p. 79 ss., che discorre, altresì, di diritto alla "unicità della persecuzione", già prefigurato da AMODIO e DOMINIONI (1968), p. 373.

⁴⁵ Così GAITO (2019), p. 6.

⁴⁶ CARNELUTTI (1952), p. 161. L'impostazione è richiamata, con riferimento al *ne bis in idem*, da ASTARITA (2008), p. 733 ss.; LUPÁRIA (2012), p. 81.

⁴⁷ In argomento, sia consentito il rinvio a TROISI (2006), p. 722.

⁴⁸ GALANTINI (1981), p. 98.

⁴⁹ Cfr. RUGGERI (2004), p. 295, il quale considera il *ne bis in idem* una «preclusione neutra», che si sviluppa in una dimensione esclusivamente processuale.

⁵⁰ MANCUSO (2012), p. 55. In *ne bis in idem* da giudicato risulta, invero, «svincolato dalla efficacia di accertamento, contenuto nella sentenza» [così DE LUCA (1988), p. 3 ss.; LOZZI (1969), p. 913].

⁵¹ *Contra*, CORBI (1992), p. 90, il quale esclude che per le sentenze meramente processuali operi il divieto di *bis in idem*.

di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

La previsione, per come formulata (sulla falsariga della corrispondente norma del codice “Rocco”), *minus dixit quam voluit*.

A essere precluso è, in realtà, non solo il “nuovo inizio”, ma anche la prosecuzione del procedimento già instaurato prima che, nell’altro, si sia perfezionata l’irrevocabilità⁵². La verifica del *bis* non è, peraltro, confinata agli stadi successivi all’esercizio dell’azione, come sembrerebbe alludere il riferimento ad «ogni stato e grado del processo» e alla pronuncia di «sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere», ma s’impone sin dall’avvio dell’*iter*.

Lo si ricava sia dalla formula «procedimento penale», comprensiva di indagini e processo, adoperata in entrambi i commi per indicare l’attività preclusa, sia da ragioni di ordine logico, essendo irrazionale imporre al magistrato di instaurare un giudizio destinato a concludersi con «la decisione che l’imputato non doveva essere sottoposto a nuovo procedimento penale»⁵³.

Ma è la patologia che si genera a renderne doverosa la rilevazione fin dalle indagini. L’enunciato normativo, in effetti, a fronte del formarsi del giudicato, da un lato, frappone un ostacolo all’inizio di un «nuovo procedimento», dall’altro, vieta al giudice di statuire nel merito⁵⁴, imponendogli di “chiudere” la vicenda con una pronuncia di *absolutio ab instantia*⁵⁵. Ciò che la previsione codifica è, dunque, un vizio del procedere, che incarna una vera e propria causa di improcedibilità⁵⁶, di cui l’organo giurisdizionale non può che prendere atto, dichiarandola, appunto, con sentenza.

Se della mancanza di un presupposto del procedere si tratta⁵⁷, al dovere del giudice di definire in rito il processo (artt. 425, 469, 529 e, in generale, art. 129 c.p.p.) fa, allora, da specchio l’obbligo del magistrato di arrestare l’indagine presentando richiesta di archiviazione (art. 411, comma 1, c.p.p.)⁵⁸. La situazione patologica riceve, insomma, un “trattamento” simmetrico nella fase investigativa e in quelle processuali⁵⁹.

Esercitata l’azione, la “regola di condotta” posta dalla norma, nel riecheggiare l’identica locuzione («ogni stato e grado del processo») impiegata nell’art. 129 c.p.p., si connota in termini di *immediata* declaratoria. Sicché, non appena il vizio si palesi, il giudice, senza attendere l’esito della fase in corso, deve compiere tutti gli «atti necessari a condurre alla conclusione del processo con una pronuncia in rito»⁶⁰, bloccando ogni attività in essere, diversa da quelle volte alla verifica degli estremi dell’improcedibilità⁶¹.

Il non luogo a procedere o il proscioglimento (*sub specie* di non doversi procedere) – a seconda del momento processuale (udienza preliminare o giudizio) in cui interviene la sentenza⁶² – è reso con le formule (mutuate dal disposto degli artt. 425 e 529 c.p.p.) «l’azione penale non doveva essere iniziata», se il precedente giudicato già sussisteva all’atto delle determinazioni del pubblico ministero, o «l’azione penale non deve essere proseguita», qualora la cosa giudicata si sia perfezionata durante l’*iter*. La «causa» da indicare nel dispositivo arricchisce la

⁵² Sul divieto di prosecuzione, v. RAFARACI (2010), p. 861. Si tratta di conclusione avvalorata anche dalla Corte di Giustizia, la quale ha chiarito, nell’esegesi dell’art. 50 CDFUE, che «se è vero che l’applicazione del principio del *ne bis in idem* presuppone l’esistenza di una precedente decisione definitiva, da ciò non consegue necessariamente che le decisioni successive alle quali osta detto principio possano essere solo quelle adottate dopo tale precedente decisione definitiva. Infatti, tale principio esclude che, qualora esista una decisione definitiva, possa essere avviato o proseguito un procedimento penale per gli stessi fatti», sicché tale principio «si applica dal momento in cui una decisione di natura penale è divenuta definitiva, indipendentemente dal modo in cui tale decisione abbia acquisito carattere definitivo» (Corte Giust. UE, 14 settembre 2023, *Volkswagen Group Italia e a.*, C-27/22, §§ 58-63).

⁵³ Così Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28.

⁵⁴ Cfr. MANCUSO (2012), p. 405, il quale collega il divieto di reiterare la verifica sull’accusa alla consumazione del potere decisorio già espresso nel provvedimento definitivo.

⁵⁵ V., al riguardo, DOMINIONI (1974), p. 53 ss.

⁵⁶ Così Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Giur. cost.*, 1995, p. 257, che, sia pure con riferimento alla preclusione nascente dal provvedimento di archiviazione, ha qualificato il vizio come improcedibilità, escludendone la riconducibilità alle cause di nullità. Allo stesso modo, Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit., la quale, con riferimento alle situazioni di litispendenza ed alla preclusione nascente dalla consumazione del potere di azione, ha ricondotto il vizio tra le cause atipiche di «improvvisabilità dell’azione penale», richiamando Corte cost., 27 luglio 2001, n. 318, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4.

⁵⁷ In argomento cfr., volendo, TROISI (2021), p. 112 ss.

⁵⁸ Cfr., tra gli altri, CAPRIOLI e VICOLI (2011), p. 101; SCOMPARIN (2008a), p. 111. *Contra*, CORBI (1992), p. 94, secondo cui, anche nelle indagini, il giudice, applicando il disposto dell’art. 129, comma 1, c.p.p., dovrebbe pronunciare sentenza di non luogo a procedere enunciandone la causa nel dispositivo.

⁵⁹ Salvo quanto si dirà con riferimento al giudizio di cassazione (*infra*, § 4).

⁶⁰ Cfr. DOMINIONI (1974), p. 81.

⁶¹ In questo senso si esprime, sia pur con riferimento alla litispendenza, BONTEMPELLI (2017a), p. 295.

⁶² GAITO e RANALDI (2016), p. 124.

formula⁶³ e si concreta nell'enunciare la specifica forma di improcedibilità oggetto di rilievo, che, nel caso dell'art. 649 c.p.p., è appunto il divieto di un secondo procedimento *post iudicatum*⁶⁴.

Analogo approdo è prospettabile nella fase preliminare. Accertato il *bis in idem*, l'organo inquirente deve porre *immediatamente* fine alle indagini, determinandosi per l'inazione. Lo si trae dal disposto degli artt. 411 e 346 c.p.p. Il primo, nel prescrivere la richiesta di archiviazione «quando» – nel senso di «non appena»⁶⁵ – risulti la sussistenza dell'improcedibilità, «imprime una decisa accelerazione all'iter procedurale, coerentemente alla natura della questione emersa, che non riguarda il merito dell'addebito provvisorio, ma la stessa ritualità del procedere»⁶⁶. Il secondo, nel dettare una regola valevole per ogni figura di improcedibilità, impedisce, allorché la condizione sia insuscettibile di verificarsi (come nel caso del *ne bis in idem ex iudicato*), il compimento di ogni atto investigativo o probatorio, senza che residui un interesse dell'indagato all'approfondimento delle investigazioni su elementi a proprio favore⁶⁷.

4. *Segue: il favor rei.*

In linea generale, dunque, il diritto all'unicità della persecuzione è assicurato reprimendo, con l'improcedibilità, l'avvio o il prosieguo del procedimento *in idem*. Allorché, tuttavia, quest'ultimo abbia già percorso i gradi di merito e penda dinanzi alla Corte di cassazione, la tutela muta fisionomia.

In tal caso, infatti, non si tratta più di preservare l'imputato da un'*ulteriore* vicenda procedimentale: la *multiple prosecutions* si è oramai radicata, con i conseguenti pregiudizi. Il criterio di "priorità" non è più in grado di salvaguardare l'interesse della persona a non essere giudicata due volte per il medesimo episodio. Occorre rimediare all'avvenuta lesione attraverso un meccanismo che esalti la matrice di presidio individuale del fenomeno preclusivo⁶⁸.

La regola dell'improcedibilità non esce, del tutto, di scena: il giudice di legittimità annulla senza rinvio la pronuncia impugnata «se vi è contraddizione» con «un'altra anteriore concernente la stessa persona e il medesimo oggetto» (art. 620 lett. *b* c.p.p.), ordinando «l'esecuzione della prima sentenza» (art. 621 c.p.p.)⁶⁹. È questo, in verità, risolto già prefigurato dal combinato disposto degli artt. 649, comma 2, e 620, lett. *a*, che impongono di cassare il *decisum* reso nel processo in cui «l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita»⁷⁰.

Nondimeno, «se si tratta di una sentenza di condanna», la Corte «ordina l'esecuzione della sentenza che ha inflitto la condanna meno grave determinata a norma dell'art. 669» (art. 621 c.p.p.)⁷¹. Sebbene il dato testuale faccia esplicito riferimento alla sola ipotesi di "condanna", deve ritenersi, *a fortiori*, che la previsione operi anche in caso di proscioglimento⁷².

Insomma, nell'evenienza in cui tra le due sentenze – la prima irrevocabile e la seconda oggetto di ricorso – vi sia «contraddizione» (da intendersi, ovviamente, in senso pratico e non logico), all'antiorità cronologica subentra il canone del *favor rei*. La norma, nel "convertire" il ricorso ordinario contro la sentenza più vantaggiosa «in un ricorso straordinario» avverso

⁶³ Ciò a differenza di quanto avviene nei casi di proscioglimento nel merito, in relazione ai quali la causa dell'assoluzione esaurisce, in realtà, la "formula" ed è riconducibile esclusivamente alle formule specifiche tassativamente contemplate dall'art. 530 c.p.p. Cfr., al riguardo, anche per ulteriori spunti, MORELLI (2014), p. 316, il quale evidenzia che «il dispositivo della decisione liberatoria in rito è tendenzialmente più dettagliato di quello dell'assoluzione».

⁶⁴ Cfr., sul tema, BONTEPELLI (2017a), p. 277 ss.

⁶⁵ Così MARZADURI (1990), p. 119.

⁶⁶ In tal senso, v. BONTEPELLI (2017a), p. 306, il quale rimarca la differenza rispetto al disposto dell'art. 408 c.p.p.

⁶⁷ Non è dato rinvenire, all'interno dell'ordinamento, né il riconoscimento di un siffatto interesse, né alcuno strumento per la sua realizzazione; così SCOMPARIN (2008b), p. 229.

⁶⁸ Cfr., in argomento, NORMANDO (2009), p. 51.

⁶⁹ Parte della dottrina, tuttavia, riconosce un'autonoma sfera operativa al disposto dell'art. 620, lett. *b*), c.p.p., non confinata al *ne bis in idem* da giudicato, operante, cioè, anche in caso di contrasto tra decisioni non irrevocabili [v. RUGGERI (2010), p. 260 ss.; nella medesima ottica, BONTEPELLI (2017a), p. 114 ss., secondo cui la previsione sarebbe espressione di un generale divieto di doppio procedimento, da intendersi sia come doppio procedimento incidentale, che come doppia indagine preliminare].

⁷⁰ Cfr. RAFARACI (2010), p. 878.

⁷¹ Rimarca come, sottesa alla previsione, sia «un'opportuna anticipazione dei criteri risolutivi del conflitto pratico di giudicati di cui all'art. 669 c.p.p.», SCOMPARIN (2008a), p. 113.

⁷² V., per tutti, CORDERO (2012), p. 1160. *Contra*, CORBI (1992), p. 95, secondo cui la regola di cui all'art. 621 c.p.p. opera soltanto se si tratta di «due decisioni di condanna, la cui "contraddizione" consiste in una differente quantità di pena irrogata».

quella sfavorevole⁷³, non collide con il *ne bis in idem*⁷⁴. È, anzi, proprio la componente garantistica del principio – prioritaria, come detto, nel bilanciamento tra le esigenze in conflitto – a rendere doveroso l'esito: nel contrasto tra i *dicta*, è accordata prevalenza alla pronuncia più favorevole, quand'anche ciò implichi l'annullamento di quella già irrevocabile.

Qualora, poi, si perfezioni il doppio giudicato, il *favor rei* si manifesta nella sua pienezza, dando corpo alla regola per cui è ordinata l'esecuzione della sentenza più favorevole, previa revoca delle altre (art. 669 c.p.p.). La deroga all'irrevocabilità è solo "formale" (si traduce, cioè, nella mera rimozione di una sentenza definitiva), ma, a ben vedere, nessun ruolo giocano più le esigenze di stabilità e certezza, già messe in crisi dal perfezionarsi della seconda *res iudicata*.

Innovando rispetto alla disciplina del codice "Rocco", che attribuiva la competenza alla Suprema Corte (art. 579 c.p.p. 1930), la tutela è ora affidata al giudice dell'esecuzione (individuato ai sensi dell'art. 665, comma 4, c.p.p.), quale "giudice naturale" di tutte le questioni relative al legale perfezionarsi del titolo⁷⁵. La novità dell'assetto è costituita dall'aver anteposto ai criteri selettivi di fonte normativa la facoltà di scelta dell'interessato, sia in caso di condanne a pene diverse, che di conflitto tra più sentenze di non luogo a procedere o di proscioglimento (art. 669, commi 2 e 7, c.p.p.). L'approdo è indice della volontà legislativa di assicurare un «*favor rei* determinato in concreto»⁷⁶, elevando l'interessato «ad "unico giudice qualificato dei propri interessi"» e ravvisando nella "preferenza" da questi manifestata «il "modo più semplice e al tempo stesso più efficace" per garantire l'esecuzione della sentenza più favorevole»⁷⁷. Sicché natura sussidiaria, rispetto alla facoltà di indicazione, hanno i parametri comparativi tipizzati dalla norma.

5. La trasposizione sul versante dei doppi binari: il *close connection test*.

Volendo sintetizzare, il divieto di *bis in idem*, nel salvaguardare il diritto alla unicità della persecuzione penale, determina, di regola, l'improcedibilità della seconda vicenda; tuttavia, allorché quest'ultima si sia conclusa nei gradi di merito o, addirittura, con sentenza passata in giudicato, subentra il *favor rei*, che impone l'esecuzione della pronuncia più favorevole. Entrambi i meccanismi postulano la mera verifica di identità della persona e di medesimezza del fatto.

È in questa dimensione che la Corte europea, con la sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 2014⁷⁸, aveva trasposto la preclusione nel comparto dei doppi binari punitivi (nella specie, quello di materia di abusi di mercato)⁷⁹. In base a tale approdo, infatti, una volta chiarita la natura sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo, secondo il noto concetto di *matière pénale* inaugurato dalla decisione *Engel c. Paesi Bassi* del 1976, l'operatività del divieto era condizionata unicamente dai presupposti dell'*idem factum* e dell'*eadem persona*, accertati i quali si generava l'improcedibilità del nuovo procedimento (*penale o formalmente amministrativo*, che fosse)⁸⁰, secondo un approccio perfettamente in linea con il disposto dell'art. 649 c.p.p.⁸¹.

Dirimpenti ne erano i risvolti: la garanzia processuale era destinata a divenire «una sorta di

⁷³ LOZZI (2023), p. 873 ss. Nello stesso senso, SCOMPARIN (2008a), p. 113, la quale, peraltro, rimarca come la sentenza della Suprema Corte conservi, comunque, carattere processuale, fungendo «da mero tramite per la sostituzione di una decisione».

⁷⁴ La considera in deroga al *ne bis in idem*, CORDERO (2012), p. 1160. Discorre di «limiti all'operatività del *ne bis in idem* nel giudizio di legittimità», SCOMPARIN (2008a), p. 112. Afferma che la funzione di garanzia del *ne bis in idem* «si arresta nel giudizio di cassazione, dove subentra il criterio del *favor rei*», BONTEMPELLI (2017a), p. 273.

⁷⁵ CORBI (2012), p. 319.

⁷⁶ Così VIGONI (2009), p. 181.

⁷⁷ KALB (1995), p. 369.

⁷⁸ Si tratta di Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, §§ 220-229. In dottrina, *ex multis*, D'ALESSANDRO (2014), p. 614 ss.; DE AMICIS (2014), p. 201 ss.; FLICK e NAPOLEONI (2014), p. 963 ss.; VIGANÒ (2014), p. 219 ss.

⁷⁹ Già in precedenza, in realtà, la Corte aveva riconosciuto l'operatività del divieto di secondo giudizio tanto nei casi in cui la prima sanzione fosse di carattere formalmente amministrativo, sia in quelli inversi (cfr. Corte EDU, 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, § 22; Corte EDU, 20 luglio 2004, *Nitikin c. Russia*, § 37; Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, §§ 110-111; Corte EDU, 16 giugno 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, § 50).

⁸⁰ Come rimarca TRIPODI (2022), p. 43, «concluso definitivamente l'uno, l'apertura o la prosecuzione dell'altro procedimento, vertente sullo stesso fatto storico, risultano automaticamente in violazione del *ne bis in idem*».

⁸¹ Sui tentativi (falliti) di procedere a una interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., per uniformarlo alla pronuncia *Grande Stevens c. Italia*, o di procedere all'applicazione diretta delle norme sovranazionali a tutela del *ne bis in idem*, v., *ex multis*, PROCACCINO (2022), p. 275 ss.; RUGGIERO (2022), p. 94 ss.

ghigliottina, sotto la cui lama poteva finire non solo il doppio binario penale-amministrativo, rispetto al quale l'arma era stata forse apprestata e in più occasioni agevolmente utilizzata, ma anche altri cumuli sanzionatori»⁸².

Proprio per la sua “intransigenza”, l'epilogo è stato, come noto, profondamente rivisitato (a mo' di vera e propria “curva a gomito”), nel volgere di poco più di due anni, dalla Grande Camera con la pronuncia resa nel caso *A. e B. c. Norvegia*, che ha eletto a criterio generale – per discernere se, nella materia in analisi, si configuri un *bis* idoneo a infrangere il diritto consacrato all'art. 4 Prot. 7 CEDU – quello della *sufficiently close connection in substance and time*, definendo, sia pur attraverso clausole sprovviste di rigorosa tipizzazione, gli indici alla luce dei quali eseguire il *test*.

Segnatamente, quanto al nesso sostanziale, occorre appurare: che i “procedimenti” (*rectius*, le sanzioni) perseguano obiettivi complementari e attingano aspetti diversi della medesima condotta anti-giuridica; che il cumulo sia prevedibile *ex ante*; che gli accertamenti si svolgano in modo da evitare, per quanto possibile, ripetizioni nella raccolta e nel vaglio degli elementi di prova, attraverso un'adeguata interazione tra le diverse autorità e consentendo che gli esiti dell'uno confluiscono nell'altro; e, *soprattutto*, che la “pena” irrogata all'esito del primo procedimento sia presa in considerazione nell'altro, al fine di assicurare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Riguardo, invece, al collegamento temporale, non è indispensabile che le vicende siano condotte simultaneamente, purché vi sia un legame sufficientemente stretto da proteggere l'individuo da incertezze e lungaggini conseguenti a *iter* protrattisi per un tempo eccessivo⁸³.

Il medesimo impianto è stato recepito – a partire dalle tre sentenze “gemelle” rese nel 2018 su questioni pregiudiziali sollevate da giudici italiani⁸⁴ – dalla Corte di giustizia UE, seppur da una visuale parzialmente diversa, volta non tanto a ritenere rispettato il divieto in caso di esito positivo del *close connection test*, come nella giurisprudenza strasburghese, quanto a reputare giustificate, in tal caso, ai sensi dell'art. 52, par. 1, CDFUE, deroghe al principio⁸⁵.

Sono stati, così, innestati, nella verifica del *bis*, apprezzamenti ampiamente discrezionali sulle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti *in idem* e sull'equità della globale risposta punitiva⁸⁶; apprezzamenti che, però, fuoriescono del tutto dall'orbita e dalla morfologia tradizionale della preclusione *ex iudicato*, come disciplinata dal codice di rito e trasfusa nelle Carte sovranazionali, a cui è, in particolare, estraneo ogni discorso sulla proporzionalità della pena⁸⁷; garanzia, quest'ultima, lo si è più sopra detto, ancorata a basi giuridiche (gli artt. 3 e 27 Cost.) completamente distinte da quelle su cui si fonda il diritto di fonte “processuale”.

6. La (affrettata) virata verso la “proporzionalità”.

L'accento posto dalla *Grande Chambre* sul parametro della proporzionalità (preceduto, nel costrutto argomentativo, dall'avverbio “soprattutto”), l'analoga enfasi accordata allo stesso dalla Corte di giustizia nel “trittico” del 2018, la maggiore maneggevolezza di siffatto crite-

⁸² Così, efficacemente, TRIPODI (2022), p. 56.

⁸³ Corte EDU, Grande Camera, 16 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, §§ 132-134. Al riguardo v., tra i tanti, BONTEMPELLI (2017b), p. 576 ss.; CASSIBBA (2017), p. 351 ss.; DE AMICIS e GAETA (2017), p. 469 ss.; FIMIANI (2017), p. 5 ss.; VIGANÒ (2016), § 1 ss.

⁸⁴ Si tratta di Corte Giust. UE, Grande Sez., 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16; Corte Giust. UE, Grande Sez., 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16; Corte Giust. UE, Grande Sez., 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15.

⁸⁵ Cfr., tra gli altri, DEAGLIO (2019), p. 1434 ss.; NASCIBENE (2020), p. 95 ss.; SCOLETTA (2021), p. 187 ss.

⁸⁶ In senso critico v., per tutti, PAULESU (2021), p. 1210 ss., il quale auspica «il definitivo abbandono del test della stretta connessione sostanziale e temporale e della fallace e mistificatoria idea pan-repressiva che lo sorregge: un sistema punitivo globalmente considerato, liquido, alimentato da una ipertrofia sanzionatoria che si vorrebbe tendenzialmente immune al *ne bis in idem* convenzionale» (p. 1213). Sintomatiche sono, del resto, le parole utilizzate nella *dissenting opinion* del Giudice Pinto de Albuquerque, secondo cui il «diritto individuale e inalienabile al *ne bis in idem*» viene degradato a «diritto fluido, angusto, in una parola illusorio» (§ 80). Indiscutibile è, in effetti, l'estrema vaghezza dei criteri che governano il *close connection test* [cfr. CASSIBBA (2017), p. 352] e l'imprevedibilità degli esiti della relativa applicazione [RUGGIERO (2017), p. 3809]. Perplesità desta, in particolare, il parametro del coordinamento probatorio, il quale, da un lato, sembra essere proprio la spia della violazione del *ne bis in idem*, vale a dire di un nuovo accertamento sul medesimo fatto sulla base degli stessi presupposti probatori [così RUGGIERO (2022), p. 114], dall'altro, rischia di divenire il grimaldello per l'ingresso nel giudizio penale di materiale probatorio formato, in altra sede, secondo canoni meno garantisti [in argomento, v. TRIPODI (2022), p. 138, il quale propone di «valutare la duplicazione dell'accertamento probatorio come indice della duplicità del procedimento solo quando essa si verifichi nel procedimento amministrativo, ritenendola fisiologica quando invece avvenga in quello penale»], tanto da indurre la dottrina a ritenere che «l'inafferrabile principio che impone una totale simbiosi tra i procedimenti non può comunque espandere i propri effetti nel nostro ordinamento» [BIN (2020), p. 120].

⁸⁷ Come osserva RUGGIERO (2022), p. 110, «anche nell'ottica dell'art. 4 Prot. 7, il fine del *ne bis in idem* è quello di non sottoporre un individuo a doppio procedimento, e non quello di assicurargli una pena congrua perché proporzionata».

rio rispetto agli altri e la sotterranea tendenza a ravvisare l'esigenza da salvaguardare proprio nell'evitare eccessi punitivi sono tutti fattori che hanno contribuito, nel sistema interno, all'indomani del *revirement* sovranazionale, a enfatizzare la vocazione "sostanziale" del principio espresso a livello europeo.

In tal senso si è, *in primis*, espressa la Corte costituzionale, escludendo la possibilità di «continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché *criterio eminente* per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata»; sicché, ciò che il divieto «ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato *impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate*»⁸⁸. La prospettiva è stata avallata dalla giurisprudenza di legittimità, che ha negato ogni patologia qualora «le sanzioni penale e amministrativa complessivamente irrogate rispettino il principio di proporzionalità»⁸⁹.

Il che ha radicato l'idea di una brusca virata verso la logica sottesa al *ne bis in idem* sostanziale⁹⁰, rispetto al quale il rimedio processuale svolgerebbe una sorta di «funzione ancillare», nel quadro di un «singolare fenomeno di eterogenesi dello strumento»⁹¹, divenendone «una sorta di pleonastica appendice»⁹².

La conclusione, tuttavia, si è, da subito, palesata poco aderente al successivo corso della giurisprudenza europea⁹³, dal quale emerge un impiego "paritetico" degli indici conati in *A. e B. c. Norvegia*: la mancanza di connessione temporale, coordinamento probatorio o complementarietà teleologica è, spesso, risultata decisiva ai fini del riscontro della violazione, a prescindere dal vaglio di congruità della risposta punitiva⁹⁴.

Che quest'ultimo sia solo uno degli ingranaggi del *test* – e non identifichi, di per sé, il valore dal tutelare – si ricava, altresì, dalla pronuncia *Di Puma e Zecca* della Corte di giustizia che, in un caso non coinvolgente problematiche afferenti all'entità della "pena", ha ritenuto in conflitto con l'art. 50 CDFUE, in quanto sproporzionata rispetto al fine perseguito (tutela degli interessi finanziari dell'Unione)⁹⁵, la «prosecuzione» di un procedimento teso a irrogare una sanzione pecuniaria sostanzialmente penale in tema di abusi di mercato una volta divenuta definitiva la sentenza assolutoria, vincolante nel giudizio amministrativo, dichiarativa dell'insussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito⁹⁶. Nel tradurre l'assunto, la Suprema Corte ha desunto dal valore *extra*-penale del proscioglimento di merito (art. 654 c.p.p.) il ben più pregnante effetto preclusivo da *bis in idem*⁹⁷, idoneo a paralizzare l'accertamento dei medesimi fatti nella differente sede⁹⁸.

⁸⁸ Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, in *Giur. cost.*, 2018, p. 510 (*corsivo aggiunto*).

⁸⁹ Così Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in *CED Cass.*, n. 274179. Come osservato in dottrina, «seguendo tale logica, tutte le previsioni di doppio binario punitivo presenti nel nostro ordinamento potrebbero essere riportate a legittimità nella misura in cui solo si garantisce al giudice del secondo procedimento punitivo il potere di svolgere una valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio e di applicare solo ed eventualmente il *surplus* di penalità che ritenga ancora necessario in quanto comunque proporzionato al disvalore del fatto illecito» [SCOLETTA (2022), § 5]. Se ne è ricavato che «il *ne bis in idem* applicato ai doppi binari non è più sinonimo di preclusione di un nuovo accertamento, ma acquisisce questo peculiare significato di garanzia di proporzione della complessiva sanzione, che tuttavia potrebbe tradursi in una decisione di non doversi procedere se il giudice del secondo accertamento dovesse rilevare che la carica offensiva del fatto è stata neutralizzata dalla prima sanzione» [così, in senso critico, RUGGIERO (2022), p. 133].

⁹⁰ Come rileva BONZANO (2022), p. 58, il diritto vivente ha determinato la «preminenza del criterio della proporzione della risposta sanzionatoria complessivamente considerata, con ciò spostando dal piano processuale a quello sostanziale l'operatività del divieto di *bis in idem*: il principio non si attegna come divieto di doppio processo, ma come canone di proporzionalità della reazione punitiva alla gravità del fatto».

⁹¹ Lo rileva, in questi termini, TRIPODI (2022), p. 179.

⁹² BASILE (2019), p. 141.

⁹³ A partire da Corte EDU, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, § 51 ss.

⁹⁴ Per i necessari approfondimenti, v. PROCACCINO (2022), p. 291 ss.; TRIPODI (2022), p. 140 ss.

⁹⁵ Chiaramente, qui, la proporzionalità viene in rilievo non già in chiave *stricto sensu* sanzionatoria, bensì quale principio generale, «funzionale ad assicurare che lo Stato, là dove limiti diritti e interessi privati, intervenga nella misura meno intrusiva possibile», sicché «se il giudice penale assolve, è necessario evitare che una prosecuzione dell'accertamento da parte di autorità diverse per il medesimo fatto si risolva in una illegittima prevaricazione dello Stato nei confronti dell'individuo» [così RUGGIERO (2022), p. 197].

⁹⁶ Corte Giust. UE, Grande Sez., 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, §§ 42-45.

⁹⁷ In realtà, come osservato da RUGGIERO (2022), p. 169, che critica *in parte qua* l'apparato motivativo della sentenza sovranazionale *Di Puma e Zecca*, «*ne bis in idem* e art. 654 c.p.p. riguardano profili diversi, non sovrapponibili: se si ravvisano i presupposti per l'operatività del primo, non vi è spazio alcuno per l'applicazione del secondo».

⁹⁸ Cass. civ., Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31632, in *CED Cass.*, n. 651762, in cui si osserva che, «in presenza di una sentenza penale definitiva di assoluzione "perché il fatto non sussiste", la portata precettiva dell'art. 50 CDFUE non patisce alcuna limitazione ai sensi dell'art. 52 della stessa Carta e ciò consente il pieno dispiegarsi del divieto di perseguire [...] in sede amministrativa fatti già giudicati in sede penale»; da ciò se ne è tratta «l'impossibilità di proseguire l'accertamento dell'illecito amministrativo configurato dagli stessi fatti storici giudicati (e ritenuti insussistenti) in sede penale; impossibilità che impone l'arresto del procedimento amministrativo (e di quello giudiziario di opposizione alla sanzione amministrativa) prima dell'accertamento definitivo dell'illecito e dell'applicazione della relativa sanzione». Negli stessi termini, più

Analogo epilogo è stato raggiunto, nell'ambito del doppio binario in tema di aiuti europei al settore agricolo, valorizzando la necessità di coordinamento probatorio (oltre che di connessione cronologica) tra i procedimenti: i giudici di legittimità hanno collegato la diretta operatività dell'art. 50 CDFUE al provvedimento archiviativo reso in sede penale – privo, come tale, di efficacia di giudicato – che aveva escluso «la sussistenza dei presupposti di fatto del reato e, quindi, della sanzione amministrativa ad esso strettamente connessa nella sostanza», con conseguente annullamento senza rinvio dell'ordinanza-ingiunzione opposta⁹⁹.

Riprova di come fattore dirimente non sia l'assenza di cumulo sanzionatorio si rinviene, peraltro, nel settore tributario, in cui, all'enunciazione del principio di specialità (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 74/2000), che, almeno in linea teorica, sottrae la materia alle istanze sottese al *ne bis in idem* sostanziale, fa da contraltare l'impiego della logica *bi-procedimentale*: vicenda amministrativa e penale sorgono e proseguono autonomamente (art. 20, comma 1, d.lgs. n. 74/2000)¹⁰⁰; l'ufficio competente irroga la sanzione pecuniaria anche per fatti oggetto di *notitia criminis* (art. 21, comma 1, d.lgs. n. 74/2000); tale sanzione non è, però, eseguibile¹⁰¹, «salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione, sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto» (art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74/2000)¹⁰².

Il congegno, reputato in rotta di collisione con i dettami europei¹⁰³, seppur mai censurato a livello pretorio, è stato implementato dal legislatore con l'apprestamento, accanto agli esistenti (*ma flebili*) meccanismi di collegamento temporale¹⁰⁴, di specifici moduli di coordinamento probatorio¹⁰⁵: l'efficacia di giudicato nel processo tributario della sentenza dibattimentale di assoluzione perché il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto (art. 21-*bis* d.lgs. n. 74/2000)¹⁰⁶, da cui, mutuando gli orientamenti sopra esposti, potrebbe derivare l'improcedibilità dell'*iter* "amministrativo" ancora in essere¹⁰⁷; la valenza probatoria, nella verifica del reato,

di recente, Cass. civ., Sez. II, 20 dicembre 2024, n. 33657, *ivi*, n. 673472.

⁹⁹ Si tratta di Cass. civ., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 34637, in *CED Cass.*, n. 669675.

¹⁰⁰ Collega all'introduzione della prova testimoniale nel rito tributario (art. 4, comma 1, lett. c, legge n. 130/2022) la possibilità di ricorrere, nelle more dell'accertamento *extra-penale* e qualora quest'ultimo sia necessario per «decidere sull'esistenza del reato», alla sospensione del processo penale *ex art.* 479 c.p.p., BISCARDI (2024), p. 179.

¹⁰¹ Come osservato in dottrina, tale non eseguibilità postula l'esistenza del rapporto di specialità tra le due fattispecie *ex art.* 19 d.lgs. n. 74/2000, sovente escluso da radicate prassi giurisprudenziali, in specie in tema di omesso versamento di Iva e di ritenute [cfr., *ex multis*, RAFARACI (2021), p. 203]. Nel senso, invece, della necessità che il giudice nazionale proceda a un'interpretazione conforme dell'art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000, attribuendo al principio di specialità un significato ampio e, cioè, comprensivo anche delle ipotesi di concorso di norme che si pongono, come quelle in materia di omesso versamento, in rapporto di progressione illecita, v. SCOLETTA (2019), p. 2657.

¹⁰² È questa la formulazione dell'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74/2000, risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 87/2024, modifiche che, tuttavia, non sembrano alterare il significato della norma. Come chiarito da Cass. civ., Sez. trib., 8 ottobre 2020, n. 21694, in *Riv. dott. comm.*, 2020, p. 673, solo se la sentenza penale definitiva è di condanna la sanzione amministrativa resta definitivamente inesequibile; se, invece, è favorevole al contribuente la sanzione diviene eseguibile solamente se il procedimento penale è definito «con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto», il che richiede che il fatto sussista, ma ne manchi la rilevanza penale (come potrebbe avvenire in caso di assoluzione per mancato superamento della soglia di punibilità); di conseguenza, unicamente l'esclusione del fatto naturalisticamente inteso, in relazione agli elementi costitutivi vuoi dell'illecito amministrativo vuoi di quello penale, determina l'ineseguibilità definitiva della sanzione.

¹⁰³ Cfr., *ex multis*, BISCARDI (2024), p. 180 ss.; MANCUSO (2016), p. 540 ss.; RAFARACI (2021), p. 201 ss.; TRIPODI (2019), p. 58 ss.

¹⁰⁴ Li passa analiticamente in rassegna Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, in *Cass. pen.*, 2020, p. 588. Va, al riguardo, evidenziato che il d.lgs. n. 87/2024 ha inserito nell'art. 129 disp. att. c.p.p. un comma 3-*quater* a tenore del quale «quando esercita l'azione penale per i delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, il pubblico ministero informa la competente direzione provinciale dell'Agenzia delle entrate, dando notizia della imputazione». Un nuovo comma, volto a imporre all'Agenzia delle entrate di rispondere, trasmettendo senza ritardo l'attestazione relativa allo stato di definizione della violazione tributaria, è stato inserito negli artt. 32 d.P.R. n. 600/1973 e 51 d.P.R. n. 633/1972.

¹⁰⁵ Che si aggiungono alle disposizioni che consentono forme di circolazione del materiale probatorio dall'indagine penale all'accertamento tributario e viceversa; al riguardo, per un'analisi della prassi interpretativa prima della riforma del 2024, v. GALANTINI (2022), p. 999 ss.

¹⁰⁶ Analoga efficacia non è stata accordata, invece, alla pronuncia assolutoria resa all'esito del giudizio abbreviato. Sebbene in linea con quanto previsto dall'art. 654 c.p.p., siffatta esclusione non pare sorretta da adeguata giustificazione, se si considera che, ai sensi del novello art. 21-*bis* d.lgs. n. 74/2000, rilevano solo le assoluzioni con formula piena (e non anche le sentenze di condanna, come nell'art. 654 c.p.p.) e che la *ratio* è assicurare il «coordinamento probatorio» preteso dalla giurisprudenza sovranazionale. In dottrina, peraltro, è stata criticata pure la mancata inclusione, nel raggio operativo della norma, del provvedimento di archiviazione «basato su valutazioni di insussistenza dei presupposti dell'azione e/o della inidoneità del materiale probatorio per il sostenimento del processo» [così SALVATI (2024), p. 545 ss.].

¹⁰⁷ Tale improcedibilità era stata esclusa proprio alla luce della ritenuta inapplicabilità dell'art. 654 c.p.p. (cfr. Cass. civ., Sez. trib., 8 ottobre 2020, n. 21694, cit.). Diversamente, la giurisprudenza tributaria di merito aveva ritenuto che «a seguito delle novità introdotte dalla legge n. 130/2022, la sentenza penale irrevocabile assume efficacia vincolante e opera automaticamente nel processo tributario» (Corte giust. trib. Puglia, 21 agosto 2023, n. 2445). Nel medesimo senso, in dottrina, BISCARDI (2024), p. 171 ss. Già prima della novella del 2022, RUGGIERO (2022), p. 184 ss. aveva sostenuto che «una assoluzione definitiva perché il fatto non sussiste de[ve] precludere un nuovo accertamento ovvero determinare l'annullamento della sanzione che sia stata già applicata, quando – ovviamente – risulti constatata l'identità del fatto, che del *ne bis in idem* è il presupposto»; in effetti, siccome la sentenza assolutoria che esclude l'esistenza del fatto materiale (e non la mera rilevanza penale, come nel caso del mancato superamento della soglia di punibilità) rende inesequibile la sanzione tributaria già irrogata, a maggior ragione «dovrebbe rendere improcedibile il procedimento tributario che ancora non fosse ancora arrivato alla applicazione della sanzione». Occorre,

delle pronunce irrevocabili rese nel processo tributario e degli atti di definitivo accertamento (anche per adesione) delle imposte (art. 20, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 74/2000), attraverso una regola che, rettamente intesa, dovrebbe fungere da mero limite all'autonomia valutativa *in malam partem* del giudice penale rispetto a esiti più favorevoli raggiunti *aliunde*¹⁰⁸, inidoneo, come tale, a surrogare la necessità di un giudizio rispettoso del contraddittorio per la prova¹⁰⁹. A ciò si aggiunge l'inserimento di una clausola compensatoria finale (art. 21-*ter* d.lgs. n. 74/2000), destinata a operare – è da ritenersi – quando la sanzione tributaria sia stata già eseguita¹¹⁰ o allorché il meccanismo di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74/2000 sia reso inoperante dalla ritenuta insussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie¹¹¹.

Dal disegno¹¹², per quanto ancora insoddisfacente rispetto all'obiettivo perseguito¹¹³, traspare come il pregiudizio individuale scaturente dall'assoggettamento al procedimento *in idem* rilevi ancor prima (e indipendentemente) dell'eventuale *duplíciter* punitivo. Di qui, l'insufficienza di ogni approccio volto a esaurire le criticità dei doppi binari sul versante della proporzionalità, attraverso l'impiego di valvole di scorporo della pena già irrogata, alla stregua di quelle previste dall'art. 187-*terdecies* TUIF o, in materia di tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, dall'art. 1, comma 7, legge n. 6/2024; quest'ultima, tra l'altro, non accompagnata dalle ulteriori forme connettive che caratterizzano la disciplina degli abusi di mercato¹¹⁴.

Proficuo è, allora, ai fini di un corretto inquadramento del tema, richiamare il tradizionale distinguo che, sul terreno della teoria generale del diritto, si fa tra regole e principi: le prime sono applicabili nella forma del “tutto o niente”, mentre i secondi ammettono applicazioni graduate nella forma del “più o meno”¹¹⁵. Ebbene, se quella codificata nell'art. 649 c.p.p. è indiscutibilmente una regola – riferibile, nella sua portata, ai soli procedimenti *stritico sensu* penali – il divieto di *bis in idem* è, invece, un principio generale del sistema, suscettibile di manifestarsi con morfologia diversa e assumere distinti gradi di intensità¹¹⁶.

Adottando siffatta chiave di lettura, evidente risulta come alla base dei requisiti della connessione sostanziale e temporale, per quanto fluidi, malleabili e manipolabili, come tutti i prodotti del diritto vivente, vi sia la necessità di assicurare al soggetto di non essere esposto

tuttavia, evidenziare che il nuovo art. 21-*bis* d.lgs. n. 74/2000 ha, da subito, suscitato esegesi contrastanti, rendendo necessaria l'investitura delle Sezioni Unite in ordine alla sua portata operativa (se comprende, cioè, anche il rapporto impositivo o la sola parte sanzionatoria) e all'applicabilità all'ipotesi di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p. (cfr. Cass. civ., Sez. trib., ord. 4 marzo 2025, n. 5714). In argomento, v. KOSTNER (2025), p. 1 ss.

¹⁰⁸ Già in passato, in giurisprudenza, si è affermato che, in tema di reati tributari, il giudice non è vincolato all'imposta risultante a seguito dell'accertamento con adesione o del concordato fiscale «anche se, per potersi discostare dal dato quantitativo convenzionalmente accertato e tener invece conto dell'iniziale pretesa tributaria dell'Erario, occorre che risultino concreti elementi di fatto che rendano maggiormente attendibile l'originaria quantificazione dell'imposta dovuta» (tra le altre, Cass., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 29091, in *CED Cass.*, n. 276756).

¹⁰⁹ In realtà, la previsione, a differenza dell'art. 238-*bis* c.p.p., non richiama il criterio valutativo di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p., aprendo le porte a esegesi suscettibili di riconoscere alle sentenze tributarie e, addirittura, agli atti di accertamento definitivi una valenza probatoria superiore a quella che la norma codicistica riserva alle pronunce penali irrevocabili rese in altro giudizio. Siccome, tuttavia, non pare essere questa l'*intentio legis*, trattandosi di *novum* volto a salvaguardare il *ne bis in idem* europeo, la norma andrebbe intesa in senso restrittivo, come mero limite all'autonomia valutativa *in peius* e non già come meccanismo elusivo del contraddittorio per la prova. Del resto, secondo la giurisprudenza di legittimità, «ai fini della dimostrazione dell'illecito tributario, il giudice penale deve utilizzare gli strumenti posti a sua disposizione dal codice di rito e, soprattutto, deve adottare il criterio di giudizio dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio” che costituisce il corollario della presunzione di innocenza costituzionalmente imposto dall'art. 27, comma 2, Cost.: il giudice penale, quindi, non può fare ricorso alle presunzioni tributarie semplici che, comportando l'inversione dell'onere della prova, sovvertono in radice il principio della presunzione di innocenza dell'imputato» (Cass., Sez. III, 4 luglio 2023, n. 44170, in *Giuda dir.*, 2023, n. 49).

¹¹⁰ Si pensi all'ipotesi in cui il contribuente abbia scelto di pagare volontariamente il debito tributario, comprensivo della sanzione.

¹¹¹ Cfr., al riguardo, TRIPODI (2022), p. 264, il quale, già prima della riforma, riconosceva che in tale «ipotesi, il giudice, per uniformarsi alle prescrizioni europee, dovrà tener conto, in sede di commisurazione della sanzione, di quella già inflitta»; è il caso degli «illeciti (penali e amministrativi) di omesso versamento, con riferimento ai quali le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno ammesso il concorso formale». Sulla necessità, in questi casi, di un meccanismo compensativo si era già espressa Cass., Sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, in *CED Cass.*, n. 282799.

¹¹² Va segnalato che, in attuazione dell'art. 21, comma 1, della legge delega 9 agosto 2023, n. 111, l'intera disciplina dei rapporti tra procedimento penale e tributario è stata riversata negli artt. 94-98 d.lgs. 5 novembre 2024, n. 173 (recante “Testo unico delle sanzioni tributarie amministrative e penali”) e negli artt. 119 e 124 d.lgs. 14 novembre 2024, n. 175 (recante “Testo unico della giustizia tributaria”), destinati ad applicarsi a decorrere dal 1° gennaio 2026.

¹¹³ Cfr. GIOVANARDI (2024), § 5, secondo cui la nuova normativa appare distante dall'obiettivo di realizzare l'intento della legge delega di «razionalizzare il sistema sanzionatorio amministrativo e penale, anche attraverso una maggiore integrazione tra i diversi tipi di sanzione, ai fini del completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*» (art. 20, comma 1, lett. a, n. 1, legge n. 111/2023). Sul tema v., *ex multis*, BORGIA (2024); FLORA (2024); GIOVANNINI (2024); SABBATINI (2024); SCANU (2024).

¹¹⁴ Cfr. CARRARO (2024), p. 27.

¹¹⁵ DWORKIN (1982), p. 93.

¹¹⁶ In tal senso, sia consentito il rinvio a TROISI (2006), p. 732. Si pensi, del resto, alle diverse fattezze che il principio assume ove collegato a provvedimenti *rebus sic stantibus*, quali archiviazione, sentenza di non luogo a procedere e ordinanze cautelari [v., al riguardo, BISCARDI (2021), p. 157 ss.], o al fenomeno della litispendenza [di recente, BONTEMPELLI (2021), p. 131 ss.].

indefinitamente a procedimenti punitivi per lo stesso fatto. Essi, dunque, condividono la medesima matrice assiologica sottesa alla preclusione da giudicato penale¹¹⁷, che, ove rapportata ai doppi binari, si traduce in canoni operativi differenti: non basta più la sola identità di fatto e persona, ma, altresì, la carenza di forme di coordinamento, secondo il *close connection test* di fattura convenzionale.

Ma che l'obiettivo sia salvaguardare il diritto alla singolarità della persecuzione – seppur intesa come assoggettamento a un procedimento solo *sostanzialmente* (e non anche *formalmente*) unico (rilevando, in quest'ottica, pure la complessiva equità della reazione ordinamentale) – non è seriamente revocabile in dubbio.

7.

La riaffermata dimensione processuale.

Segnali di un mutato approccio giurisprudenziale alla materia trasparivano già dalla pronuncia costituzionale n. 145/2020, nella cui trama, pur escludendo a monte il rischio di *bis in idem* per effetto della ritenuta non applicabilità della fattispecie amministrativa censurata (art. 709-ter c.p.c., ora art. 473-bis.39 c.p.c.) in caso di mancato pagamento dell'assegno di mantenimento (per il quale era intervenuta condanna ai sensi dell'art. 570 c.p.), la Corte procedeva, nondimeno, a eseguire (con esito negativo) il *test* convenzionale, rimarcando che «la rilevata assenza di una stretta connessione tra le sanzioni penale e “amministrativa” [non] pot[eva] essere superata dalla sola possibilità di comminare un trattamento sanzionatorio complessivo proporzionale alla gravità del fatto», in quanto quest'ultimo «non può rappresentare l'unica ragione giustificatrice, in assenza di una stretta connessione sotto il profilo sostanziale, della duplice repressione di un medesimo fatto»¹¹⁸.

L'argomentare, per quanto significativo, che non ha reso meno “inattesa”¹¹⁹ la svolta realizzata dalla successiva sentenza n. 149/2022, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non vieta l'avvio del giudizio penale per il reato di cui all'art. 171-ter legge n. 633/1941 nei confronti di un imputato che sia stato, per il medesimo fatto, già sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge¹²⁰.

Nonostante assuma carattere *narrow*, in quanto ritagliato sul caso di specie (doppio binario in tema di diritto d'autore e perfezionarsi del giudicato amministrativo prima di quello penale)¹²¹, il *dictum* segna, indiscutibilmente, un nuovo approdo, di merito e di metodo.

Di *merito*, perché chiarisce definitivamente che la disamina va condotta alla luce di tutti gli indici connettivi e non della sola proporzionalità; sicché, la compensazione sanzionatoria è da sola insufficiente a evitare che la garanzia convenzionale sia infranta¹²². Campeggia nel percorso motivativo – come scolpito nella roccia – il riconoscimento dell'obiettivo di «tutelare l'imputato non solo contro la prospettiva dell'infissione di una seconda pena, ma ancor prima contro la *prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto*: e ciò a prescindere dall'esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un'assoluzione»; la *ratio* è, dunque, «evitare l'ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo

¹¹⁷ Di diverso avviso è, invece, BIN (2020), p. 126 ss., secondo cui «ciascuno dei parametri che le Corti europee utilizzano per vagliare la legittimità di un particolare sistema a doppio binario cumulativo rappresenta l'incarnazione di principio autonomo rispetto al *ne bis in idem* e già cristallizzato come diritto fondamentale anche nelle Carte dei diritti», sicché il *ne bis in idem* europeo «risulta svuotato di contenuti assiologici, perché non costituisce in effetti un principio, ma soltanto un “tipo di regola”, nella quale possono tradursi principi diversi».

¹¹⁸ Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1674 (*corsivo aggiunto*), in cui si evidenzia, altresì, come «la possibilità di irrogare una sanzione proporzionata costituisca un *posterius* rispetto alla valutazione in ordine alla connessione stretta tra diverse sanzioni per lo stesso fatto». Cfr., al riguardo, le considerazioni di LAVARINI (2022), p. 1568, la quale ravvisa «in questo sforzo motivazionale, certamente sovradimensionato rispetto all'esigenza di fondare il dispositivo», un «primo segnale di un mutato atteggiamento della Corte, volto a recuperare al *ne bis in idem* “esteso” una dimensione più strettamente processuale».

¹¹⁹ La qualifica un «un cambio di rotta» rispetto al precedente del 2018, SCOLETTA (2022), § 4.

¹²⁰ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1554.

¹²¹ La Corte ha, infatti, confinato la questione sollevata – volta a censurare l'art. 649 c.p.p. con riferimento a tutti i casi in cui, con riguardo ad uno stesso fatto, «sia stata già irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della [CEDU] e dei relativi protocolli» – all'ipotesi in cui l'imputato di uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa per il medesimo fatto ai sensi dell'art. 174-bis della medesima legge» (§ 4 cons. in dir.).

¹²² Come evidenziato da SCOLETTA (2022), § 5, la Corte ha preso le distanze dalla «tendenza riduttiva della garanzia, dimostrando la limitatezza di tale approccio: la proporzionalità è solo “uno” degli indici che può essere valorizzato al fine di valutare il carattere integrato di un doppio binario sanzionatorio (la *close connection in substance*), *ex se* autonomamente idoneo a legittimare i cumuli di procedimenti punitivi sullo stesso fatto illecito».

in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»¹²³.

Di *metodo*, perché sottrae il vaglio ad apprezzamenti casistici, rimessi alla discrezionalità del giudice comune e inidonei a fornire alla prerogativa soggettiva «una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento»¹²⁴. È alla Corte che va, in quest'ottica, riservato – preferendo, pure nelle materie unionali, l'incidente di costituzionalità all'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE – il compito di eseguire il *test*, una volta per tutte, a livello normativo; ove constatati che la legge non assicuri la *close connection*, il rimedio, offerto attraverso l'intervento additivo, è quello dell'art. 649 c.p.p.¹²⁵; opera, quindi, un divieto procedurale, che impedisce l'avvio o il prosieguo della seconda vicenda, al fine di salvaguardare il diritto fondamentale alla singolarità della persecuzione.

Indubbia è, pertanto, la portata del *decisum*, che ha recuperato la dimensione processuale del principio, frettolosamente svalutata dal diritto vivente interno¹²⁶.

L'impianto risulta avvalorato anche da un successivo arresto. Implicata era una previsione regionale siciliana dettata per sanzionare con un importo pecuniario (peraltro, di modestissima entità) talune condotte contro gli animali riconducibili a specifiche fattispecie incriminatrici (artt. 544-ter e 727 c.p.). Il Giudice delle leggi ha reputato la norma in contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., in quanto lesiva della competenza statale a regolare la prevalenza delle norme penali sulle sanzioni amministrative regionali (art. 9, comma 2, legge n. 689/1981). Ma, come avvenuto con la sentenza n. 145/2020, non ha esaurito qui il suo incedere, rimarcando che la declaratoria s'imponesse, vieppiù, «in un contesto ordinamentale come quello odierno, nel quale le esigenze di tutela del diritto al *ne bis in idem*», fondate «sulla Costituzione così come sulle norme internazionali e del diritto dell'Unione europea vincolanti per il nostro Paese», rischierebbero di «paralizzare la stessa azione penale», qualora la «sanzione amministrativa preceda [il] procedimento penale»¹²⁷.

Chiaro è il messaggio: se il doppio binario non è costruito secondo i canoni euro-convenzionali, allora subentra il diritto individuale a non subire un secondo processo *in idem*, anche a costo di rendere improcedibile la pretesa penale.

8. Questioni aperte.

Se il nuovo corso getta finalmente luce su quale sia il valore da tutelare (diritto alla singolarità della persecuzione) e il relativo rimedio (improcedibilità della vicenda *in idem*), molteplici sono le questioni che restano aperte.

In primis, la soluzione di estendere, attraverso future pronunce additive, l'ambito applicativo dell'art. 649 c.p.p. «non copre l'eventualità in cui sia il giudicato penale a precedere quello amministrativo-punitivo»¹²⁸; in siffatta ipotesi, il meccanismo andrebbe innestato *ex novo* nella disciplina dell'illecito *extra-penale*¹²⁹.

Problematiche peculiari pone, poi, l'evenienza in cui la violazione sia contingente, si materializzi, cioè, nonostante una normativa allineata alla *close connection*. La costante resistenza manifestata dalla Corte a declaratorie volte a generalizzare il congegno pone il quesito inerente alla tipologia di intervento manipolativo praticabile attraverso il giudizio di costituzionalità¹³⁰. Peraltro, sebbene nelle materie unionali ben potrebbe ricorrersi alla disapplicazione

¹²³ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.1.1 cons. in dir. (*corsivo aggiunto*). La dottrina ha attribuito a tale passaggio «il merito di restituire il *ne bis in idem* al suo rango di diritto fondamentale della persona, per sua natura suscettibile di temperamenti solo in forza di cogenti interessi superiori. Il ripristino della dimensione processuale del divieto implica dunque una netta presa di distanza dalla sua trasformazione in una sorta di direttiva attinente alla “giustizia” del processo e della pena» [SEMINARA (2022), p. 1393].

¹²⁴ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 2.2.2 cons. in dir.

¹²⁵ Cfr. TRIPODI (2022), p. 252, il quale evidenzia come «la Corte costituzionale abbia inteso promuovere una politica decisa di accentramento del sindacato di *ne bis in idem*. Il giudice delle leggi, infatti, si è introdotto nel laboratorio del *test* e infine ha allineato l'art. 649 c.p.p. alla garanzia di derivazione europea senza tuttavia consegnarlo, così come riletto, una volta per tutte nelle mani del giudice comune».

¹²⁶ In dottrina v., in tal senso, seppur con diversi accenti, CHIANELLO (2022), p. 3384; DELLA VALENTINA (2022), p. 231; LAVARINI (2022), p. 1571; PEPE (2022), p. 1580; PROCACCINO (2022), p. 387 ss.

¹²⁷ Così, in parte motiva, Corte cost., 15 giugno 2023, n. 121, *Giur. cost.*, 2023, p. 1380, § 5.2 cons. in dir.

¹²⁸ LAVARINI (2022), p. 1574. Lo evidenzia la stessa sentenza al § 7 cons. in dir.

¹²⁹ Come osserva BISCARDI (2024), p. 182, non vi è, comunque, «spazio logico e giuridico per sostenere in quest'ultima ipotesi una soluzione difforme», anzi, il caso oggetto della declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 149/2022 «pare più “insidioso” dell'altro: se il *prius* è la pronuncia (o il provvedimento) amministrativo, l'“abdicazione” in sede processuale penale potrebbe persino urtare con l'art. 112 Cost.».

¹³⁰ Ad avviso di TRIPODI (2022), pp. 278-279, «quando l'elemento di *dis*-connessione fondativo della richiesta del rimettente risulti collegato esclusivamente allo sviluppo della concreta vicenda, ossia allorché il rischio di violazione della garanzia emerge dal singolo caso, la necessaria

della norma interna in conflitto con l'art. 50 CDFUE¹³¹, lo sbocco – praticato in giurisprudenza¹³², ma “osteggiato”, come detto, dal Giudice delle leggi¹³³ – presenta vistose controindicazioni quando a concludersi per primo sia il procedimento amministrativo: subordinare la procedibilità penale a verifiche guidate da parametri non rigorosamente codificati palesa frizioni con gli artt. 3, 25 e 112 Cost.¹³⁴; permettere a un'autorità amministrativa, priva delle garanzie di indipendenza “rinforzate” assegnate al pubblico ministero, di “bloccare” l'iniziativa penale «rischia di incrinare addirittura la separazione fra i poteri dello Stato»¹³⁵; senza considerare che «l'imputato si troverebbe sanzionato – una volta per tutte – senza aver goduto delle maggiori garanzie difensive “penalistiche”, la cui estensione alla *matière pénale* sostanzialmente intesa è ancora limitata»¹³⁶.

Interrogativi sorgono, inoltre, sulla valenza che decisioni liberatorie assumono ai fini del *ne bis in idem* “esteso”. Gli argomenti spesi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Di Puma e Zecca*¹³⁷ consentono, senz'altro, di annettere al giudicato assolutorio per “insussistenza del fatto” o per “non aver commesso il fatto” – o a epiloghi allo stesso equiparabili¹³⁸ – un automatico effetto preclusivo, trattandosi di formule idonee a rendere sproporzionato e, dunque, «ingiustificabile un nuovo accertamento»¹³⁹; il che dovrebbe valere anche fuori dai confini del diritto dell'Unione¹⁴⁰. Esiti difformi raggiunti in sede amministrativa sarebbero, comunque, indice di carenza del requisito del coordinamento probatorio¹⁴¹.

L'approdo non è, invece, avvalorabile in relazione a sentenze proscioglitive di differente tenore. Ove abbiano contenuto assolutorio, arduo sarebbe, ad ogni modo, negare che l'improcedibilità consegua, quantomeno, all'eventuale fallimento del *test* di connessione (nell'ambito del quale alcun rilievo assumerebbe la proporzionalità sanzionatoria). Statuizioni di non doversi procedere, al contrario, se pacificamente rientranti nell'area di afferenza dell'art. 649 c.p.p. (al di là delle deroghe ivi espressamente contemplate), sono escluse dalla morfologia operativa degli artt. 4 Prot. 7 CEDU e 50 CDFUE, i quali pretendono, secondo l'esegesi sovranazionale, vagli di merito¹⁴²; assunto, quest'ultimo, suscettibile di depotenziare la portata della garanzia, essendo non secondari i pregiudizi che la *multiple prosecutions* produce a carico di chi abbia già subito un intero ciclo di giudizio, pur se definito in rito (con la prescrizione del reato o l'improcedibilità *ratione temporis*).

Il discorso si complica ulteriormente qualora il *prius* sia la pronuncia liberatoria adottata dall'autorità amministrativa o dal giudice civile in sede di opposizione. Postulare, qui, preclu-

rimodulazione del congegno approntato dalla Corte dovrebbe sfociare, a fronte dell'esigenza di salvaguardare il diritto fondamentale, nell'immediata e secca “concessione” dell'art. 649 c.p.p. al giudice comune; senza che la rilettura costituzionale della norma possa essere preceduta dall'effettuazione del *test* ad opera del giudice delle leggi e, conseguentemente, con effetti dell'intervento additivo limitati a *quella* specifica vicenda (cioè, non riferibili una volta per tutte a *quel* doppio binario).

¹³¹ La tesi è ben sostenuta da TRIPODI (2022), p. 255 ss. Ad avviso, invece, di PROCACCINO (2022), p. 338, la soluzione di dare diretta applicazione all'art. 50 CDFUE è «estremamente pericolosa, per l'enorme e ingestibile margine di discrezionalità e per la frammentazione casistica a cui condurrebbe», creando «l'ulteriore discriminazione per tutte quelle ipotesi eventualmente non coperte dall'ambito di applicazione del diritto eurounitario».

¹³² Cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 34637, cit.; Cass. civ., Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31632, cit.

¹³³ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 2.2.2 cons. in dir.

¹³⁴ Cfr. LAVARINI (2022), p. 1572.

¹³⁵ Così, ancora, LAVARINI (2022), p. 1574.

¹³⁶ La considerazione è sempre di LAVARINI (2022), p. 1574.

¹³⁷ *Supra*, § 6.

¹³⁸ Cfr., in questa direzione, Cass. civ., Sez. II, 19 novembre 2024, n. 29801, in *CED Cass.*, n. 673041, la quale, richiamando la giurisprudenza unionale e convenzionale, ha reputato «incompatibile col principio del *ne bis in idem* in ambito eurounitario e, in particolare, con l'art. 50 CDFUE, l'instaurazione di un procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio, o la sua prosecuzione – anche in sede di opposizione giurisdizionale – per l'illecito di cui all'art. 187-*bis* TUF, ove, con riguardo agli stessi fatti storici, la posizione dell'incolpato abbia formato oggetto di proscioglimento, in sede penale, dal delitto *ex art.* 184 TUF, con decreto di archiviazione richiesto all'esito di un'istruttoria approfondita e connotata da un'accurata valutazione, nel merito, di un complesso di indizi sufficientemente completo, valevole a rendere tale decisione equiparabile a una pronuncia assolutoria». Si tratta di epilogo già in precedenza avvalorato, sempre in tema di abusi di mercato, da C. App. Milano, Sez. I civ., 25 luglio 2023, n. 2461, in *Giur. it.*, 2023, p. 2632 ss. In dottrina cfr., al riguardo, NASCIBENE e COLOMBO (2023); NASCIBENE (2025); SALVATI (2024).

¹³⁹ È la conclusione cui giunge RUGGIERO (2022), p. 186, che la estende anche all'ipotesi in cui l'assoluzione sia stata pronunciata ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. (p. 190), nonché all'evenienza in cui sia stata disposta per la sussistenza di cause di giustificazione, considerato che, in tal caso, sarebbe elisa l'illiceità – non solo penale – del fatto (p. 198).

¹⁴⁰ Così RUGGIERO (2022), p. 185, la quale ricorda i precedenti della Corte europea relativi all'efficacia preclusiva dell'assoluzione per insussistenza del fatto a un procedimento amministrativo *in idem*. Va, in effetti, evidenziato, come, secondo gli orientamenti della Corte di Strasburgo, anche nel settore dei doppi binari l'effetto preclusivo si produce a prescindere dal tenore liberatorio o sanzionatorio della prima pronuncia (cfr. Corte EDU, 9 giugno 2016, *Sismanidis e Sitaridis c. Grecia*; Corte EDU, 30 aprile 2015, *Katetanios e a. c. Grecia*).

¹⁴¹ Lo ha riconosciuto Cass. civ., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 34637, cit., peraltro in relazione a un provvedimento di archiviazione che aveva escluso «la sussistenza dei presupposti di fatto del reato e, quindi, della sanzione amministrativa ad esso strettamente connessa nella sostanza».

¹⁴² Per un'ampia analisi del tema, v. RUGGIERO (2022), p. 199 ss.

sioni all'*iter* penale, in assenza di specifica declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. e, dunque, sulla scorta della diretta vigenza dell'art. 50 CDFUE, suscita perplessità non dissimili a quelle più sopra evocate, con particolare riferimento al pericolo che sia eluso il principio di obbligatorietà (art. 112 Cost.).

Dubbi di non agevole inquadramento sorgono, infine, nei casi di litispendenza non accompagnata da meccanismi a presidio della *close connection* o di "doppio giudicato" perfezionatosi al termine dei procedimenti *in idem*.

Quanto alla prima fattispecie, noto è come le linee ermeneutiche fiorite a livello convenzionale¹⁴³ e recepite, di riflesso, dalla prassi interna¹⁴⁴ abbiano negato, nel settore in esame, la prospettabilità di divieti alla contemporanea pendenza delle due vicende. Ne ha preso atto la stessa Corte costituzionale, rimarcando l'inidoneità della dichiarata incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. «a conferire razionalità complessiva al sistema, che consente [...] l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all'interessato dei costi personali ed economici»¹⁴⁵. Evidente è, pertanto, il vuoto di tutela¹⁴⁶.

Riguardo al secondo problema, si tende a escludere la fruibilità del disposto di cui all'art. 669 c.p.p.¹⁴⁷; sicché, in mancanza di altri strumenti, l'inosservanza del *ne bis in idem* rimane senza rimedio. La conclusione, non contestabile allorché il provvedimento da rimuovere (in quanto meno favorevole) sia quello amministrativo, non convince nell'ipotesi inversa; se, in effetti, la previsione versata nell'art. 669 c.p.p. reprime ciò che l'art. 649 c.p.p. tende a prevenire¹⁴⁸, quando a operare sia proprio quest'ultima norma, per effetto di interpolazione da parte del Giudice delle leggi (alla stregua di quanto avvenuto in tema di diritto d'autore), non si intravedono ostacoli a ricorrere, in via estensiva o analogica¹⁴⁹, per revocare la pronuncia penale, all'ingranaggio apprestato *in executivis*¹⁵⁰.

Difficile è, nondimeno, disconoscere l'estrema fluidità della materia, che si iscrive in uno scenario ricco di incertezze, disarmonie e contraddizioni, tuttora rimesso agli strali del *law in action*. Condivisibile è, perciò, l'invito rivolto al legislatore a rimeditare i «vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio»¹⁵¹, per adeguare la disciplina alla necessità, emergente dal costrutto strasburghese, di salvaguardare il diritto alla singolarità della persecuzione¹⁵². Sottesa è una considerazione di fondo: le medesime finalità – *deterrenza* e *afflizione* – non possono essere conseguite sia attraverso la strada amministrativa, perché più snella, rapida ed efficiente, che ricorrendo al diritto penale, per la maggiore forza intimidativa; o i percorsi sono integrati oppure prevale, a tutela dell'individuo dal peso di plurimi giudizi *in eadem re*, l'"antico" adagio per cui *electa una via, non datur recursus ad alteram*.

¹⁴³ Cfr. Corte EDU, 3 ottobre 2002, *Zingarella c. Italia*. In argomento, v. BONTEMPELLI (2017a), p. 208 ss.; RUGGIERO (2022), p. 109.

¹⁴⁴ V., in parte motiva, Cass., Sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, cit.

¹⁴⁵ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 7 cons. in dir.

¹⁴⁶ Come osserva BISCARDI (2024), p. 181, «la conclusione è corretta sul piano tecnico, ma "politicamente" iniqua», in quanto «se la *ratio* del *ne bis in idem* processuale è, insieme alla salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici, quella di evitare il turbamento emotivo e gli aggravati gestionali causati dalla sottoposizione a più giudizi *in eadem re*, non può negarsi che tali inconvenienti si verifichino, in forma persino accentuata, anche in caso di contestuale pendenza di più processi per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona».

¹⁴⁷ Sulla problematica v., tra gli altri, IOVINO (2023), p. 127 ss.

¹⁴⁸ BONTEMPELLI (2017a), p. 104.

¹⁴⁹ Si tratta, del resto, di soluzione già, in passato, avallata dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., Sez. I, 13 marzo 2015, n. 12590, in *CED Cass.*, n. 263195, che, in una fattispecie in cui, in relazione alla medesima infrazione al codice della strada, l'imputato aveva subito una ingiunzione prefettizia di pagamento e una più gravosa sanzione applicata con la sentenza di condanna del giudice penale, ha ritenuto che «nell'ipotesi di conflitto tra due provvedimenti sanzionatori di natura amministrativa, emessi a carico della stessa persona e per il medesimo fatto, rispettivamente dall'autorità amministrativa e dal giudice penale, ove il provvedimento giurisdizionale risulti essere maggiormente gravoso per l'entità della sanzione irrogata, il giudice, in applicazione analogica dell'art. 669, comma primo, c.p.p., ne deve ordinare la revoca, ma non può disporre l'esecuzione dell'atto amministrativo irrogativo della sanzione, esulando tale potere dall'ambito della giurisdizione attribuita dalla legge al giudice ordinario».

¹⁵⁰ Più complesso sarebbe predicare analoga soluzione in caso di applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE.

¹⁵¹ È l'auspicio formulato da Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 7 cons. in dir.

¹⁵² Occorre, in effetti, evidenziare come, negli ultimi tempi, il legislatore si stia facendo sempre più carico della problematica. Oltre alle ricordate disposizioni (*supra*, § 6) introdotte, in materia fiscale, dal d.lgs. n. 87/2024 (e, poi, confermate dai Testi unici adottati con i decreti legislativi n. 173/2025 e n. 175/2024), va segnalato, in materia di abusi di mercato, che il d.d.l. C 2240 (recante tra l'altro «conferimento della delega al Governo per la riforma organica e il riordino del sistema sanzionatorio e di tutte le procedure sanzionatorie recati dal testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998»), approvato definitivamente dalla Camera dei Deputati il 4 marzo 2025 (ma non ancora pubblicato all'atto di licenziare il presente scritto), nell'inserire un nuovo art. 19-*bis* alla legge delega n. 21/2024, prevede, tra i criteri direttivi, la «individuazione, selezione, determinazione e coordinamento delle condotte illecite e dei trattamenti sanzionatori, anche in ragione della rilevanza delle condotte e della loro continuazione, nonché distinguendo l'ambito delle sanzioni amministrative e penali sulla base del criterio di offensività» e la «individuazione dei casi di applicazione del principio del *ne bis in idem* ai fini della più adeguata valorizzazione di tale principio e, ove opportuno, individuazione delle ipotesi di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative».

Bibliografia

- AMODIO, Ennio, e DOMINIONI, Oreste (1968): “L’estradiizione e il problema del *ne bis in idem*”, *Riv. dir. matr.*, pp. 362-390
- ASTARITA, Silvia (2008): “Ne bis in idem”, *Dig. disc. pen., Agg.*, vol. IV, tomo II (Torino, Utet), pp. 733-743
- BASILE, Enrico (2019): “Il ‘doppio binario’ sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del *ne bis in idem* europeo”, *Giur. comm.*, pp. 129-141
- BIN, Ludovico (2020): “Anatomia del *ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole”, *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, pp. 98-141
- BISCARDI, Giuseppe (2021): “*Ne bis in idem* e giudicato allo stato degli atti”, in MANGIARACINA, Annalisa (eds.): *Il ne bis in idem* (Torino, Giappichelli), pp. 157-178
- BISCARDI, Giuseppe (2024): “Processo penale e testimonianza tributaria”, *Proc. pen. giust.*, pp. 171-183
- BONTEMPELLI, Manfredi (2015): “Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra *ne bis in idem* processuale e sostanziale)”, *Arch. pen.*, n. 1, pp. 115-132
- BONTEMPELLI, Manfredi (2017a): *La litispendenza penale* (Milano, Giuffrè)
- BONTEMPELLI, Manfredi (2017b): “Verso un adattamento della disciplina tributaria delle sanzioni al diritto europeo?”, *Rass. trib.*, pp. 562-577
- BONTEMPELLI, Manfredi (2021): “*Ne bis in idem* e litispendenza”, in MANGIARACINA, Annalisa (eds.): *Il ne bis in idem* (Torino, Giappichelli), pp. 131-156
- BONZANO, Carlo (2022): “*Matière pénale* e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo... o quasi”, *Dir. pen. proc.*, pp. 47-60
- BORGIA, Cesare (2024): “La proporzionalità delle sanzioni tributarie nelle linee evolutive tracciate dalla giurisprudenza europea e il ‘decreto sanzioni’ (d.lgs. n. 87/2024): l’inciamo sulla deroga al principio del *favor rei*”, *Riv. dir. trib. online*, 24 dicembre
- BUFFON, Chiara (2019): “Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio”, *Proc. pen. giust.*, pp. 526-539
- CALLARI, Francesco (2012): *La revisione* (Torino, Giappichelli)
- CAPRIOLI, Francesco, e VICOLI, Daniele (2011): *Procedura penale dell’esecuzione* (Torino, Giappichelli)
- CARNELUTTI, Francesco (1952): “Pena e processo”, *Riv. dir. proc.*, I, pp. 161-172
- CARRARA, Francesco (1911): *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VII (Firenze, Fratelli Cammelli)
- CARRARO, Luca (2024): “Tutela dei beni culturali e paesaggistici: la creazione di un (altro) doppio binario cumulativo. Considerazioni a prima lettura sulla Legge 22 gennaio 2024, n. 6”, *Arch. pen. web*, n. 1, pp. 1-33
- CASSIBBA, Fabio (2017): “*Ne bis in idem* e procedimenti paralleli”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 351-353

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

CHIOVENDA, Giuseppe (1993): “Cosa giudicata e preclusione” [1933], in *Id.*: *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III (Milano, Giuffrè), pp. 231-283

CORBI, Fabrizio (1992): *L’esecuzione nel processo penale* (Torino, Giappichelli)

CORDERO, Franco (1977): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè)

CORDERO, Franco (1985): *Riti e sapienza del diritto* (Bari, Laterza)

CORDERO, Franco (2012): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè)

D’ALESSANDRO, Francesco (2014): “Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali”, *Dir. pen. proc.*, pp. 614-631;

DALIA, Andrea Antonio (1965): “Le nuove norme sulla revisione”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 794-823

DALIA, Andrea Antonio, e DELLA MONICA, Giuseppe (2002): “Conflitti di competenza”, *Enc. giur., Agg.* (Roma, Treccani), pp. 1-21

DEAGLIO, Ludovica (2019): “Il perimetro operativo del *ne bis in idem* nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci”, *Dir. pen. proc.*, pp. 1436-1444

DE AMICIS, Gaetano (2014): “*Ne bis in idem* e ‘doppio binario’ sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza ‘Grande Stevens’ nell’ordinamento italiano”, *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 3-4, pp. 201-218

DE AMICIS, Gaetano, e GAETA, Pietro (2017): “Il confine di sabbia: la Corte edu ancora di fronte al divieto di *ne bis in idem*”, *Cass. pen.*, pp. 469-491

DELLA VALENTINA, Jacopo (2022): “Il paradigma del *ne bis in idem* tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e *overlapping protection*”, *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 3, pp. 219-239

DE LUCA, Giuseppe (1962): *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale* (Milano, Giuffrè)

DE LUCA, Giuseppe (1988): “Giudicato. II) Diritto processuale penale”, *Enc. giur.*, vol. XV (Roma-Treccani)

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

DI CHIARA, Giuseppe (2021): “Le pietre e l’arco. *Ne bis in idem*, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo”, in MANGIARACINA, Annalisa (eds.): *Il ne bis in idem* (Torino, Giappichelli), pp. 3-13

DOMINIONI, Oreste (1974): *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale* (Milano, Giuffrè, Milano)

D’ORAZI, Marco (2003): *La revisione del giudicato penale* (Padova, Cedam)

DWORKIN, Ronald (1982): *I diritti presi sul serio* (Bologna, il Mulino)

FERRUA, Paolo (2007): *Il “giusto processo”* (Bologna, Zanichelli)

FIMIANI, Pasquale (2017): “Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia”, *Dir. pen. cont.*, n. 2, pp. 5-20

FLICK, Giovanni Maria, e NAPOLEONI, Valerio (2014): “Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?”, *Riv. soc.*, pp. 953-990

FLORA, Giovanni (2024): “La riforma penale tributaria del 2024: le magnifiche sorti e progressive del pagamento postumo del debito”, *Dir. pen. economia e impresa*, n. 2, pp. 5-22

GAITO, Alfredo (2019): “La progressiva trasfigurazione del *ne bis in idem*”, *Arch. pen. web*, n. 1, pp. 1-19

GAITO, Alfredo, e RANALDI, Gianrico (2016): *Esecuzione penale* (Milano, Giuffrè)

GALANTINI, Novella (1981): “Il divieto di doppio processo come diritto della persona”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 97-121

GALANTINI, Novella (2022): “La circolazione della prova nei rapporti tra procedimento tributario e procedimento penale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 999-1013

GIACONA, Ignazio (2023): “I due *ne bis in idem*, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti”, *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 2, pp. 54-70

GIALUZ, Mitja (2005): *Il ricorso straordinario per cassazione* (Milano, Giuffrè)

GIOVANARDI, Andrea (2024): “Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario”, *Riv. dir. trib. online*, 20 aprile

GIOVANNINI, Alessandro (2024): “I nuovi principi del sistema punitivo tributario: proporzionalità e identità del fatto materiale”, *Riv. dir. trib.*, n. 4, pp. 391-416

IOVINO, Felice Pier Carlo (2023): “La risoluzione del conflitto pratico di giudicati”, in TROISI, Paolo (eds.): *Esecuzione penale e modifiche del giudicato* (Torino, Giappichelli), pp. 101-135

KALB, Luigi (1995): *Il processo per le imputazioni connesse* (Torino, Giappichelli)

KOSTNER, Alessandra (2025): “Sull’ordinanza interlocutoria per l’eventuale rinvio alle Sezioni Unite del nuovo art. 21-bis D.Lgs. n. 74/2000: prime osservazioni”, *Riv. dir. trib. online*, 20 marzo

LAVARINI, Barbara (2022): “La Corte costituzionale apre la via per l’estensione del *ne bis in idem* fuori della materia ‘formalmente’ penale”, *Proc. pen. giust.*, pp. 1563-1575

LOZZI, Gilberto (1969): “Giudicato (diritto penale)”, *Enc. dir.*, vol. XVIII (Milano, Giuffrè), pp. 912-924

LOZZI, Gilberto (2023): *Lezioni di procedura penale* (Torino, Giappichelli)

LUPÁRIA, Luca (2012): *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano* (Milano, Giuffrè)

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

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

MANCUSO, Enrico Maria (2016): “*Ne bis in idem* e giustizia sovranazionale”, in GIARDA, Angelo, PERINI, Andrea, e VARRASO, Gianluca (eds.): *La nuova giustizia penale tributaria* (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 533-554

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

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

MORELLI, Francesco (2014): *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali* (Torino, Giappichelli)

MARZADURI, Enrico (1990): “Art. 129”, in CHIAVARIO, Mario (eds.): *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II (Torino, Utet), pp. 106-126

MOSCARINI, Paolo (2005): *L’omessa valutazione della prova favorevole all’imputato* (Padova, Cedam)

NASCIMBENE, Bruno (2020): “Il divieto di *bis in idem* nella elaborazione della Corte di giustizia dell’Unione europea”, *Sist. pen.*, n. 4, pp. 95-108

NASCIMBENE, Bruno, e COLOMBO, Erika (2023): “*Ne bis in idem*: diritto fondamentale operante anche in caso di archiviazione penale”, *Giur. it.*, pp. 2634-2644

NASCIMBENE, Bruno (2025): “*Ne bis in idem*: questioni attuali alla luce dell’interpretazione della Corte di Giustizia e della Corte EDU”, *Sist. pen.*, 3 marzo

NORMANDO, Rosalba (1996): *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale* (Torino, Giappichelli)

NORMANDO, Rosalba (2009): “Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale”, in KALB, Luigi (eds.): *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere* (Torino, Utet), pp. 5-68

PAULESU, Pier Paolo (2021): “Il *ne bis in idem* processuale nell’orizzonte della CEDU: uno sguardo d’insieme”, *Riv. dir. proc.*, pp. 1197-1240

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

PISANI, Mario (2005): “Il *ne bis in idem* internazionale e il processo penale italiano”, in AA.VV.: *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I (Milano, Giuffrè), pp. 553-576

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

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

RAFARACI, Tommaso (2021): “*Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio (reati tributari)”, in MANGIARACINA, Annalisa (eds.): *Il ne bis in idem* (Torino, Giappichelli), pp. 191-204

RUGGERI, Stefano (2004): *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi* (Milano, Giuffrè)

RUGGERI, Stefano (2010), “Giudicato penale”, *Enc. dir., Annali*, vol. III (Milano, Giuffrè), pp. 433-468

- RUGGIERO, Rosa Anna (2017): “Il *ne bis in idem*: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente”, *Cass. pen.*, pp. 3809-3841
- RUGGIERO, Rosa Anna (2022): *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio* (Torino, Giappichelli)
- SABBATINI, Tommaso (2024): “La riforma dei reati tributari: appunti sul D.lgs. 87/2024”, *Giur. pen.*, n. 9, pp. 1-25
- SALVATI, Adriana (2024): “Riflessioni sulla mancata considerazione del ruolo dell’archiviazione nel decreto legislativo sulle sanzioni tributarie”, *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3, pp. 545-563
- SCALFATI, Adolfo (1995): *L’esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione* (Padova, Cedam)
- SCANU, Giuseppe (2024): “Giudicato penale e processo tributario tra standard probatori e riforma del sistema punitivo tributario”, *Riv. trim. dir. trib.*, n. 2, pp. 413-430
- SCOLETTA, Marco (2019): “Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del *ne bis in idem* europeo”, *Giur. cost.*, pp. 2608-2618
- SCOLETTA, Marco (2021): “Il principio di *ne bis in idem* e i modelli punitivi ‘a doppio binario’”, *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 4, pp. 180-204
- SCOLETTA, Marco (2022): “Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore”, *Sist. pen.*, 23 giugno
- SCOMPARIN, Laura (2008a): *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale* (Torino, Giappichelli)
- SCOMPARIN, Laura (2008b): “Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)”, *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo 2 (Milano, Giuffrè), pp. 219-252
- SILVA, Chiara (2018): *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti* (Torino, Giappichelli)
- SEMINARA, Sergio (2022): “Il divieto di *bis in idem*: un istituto inquieto”, *Dir. pen. proc.*, pp. 1381-1397
- TRIPODI, Andrea Francesco (2019): “*Ne bis in idem* e reati tributari”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA Adelmo, PAPA, Michele (eds.): *Diritto penale dell’economia* (Torino, Utet), pp. 55-78
- TRIPODI, Andrea Francesco (2022): *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell’ordinamento multilivello* (Torino, Giappichelli)
- TROISI, Paolo (2006): “La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale”, *Dir. pen. proc.*, pp. 719-732
- TROISI, Paolo (2011): *L’errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale* (Padova, Cedam)
- TROISI, Paolo (2015): “Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali”, *Dir. pen. cont.*, 2 aprile
- TROISI, Paolo (2021): “Inosservanza e rimedi”, in MANGIARACINA, Annalisa (eds.): *Il ne bis in idem* (Torino, Giappichelli), pp. 97-128

VIGANÒ, Francesco (2014): “Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)”, *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 3-4, pp. 219-238

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

VIGONI, Daniela (2009): *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva* (Milano, Giuffrè)

QUESTIONI DI PARTE GENERALE
CUESTIONES DE LA PARTE GENERAL
GENERAL PART ISSUES

- 66 **L'agente modello, alla prova della giurisprudenza**
El modelo de agente, a prueba de jurisprudencia
The Model Agent, to the Test of Jurisprudence
Gian Paolo Demuro

L'agente modello, alla prova della giurisprudenza

El modelo de agente, a prueba de jurisprudencia

The Model Agent, to the Test of Jurisprudence

GIAN PAOLO DEMURO

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

COLPA, COLPEVOLEZZA

CULPA, CULPABILIDAD

NEGLIGENCE, CULPABILITY

ABSTRACTS

L'espressione del parametro su cui valutare e misurare la condotta doverosa costituisce uno dei profili di maggiore criticità della colpa. Il saggio intende verificare come la figura dell'agente modello, impersonata dall'*homo eiusdem professionis et conditionis*, trovi applicazione nella giurisprudenza, distinguendo l'analisi tra la colpa in attività lecite e quella che si innesta in condotte illecite. L'analisi dimostra che solo quando il parametro di riferimento viene calato correttamente, con giudizio autenticamente *ex ante*, nel contesto di elementi significativi della prevedibilità in concreto, la figura è in grado di svolgere il ruolo di orientamento e di giudizio. La conciliazione applicativa, nella giurisprudenza, dei principi di legalità e di colpevolezza può trovare così ancora lo strumento più idoneo proprio nel modello di agente coscienzioso e avveduto.

La expresión del parámetro sobre el que se valora y mide la conducta obediente constituye uno de los perfiles más críticos de la culpa. El ensayo pretende comprobar cómo la figura del agente modelo (hombre ideal), encarnada por el *homo eiusdem professionis et conditionis*, encuentra aplicación en la jurisprudencia, distinguiendo el análisis entre la culpa en actividades lícitas y la que se injerta en conductas ilícitas. El análisis muestra que sólo cuando el parámetro de referencia se proyecta correctamente, con un juicio genuinamente *ex ante*, en el contexto de elementos significativos de previsibilidad en términos concretos, la figura es capaz de desempeñar el papel de orientación y juicio. La conciliación aplicativa, en la jurisprudencia, de los principios de legalidad y culpabilidad puede así encontrar todavía el instrumento más adecuado en el modelo del agente consciente y prudente.

The expression of the parameter on which to assess and measure dutiful conduct constitutes one of the most critical profiles of negligence. The essay intends to verify whether the figure of the model agent (reasonable man), impersonated by *homo eiusdem professionis et conditionis*, finds application in jurisprudence, distinguishing the analysis between negligence in lawful activities and that which is grafted onto unlawful conduct. The analysis shows that only when the reference parameter is correctly cast, with genuinely *ex ante* judgement, in the context of significant elements of foreseeability in concrete terms, is the figure capable of playing the role of guidance and judgement. The applicative reconciliation, in case law, of the principles of legality and culpability can thus still find the most suitable instrument in the model of the conscientious and prudent agent.

SOMMARIO

1. La colpa: alla ricerca di un ruolo (e di un modello). – 1.1. Il termine di confronto, guida e accertamento: l'*homo eiusdem professionis et condicionis*. – 1.2. La compatibilità con i principi costituzionali di colpevolezza e legalità. – 1.3. Le risposte della giurisprudenza, anche riguardo alla specificità-concretezza dell'evento. – 2. Il modello di agente nella giurisprudenza. – 2.1. Il riconoscimento delle Sezioni Unite. – 2.2. Un utilizzo normale e variegato. – 2.3. Le impostazioni critiche con qualche replica: dal disastro di Viareggio alla tragedia di Rigopiano. Spunti di riflessione. – 3. Il parametro di riferimento nella colpa in attività illecite. – 3.1. Le combinazioni dolo-colpa e dolo-prevedibilità in concreto. – 3.2. Quale agente modello *in re illicita*. – 3.3. Le difficoltà applicative e gli indici significativi. – 4. L'estraneità dell'agente modello al dolo. – 5. Conclusioni.

1.

La colpa: alla ricerca di un ruolo (e di un modello).

1.1.

Il termine di confronto, guida e accertamento: l'homo eiusdem professionis et condicionis.

La colpa è categoria d'impronta normativa e si concretizza in un giudizio, in un rimprovero per aver realizzato involontariamente, ma pur sempre attraverso la violazione di regole doverose di condotta, un fatto di reato che poteva essere evitato mediante l'osservanza, esigibile, di tali regole: ha bisogno di essere eterointegrata, richiede una regola cautelare che costituisca il parametro per il giudizio¹.

La colpa vive dunque in un confronto. Proprio il termine di confronto, l'espressione del parametro su cui valutare e misurare la condotta doverosa, costituisce uno dei profili di maggiore criticità della colpa, investendone la sua stessa essenza di violazione di una regola cautelare². Questa componente doverosa insita nel parametro deve essere capace di rilasciare una sufficiente forza predicativa³, e proprio la ricerca di questa attitudine è in fondo la storia dell'espressione di un modello che impersoni un'idea-guida di diligenza e prudenza⁴.

Nella ricerca di un termine di confronto per valutare la responsabilità – dato che di diligenza e prudenza non è possibile dare una definizione descrittivo-formale – "*homo eiusdem professionis et condicionis*" rappresenta la sintesi linguistica del modello che funge da parametro cogente nel giudizio sulla diligenza penalmente doverosa⁵: esso tende a contemperare l'esigenza di tutela del soggetto passivo con quella di orientamento del soggetto agente, fissando *il punto di vista* dal quale giudicare la prevedibilità e prevenibilità dell'evento dannoso. Rappresenta un concetto di relazione con duplice destinatario (e duplice funzione): l'agente reale, al quale fornisce una *regola di condotta* per orientarlo e motivarlo all'osservanza del precetto, e il giudice, al quale presenta una *regola di giudizio* che consenta di appurare l'esistenza di un fatto colposo⁶.

All'agente modello si arriva tramite un processo che parte dall'agente concreto, del quale si individuano per astrazione alcune caratteristiche capaci di rilasciare elementi di selezione

¹ BLAIOTTA (2021), p. 1281, e PIERGALLINI (2017), p. 226, per il quale il tipo colposo si presenta come "aperto", dovendo attingere altrove i contenuti specificativi del generico dovere di diligenza.

² Per la mancanza di diligenza quale fondamento della colpa, cfr. ENGISCH (1930), pp. 266 ss. Sull'evoluzione della teoria della colpa, CASTRONUOVO (2011), pp. 1616 ss. Sulla continua tensione nella colpa tra "essere" e "dover essere", GALLO (1960), pp. 636 ss. e ancora ID. (1951), p. 60, a proposito dell'essenza «normativa» della colpa, normatività intesa quale contrasto tra la condotta concretamente tenuta e la condotta rispettosa della regola cautelare che invece avrebbe dovuto essere tenuta.

³ Cfr. PIERGALLINI (2017), p. 223.

⁴ Sia consentito qui, per un approfondimento, il richiamo a DEMURO (2021), pp. 607 ss.

⁵ Dal punto di vista della linguistica e della filosofia del linguaggio, è stato osservato – BAZZANELLA-MORRA (2002), pp. 529 ss. – che simili formule racchiudono una metafora, un'espressione cioè caratterizzante un'idea la quale non può essere descritta in modo direttamente referenziale: essa consente di concettualizzare elementi dai contorni sfumati per trovare una relazione di somiglianza adeguata. In diritto – sempre da questa prospettiva linguistica – spesso ricorrono metafore per addensare concetti generali, il cui significato deve essere stabile ma non statico: si tratta di un modo insomma per vedere l'universale nel particolare. Tra i penalisti, e in particolare da parte di CAPUTO (2023), pp. 222 s., si sottolinea invece la particolare attinenza non della "metafora" ma del termine concettuale "parametro", perché esso rimonta a un criterio di misurazione e di valutazione: in statistica, traduce una grandezza che si suppone nota o conoscibile per mezzo di una stima. Così ancora l'Autore: «Si dà vita a un viaggio mentale verso un ignoto accessibile, a uno sforzo di immaginazione per appagare un bisogno di conoscenza e disporre di un criterio grazie al quale provare e valutare l'esistenza e la violazione di una regola cautelare». Vedi anche, oltre al saggio di Caputo, tra i contributi dedicati in *Criminalia* 2022 al dibattito sulle metafore antropomorfe nel diritto, PRANDI M. (2023) e COLETTI (2023).

⁶ CAPUTO (2023), p. 223.

del suo circolo sociale di appartenenza: all'esito di questo procedimento esso si distacca sia dall'agente-reale sia da una figura avvedutissima e accortissima, identificandosi piuttosto in «un soggetto ragionevole e coscienzioso, sprovvisto di una dimensione universale: per contro, una simile figura viene relativizzata, nel senso che “fotografa” il soggetto ideale appartenente ad una cerchia di attività»⁷. Rivelatasi impossibile, per l'enorme varietà di situazioni pericolose, la pretesa di commisurare *ex ante* la colpa su un agente modello unitario, una sorta di “buon padre di famiglia” o di “uomo medio”, si è dimostrato invece più adeguato quale esito del processo citato – rispetto a un prototipo statico e poco innovatore – un modello differenziabile, quale l'*homo eiusdem professionis et condicionis*, che cristallizza in una moderata generalizzazione il comportamento contrario alla diligenza⁸ e dalla cui prospettiva valutare prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Il modello dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* è poi da preferire rispetto a quello del *bonus paterfamilias* (o a quello di *common law* del *reasonable man*) per la maggiore relazione di somiglianza rispetto ai casi concreti e per il ruolo ancor più essenziale che assume il contesto nella declinazione del modello nella prassi. L'accertamento della colpa sarà dato così dal confronto tra la condotta tenuta dall'agente-reale e quella che, nella stessa situazione, avrebbe svolto l'agente-modello che svolge paradigmaticamente la stessa attività, l'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Una tale metodologia di riferimento allontana il rischio di indulgere a mere esigenze di prevenzione generale che comporterebbe un agente modello quintessenza nell'ordinamento di una pretesa massima, con la conseguenza ulteriore di confondere la colpa con il pericolo: invece, attraverso l'esistenza di diversi modelli di agente, gli *homines eiusdem condicionis et professionis*, si introduce nella colpa una dimensione soggettiva, differenziata, “umanizzante”, in grado di meglio rispondere al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale⁹.

Il modello di riferimento è indicato dal gruppo sociale o dal ruolo funzionale al quale appartiene il soggetto o che comunque viene in quel momento da lui impersonato: la *professio*, eventualmente distinta al suo interno in varie classi; la *condicio*, che dà rilievo alle condizioni ambientali, spaziali, magari anche di urgenza, in cui opera il soggetto (circostanza, situazione, stato, posizione sono le possibili traduzioni di *condicio*). La misura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* è insomma «una grandezza oggettiva, che si impone all'agente reale»¹⁰. Si tratta sì di tipi ideali, normativi, ma «sperimentati e sperimentabili»¹¹, dunque assai più realistici di un unico riferimento *ex ante*: sono le persone che davvero operano e lavorano quotidianamente – sotto gli occhi di tutti – nel settore e al livello professionale dell'agente concreto¹². Lo standard, per evitare un appiattimento, non è quello medio di condotta all'interno del circolo di rapporti e nemmeno – questa volta per evitare la paralisi di attività rischiose – quello estremo del soggetto ‘sapiantissimo ed espertissimo’, ma è costituito da un esponente coscienzioso e avveduto di ognuno di questi ambiti¹³.

Il modello di agente coscienzioso e avveduto rivela dunque la sua sintesi migliore nell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, un parametro di riferimento agile e relativo, in grado pertanto di adattarsi al contesto. Il segnale che offre, la direzione che indica, è di un approfondimento, di un riferimento a un soggetto in grado di rispondere alle istanze non solo giuridiche ma anche etiche di una società, a un agente immerso nella società in cui vive, pienamente consapevole della convivenza con i diritti di altri e del loro conseguente necessario (reciproco) rispetto. Una mediazione insomma tra gli eccessi normativi, che portano troppo in alto il livello di diligenza atteso, e quelli psicologici, che trasmodando nell'individualizzazione assoluta privano il modello della sua funzione di orientamento. Mai, inoltre, un modello di riferimento,

⁷ PIERGALLINI (2017), p. 231.

⁸ MARINUCCI (1965), pp. 193 ss., e dalla dottrina tedesca MANNHEIM (1912), pp. 42 ss. e specie p. 46: contro la misura dell'uomo medio – «un pericolo differenziato non può essere affrontato da un uomo unitario» – EXNER (1910), p. 196. Nella dottrina italiana, tra le prime altre voci a favore del modello dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, GRISPIGNI (1947), p. 105; CRESPI (1955), pp. 120 ss.; GALLO (1960), p. 639; BRICOLA (1960-1961), pp. 114 ss. Poi ancora, tra gli altri, DE FRANCESCO G.V. (1977-1978), pp. 275 ss.; FORTI (1990), pp. 237 ss.; ANGIONI (2006), pp. 1293 ss. Più recentemente, PIERGALLINI (2017), pp. 231 ss.; CAPUTO (2016), e dello stesso Autore (2023), pp. 221 ss.; PERIN (2020), pp. 70 ss. Cfr. DONINI (2013), specie pp. 148 ss. Per una generale rivisitazione, anche alla luce dell'evoluzione tecnologica, ATTILI (2006), pp. 1240 ss., e recentemente per i problemi posti dall'agente modello nelle organizzazioni complesse, ma non solo, le riflessioni di VISCONTI (2024), pp. 434 ss. Per la dottrina tedesca, una rielaborazione critica in KRÖGER (2016).

⁹ DONINI (2019), pp. 3 ss.

¹⁰ Così MARINUCCI (1965), p. 194.

¹¹ KAUFMANN (1964), p. 51.

¹² ANGIONI (2006), p. 1295.

¹³ Per questa precisazione, BURGSTALLER (1974), pp. 55 ss.; FORTI (1990), p. 237; BASILE (2012), p. 15. Così in giurisprudenza: Cass., 19.11.2015, n. 12478, in *Foro it.*, 2017, III, 2, 149. Vedi anche C. cost. 25 luglio 1996, n. 312, in *Giur. cost.*, 1996, 2581.

pure espresso in termini intermedi, è stato storicamente un invito alla mediocrità, ma sempre un'istanza rivolta alla predicabilità e predicibilità di un comportamento ottimale.

Come già affermato per il “buon padre di famiglia” nella considerazione civilistica¹⁴, anche per l'*homo eiusdem professionis et conditionis* i contenuti del criterio di diligenza vanno comunque definiti e armonizzati – e trovano legittimazione – alla luce dei fondamenti etico-sociali del nostro assetto costituzionale: il significato dell'espressione e il conseguente accertamento devono essere coerenti con i doveri di solidarietà politica, economica e sociale di cui parla la nostra Costituzione.

1.2.

La compatibilità con i principi costituzionali di colpevolezza e legalità.

Delineato il parametro anche alla luce di tali doveri costituzionali, esso da subito si è trovato a dover resistere alla prova della coerenza con il principio di colpevolezza (la personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 comma 1 Cost.). Già per i primi e autorevoli sostenitori del modello l'attenzione al principio impone di preservare alla qualifica di colpa quel minimo di aderenza alla persona dell'agente concreto che le consenta di costituire un effettivo criterio di imputazione personale¹⁵ e si è dunque sostenuto come non sia possibile fare completamente astrazione dalla persona dell'agente: «non fosse altro perché una sua particolare capacità o conoscenza, o una sua accentuata incapacità o ignoranza, possono costituire il motivo principale dell'addebito di colpa»¹⁶. Per questi motivi, se è vero che il punto di vista dal quale valutare prevedibilità ed evitabilità dell'evento non potrà mai logicamente essere quello dell'imputato, l'agente-modello non dovrà comunque allontanarsi troppo dalla persona reale di costui, che costituisce del resto il punto di partenza per il processo di identificazione del modello¹⁷.

Più delicato è stato ed è il quadro di compatibilità con il principio di legalità. Rispetto a esso si manifestano infatti, in settori della dottrina e della giurisprudenza, le maggiori perplessità. Si parte dall'affermazione (peraltro in sé generalmente condivisa) che la colpa è innanzitutto un problema di tipicità per rilevare poi come tale tipicità venga ricostruita dall'approccio tradizionale in termini non già descrittivi ma puramente ascrittivi, portando dunque all'impossibilità di stabilire in anticipo e con sufficienti margini di certezza la regola cautelare doverosa¹⁸. Si afferma dunque che l'impostazione corrente, nel ricostruire *ex post* la tipicità colposa, inclina a considerare la norma cautelare più una regola di giudizio nelle mani del giurista che una vera regola di condotta di fronte al cittadino. Oggi in realtà – si prosegue – le regole cautelari, un tempo in prevalenza di produzione sociale, presentano invece uno spiccato coefficiente di giuridicità, anche attraverso l'attività regolativa privata che segue l'attuale tendenza a standardizzare, per mezzo di procedure prudenziali, il rischio insito nelle attività pericolose: nello specifico particolarmente indicate sarebbero c.d. *best practices* collaudate e,

¹⁴ DI MAJO (1985), pp. 408 ss.

¹⁵ GALLO (1960), p. 639.

¹⁶ MARINUCCI (1965), p. 185.

¹⁷ BASILE (2012), p. 16. Più sarà accurata la base di partenza, maggiore sarà l'attinenza al principio di colpevolezza. Sulla base di questa premessa possiamo qui indicare gli elementi che Basile indica come essenziali nell'analisi dell'agente concreto: a) la professione, l'ufficio, il mestiere; b) l'attività svolta, nel caso di specie; c) l'età; d) le più significative e marcate caratteristiche, durature ed immodificabili (o difficilmente modificabili), della struttura fisica, comprese le eventuali menomazioni fisiche. Già quest'ultimo è un profilo controverso, e ancor di più lo sono i deficit intellettuali, culturali e di esperienza sempre dell'agente concreto. Certo è invece che non possano mai utilizzate come indici di selezione del circolo di rapporti rilevante le qualità negative attinenti alla sfera psico-caratterologica ed emotiva.

¹⁸ È l'impostazione di GIUNTA (2008), pp. 149 ss., ancor prima dello stesso Autore (1999b), pp. 1295 ss. Vedi anche recentemente PAONESSA (2024), pp. 181 ss., sulla flessibilità di contenuti della prognosi postuma, che la rendono ampiamente plasmabile in sede giudiziaria. Per l'Autrice (p. 185) con tale procedimento in realtà la regola cautelare rivelerebbe la sua fisionomia esclusivamente *a posteriori*, e «verrebbe, in pratica, a identificarsi con il comportamento che, in base a un giudizio controfattuale simile a quello impiegato per l'accertamento causale, avrebbe evitato l'evento o, comunque, ne avrebbe diminuito significativamente le probabilità di verificazione». In un (approfondito) contesto pure assai critico verso la figura dell'agente modello e dei rischi della prognosi postuma, ritiene SUMMERER (2024), p. 160, che nell'impossibilità di rinunciare a giudizi fondati su di essa, serve almeno una particolare attenzione nella ricostruzione della situazione in cui si trovava l'agente, «nel quadro generale di una valorizzazione dei contrasegni di illiceità e disvalore della condotta e della valutazione tendenzialmente meno severa della colpa». Per uno studio sulle distorsioni cognitive della prognosi postuma, alla luce degli studi di psicologia cognitiva, PERRONE (2021), pp. 37 ss.: l'Autrice illustra nei successivi capitoli le potenzialità del *Computational Law* quale correttivo delle distorsioni cognitive e i limiti e le possibilità della sinergia tra uomo e macchina nel giudizio prognostico.

segnatamente, protocolli e linee-guida¹⁹. Dove e quando non esistono regole cautelari riconoscibili e preesistenti soccorrono prassi cautelari rilevanti per il diritto, che derivano dallo stesso procedimento di formazione della consuetudine, la quale pure ha mantenuto, pur in un'epoca di primato del diritto positivo, una presenza significativa seppur defilata tra le fonti di produzione. L'esito ultimo sarebbe una laicizzazione della nozione di diligenza, che conferirebbe a essa un carattere tecnico e ne contrasterebbe l'immanente tensione etica²⁰.

Senonché la condivisibile e «perenne aspirazione del penalista alla predeterminazione tassativa dei confini dell'illecito» deve confrontarsi con l'altrettanto condivisibile affermazione che «della colpa generica – pur maneggiata con le debite cautele – non sia impresa facile sbarazzarsi»²¹. Anche perché – ci viene da aggiungere – significherebbe privarla di rilevanza penale²². Sono infatti comunque ineliminabili spazi di colpa generica nei quali dunque l'agente modello, l'*homo eiusdem professionis et condicionis*, diviene una necessità logica, la miriade cioè di attività pericolose che l'uomo normale compie ogni giorno senza indossare la veste del professionista, rispetto alle quali è senz'altro impensabile che possano essere dettate da chicchessia delle norme giuridiche scritte a contenuto cautelare, oppure è altresì difficile arrivare ad ipotizzare, così come è impensabile la scomparsa di regole positive 'elastiche' nel campo delle attività 'tecnicamente' qualificate; si pensi poi alle cautele prodromiche alle attività pericolose maggiormente debitorie degli sviluppi della 'modernità' (il campo del lavoro e della produzione industriale, ma lo stesso discorso può valere per l'attività medico-chirurgica), dove pure i criteri di governo dei 'rischi' sono congruamente formalizzati ma il continuo avanzare delle conoscenze fa sorgere la necessità di elaborare di continuo strategie di contenimento dei medesimi prima ancora della loro consacrazione in modelli rigorosamente definiti²³. Inoltre, come vedremo, anche nell'ambito di regole positivizzate in modo rigido, possono darsi casi in cui il principio di personalità della responsabilità penale deve trovare un compromesso armonico con quello di legalità. In tutti questi casi ci sembra che se anche si dovesse sostenere la valenza di prassi, usi o consuetudini – quando davvero esistano e cioè siano consolidate e diffuse²⁴ – ciò non elimini la necessità di individuare un punto di vista (garantista) dal quale valutarne la riconoscibilità: cosicché l'agente modello riconquista così il ruolo di cui era stato privato. Un ragionevole bilanciamento tra esigenze preventive e profilo personalistico dell'imputazione colposa può essere dato ancora e piuttosto – si sostiene in dottrina – da un'oculata suddivisione in corrispondenti figure di agenti modello, preservando sempre la valutazione della colpa nell'ambito della colpevolezza²⁵. Sarà qui decisiva la misura soggettivo-individualizzante, la valorizzazione cioè di fattori situazionali o individuali, concomitanti rispetto alla condotta, tali da far ritenere che il soggetto, pur avendo agito in violazione del dovere, non aveva il potere di adeguarsi alle aspettative di diligenza dell'ordinamento espressa dall'agente modello: insomma un "test di colpevolezza" per sottoporre a verifica la tenuta dell'ipotesi di

¹⁹ Sul fenomeno dell'autonormazione, recentemente TAVERRITI (2024): linee guida, buone prassi e protocolli rappresentano documenti di portata normativa elaborati dalla stessa classe medica per il supporto agli operatori nell'attività clinica; attraverso tali documenti il sapere tecnico-scientifico tende a prodursi e cristallizzarsi proprio all'interno di fonti normative promananti dal milieu medico-chirurgico. L'autonormazione in campo medico costituisce un fenomeno socio-giuridico con implicazioni critiche inevitabili e importanti, come dimostrano i vari provvedimenti legislativi e le pronunce della giurisprudenza, anche a sezioni unite. Per un quadro essenziale, oltre allo scritto citato, non potendo qui indicare i ricchi e numerosi approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2024), pp. 426 ss.

²⁰ GIUNTA (2008), in particolare p. 166 e sempre dello stesso Autore (2013), pp. 577 ss. Cfr. anche ATTILI (2006), p. 1253, secondo cui l'adozione delle misure "generalmente applicate" è sufficiente ad escludere la colpa salvo che: a) esse appaiono di manifesta inidoneità preventiva, oppure b) quando l'innovazione tecnologica non ancora adottata dalla prassi consenta l'eliminazione del rischio anziché la mera attenuazione, oppure c) quando sia la stessa legge a prescrivere la nuova misura di protezione. Secondo PIERGALLINI (2017), pp. 233-234, il riferimento alle prassi di generale applicazione può rappresentare un utile parametro applicativo solo quando sia corroborato nelle sue fondamenta dalla convergenza di saperi cristallizzati. Illustrazione e critica di tale teoria prasseologico-positivista, in PERIN (2020), pp. 73 ss.

²¹ Sono considerazioni di DE FRANCESCO G. (2021), p. 2.

²² Esito che ci sembra estraneo all'attuale contesto politico-criminale e del resto non esplicitato: altro discorso potrebbe essere una (ri)meditazione sul profilo sanzionatorio e riparatorio.

²³ Ancora DE FRANCESCO G. (2021), pp. 2-3, e MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2024), p. 422.

²⁴ Di "usi sociali" parlava ANTOLISEI (2000), pp. 371-372, riferendosi a "regole di condotta" che sorgono dall'esperienza comune o tecnica, propria cioè di tutti gli uomini o di una categoria di persone che esplicano determinate attività. Vedi comunque sugli usi, cioè quanto si fa o si omette di fare abitualmente, il sempre attuale giudizio critico di MARINUCCI (1965), pp. 179-180, in quanto possono consistere anche in prassi troppo sciatte e superficiali (ci verrebbe da definirle "cattive abitudini") e inoltre perché in relazione a determinate attività non è proprio possibile far ricorso a essi, in quanto non si sono ancora formati. Due interessanti vicende possono essere il caso del "gesticolatore", Cass. pen., sez. IV (pres. Brusco, rel. Foti), 21.6.2012, n. 24993, con note di GATTA (2012) e di SOTIS (2013), e il recente episodio, concluso con l'archiviazione, di una signora di 85 anni urtata dalla bicicletta condotta da un bambino di cinque anni accompagnato dal padre che lo (in)seguiva a piedi, Trib. Milano, decr. 7.1.2025, Gip Iannelli, annotato da GATTA (2025).

²⁵ DE FRANCESCO G. (2021), pp. 3-4.

colposità del comportamento, già formulata alla stregua della figura modello differenziata²⁶.

1.3. *Le risposte della giurisprudenza, anche riguardo alla specificità-concretezza dell'evento.*

Volgendo già ora lo sguardo soprattutto alla giurisprudenza, si sottolinea come anche questa spinta, probabilmente (e comprensibilmente) inarrestabile, verso la disciplina normativa positivizzata non sia peraltro priva di rischi (sul piano soggettivo). Interessante innanzitutto la descrizione di come nasce «la regola positivizzata che surroga la prevedibilità dell'evento da parte di un agente modello»: la regola di colpa specifica rappresenta «il frutto di un giudizio fondato sulla sedimentazione per via di “ripetizione” sociale della cautela e/o di un giudizio condotto su base scientifica». Una volta emanata essa comporta una forma di “accertamento semplificato”, perché in essa il legislatore reputa, a monte, empiricamente verificata l' idoneità preventiva delle cautele. La progressiva espansione della colpa specifica, che sta conseguentemente erodendo spazi un tempo occupati dalla colpa generica, costituisce – secondo la suprema Corte sempre in questa recente pronuncia sul disastro di Rigopiano – un processo che «implica perdite in termini di personalizzazione del giudizio sulla responsabilità penale, a fronte, però, di un (quantomeno promesso) guadagno in chiave di maggior certezza»²⁷. Si tratta di profili di rischio evidenziati anche in dottrina con riferimento alle attività presidiate da regole cautelari positivizzate: da un lato la preesistenza e la formalizzazione facilitano l'orientamento dell'agente e l'accertamento processuale; dall'altro però tale facilitazione nasconde il rischio di scivolamento verso la responsabilità oggettiva. È bene dunque accompagnare la colpa specifica con uno spazio di colpa generica e affiancare alla capacità di attenersi alle prassi e ai saperi codificati anche quella di svincolarsi dagli schemi e dalle aspettative generali: qui potrebbe assumere un ruolo di equilibrio il criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, ricostruito senza rinunciare al fattore umano in un contesto di difficoltà decisionale, «a fronte della scelta motivata di congedarsi da una regola formalizzata, potrebbe aiutare a ritagliare uno spicchio di libertà decisionale che non risenta del peso opprimente dell'esito infausto»²⁸.

La preoccupazione sul piano della indeterminatezza ha fatto da sprone e portato comunque da tempo la giurisprudenza a sottolineare l'essenzialità dei diversi profili e passaggi dell'agente modello²⁹. Innanzitutto l'importanza della prospettiva *ex ante* (“il diritto di sapere prima”³⁰) e soprattutto della sua effettività. Nelle motivazioni di una recente sentenza della Cassazione su un noto caso (la tragedia di piazza San Carlo a Torino) si afferma che certamente la prospettiva della colpa specifica è in grado di assicurare un maggior tasso di determinatezza al fine di pervenire al giudizio di responsabilità, ma che anche nella colpa generica un corretto processo di identificazione della regola prudenziale violata e della prevedibilità dell'evento che muova

²⁶ CASTRONUOVO (2021), pp. 227-228. E qui va evitato il rischio che tale accertamento sia carente, come paventa DONINI (2013), in particolare pp. 259 ss., quando rileva che l'esigenza di disporre di una tipicità colposa già soggettiva è dovuta al fatto che, generalmente, la successiva individualizzazione del giudizio per il tramite di “scusanti”, intese come “regole di giudizio”, è soltanto eventuale. Sulla misura soggettiva, cfr., tra gli altri MARINUCCI (1965), pp. 162 ss.; DE FRANCESCO G.V. (1977-1978), pp. 273 ss.; CASTRONUOVO (2009), pp. 339 ss.; CANEPA (2011); CANESTRARI (2012), pp. 21 ss.; GROTTI (2012). Per un abbandono della doppia misura della colpa e una rifondazione della colpa, nella prospettiva individuale, come requisito della tipicità soggettiva, SUMMERER (2024), pp. 141-142. Tale abbandono si rivela necessario – per l'Autrice – per un duplice ordine di ragioni: da un lato, per realizzare un'opera di pulizia concettuale e sistematica; dall'altro, per superare una concezione oggettivizzante della colpa e ridimensionare il ruolo dell'agente modello. Cfr., per possibili riflessi del dibattito sostanziale in tema di modifica dell'imputazione, CAPONE (2025), specie 1400 ss.

²⁷ Il riferimento e le citazioni sono proprie di Cass. pen., sez. VI, 11.3.2025 (pres. Fidelbo, rel. Rosati e Di Giovine), n. 9906, in *SentenzeWeb*, p. 95. Anche in *www.altalex.com* del 3 aprile 2025, con commento di L. Della Ragione. Ora anche in *Sist. pen.* 22 maggio 2025, con nota di QUARANTA (2025). Sulla sentenza del G.U.P. del Tribunale di Pescara 22.5.2023 (dep.), QUARANTA (2023), pp. 3083 ss.

²⁸ Così CAPUTO (2023), p. 239, secondo il quale questo spazio dovrebbe essere assistito dal diritto penale in termini di non punibilità, da ancorare a contesti di speciale difficoltà della prestazione, al c.d. *errore onesto*, in linea con il principio di equità solidale che pulsa nell'art. 2236 c.c. L'analisi del “fattore umano” – secondo la riflessione di Caputo (pp. 231-233) – è già essenziale nella valutazione di molte attività rischiose e serve per identificare i fattori che possono influenzare negativamente il comportamento umano e sviluppare soluzioni per mitigare i pericoli associati a questi fattori. La forma di prevenzione con migliori chance di efficacia, più della minaccia di pena, sarebbe data da una valutazione del fattore umano per «migliorare la sicurezza, la qualità e l'efficienza dei sistemi, dei prodotti e dei servizi, rendendoli più adatti alle capacità e alle esigenze degli esseri umani». Cfr. anche PERIN (2019), p. 232.

²⁹ Sottolinea questa attenzione della giurisprudenza anche BLAIOTTA (2021), p. 1284 quando ricorda che «la colpa per il fatto concreto deve esprimere un ben tangibile rimprovero, un giudizio che definisce e soppesa la condotta inosservante in aderenza ai principi di colpevolezza, legalità e determinatezza; senza pregiudizi, senza giudizi *a posteriori*; attenendosi ad un canone di umana esigibilità; analizzando in profondità il contesto e l'agente concreto».

³⁰ L'espressione è di PIRAS (2012).

da una valutazione da operarsi *ex ante*, consente di individuare la regola astratta, preesistente all'evento, a cui avrebbe dovuto conformarsi il soggetto agente per prevenire eventi del genere di quelli verificatisi³¹. Per mettere l'interprete al riparo dalla violazione dei principi di legalità e colpevolezza il processo ricognitivo deve muovere – si afferma in una delle tante sentenze sul punto³² – dal caso concreto, individuando i tratti tipici dell'evento, per poi procedere formulando l'interrogativo se questo fosse prevedibile ed evitabile *ex ante*, con il rispetto della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza. Non solo la prospettiva rigidamente *ex ante*, ma anche il contenuto della regola cautelare deve essere in grado di rispondere a questa esigenza di determinatezza e precisione: la regola cautelare deve avere infatti necessariamente carattere “modale”, deve cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari a evitare il verificarsi dell'evento³³; una esigenza questa confermata dalle Sezioni Unite nel caso Thyssen, quando sottolineano la “specificità” della norma cautelare «posta a presidio un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che all'epoca della creazione della regola consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti; e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio»³⁴.

Infine e sempre con riferimento alla aspirazione garantistica, in vista dei principi di colpevolezza e legalità (nelle sue varie accezioni), va sottolineato come il problema della specificità-concretezza dell'evento come termine dell'accertamento si ponga diversamente in tema di colpa e di causalità. Nel rapporto di causalità l'evento è quello *hic et nunc* e il giudizio che gli pertiene è *ex post*; nella colpa è un evento prevedibile, dunque l'evento reale verificatosi deve appartenere a una classe di eventi di “concretezza intermedia” e il giudizio che gli pertiene è *ex ante*. In termini non dissimili si esprime anche la giurisprudenza, quando osserva che la prevedibilità dell'evento riguarda la classe di eventi in cui quello oggetto del processo si colloca³⁵ o che la descrizione dell'evento non può andare oltre un certo livello di dettaglio e deve mantenere un determinato grado di categorialità; e tutto ciò perché un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene sempre inevitabilmente unico e in quanto tale irripetibile e, soprattutto, imprevedibile³⁶. La descrizione dell'evento nella colpa si riflette sulla modalità della condotta doverosa: viene infatti affermato in una recente pronuncia che essendo la colpa una categoria per sua natura “relazionale”, essa è in grado di “modellarsi” sull'evento, «e cioè di ritagliare la tipicità (soggettiva) del reato muovendo a ritroso dalle caratteristiche specifiche dello stesso». Tale compito viene svolto nella colpa generica dai giudizi sulla prevedibilità e prevenibilità dell'evento, mentre nella colpa specifica dal giudizio sulla concretizzazione del rischio: il giudizio sulla colpa potrà e dovrà così tenere conto, in fase di delimitazione della tipicità soggettiva, delle circostanze di contesto fattuale, inverteasi nel caso concreto³⁷.

2. Il modello di agente nella giurisprudenza.

2.1. Il riconoscimento delle Sezioni Unite.

Il tipo di accertamento descritto trova da tempo comune riscontro nella prassi giurisprudenziale, ripetendo i suoi caratteri essenziali, con il suo collocarsi in una prospettiva *ex ante*, cioè riferita al momento in cui è avvenuto il fatto, da svolgersi *in concreto*, secondo il punto di

³¹ Cass. pen., sez. IV (pres. Piccialli, rel. Bruno e D'Andrea), 18.9.2024, Appendino, CED 286987-02. Per una scheda di commento, ATTANASIO (2024).

³² Cass. pen., sez. IV, 17.2.2017, Di Pietro e altro, CED 269254, e così anche, sempre richiamata nella sentenza Appendino, Cass. pen., sez. IV, 5.9.2013, Testa, CED 257112.

³³ Cass. pen., sez. IV. 3.5.2010, Proc. gen. in proc. Catalano e altri, CED 247016, p. 75.

³⁴ Cass. pen. sez. un. (pres. Santacroce, est. Blaiotta) 18.9.2014, Espenhahn, CED 261104-01, p. 131 (tra i tanti commenti, RONCO (2014), pp. 1953 ss.).

³⁵ Cass. pen., sez. un. 18.9.2014, Espenhahn, cit., p. 127.

³⁶ Cass. pen., 26.10.2007, Marchesini, CED 237880-01.

³⁷ Cass. pen., sez. VI (pres. Fidelbo, rel. Rosati e Di Giovine), 11.3.2025, n. 9906, cit., pp. 102-103. Poco prima nelle motivazioni (p. 91), a proposito della selezione delle cautele rilevanti ai fini del giudizio penalistico colposo, si precisa che tale scelta dipenderà dal tipo di disastro naturale che viene in considerazione e dalle sue concrete manifestazioni: così, in rapporto ad alcune tipologie di pericolo possono avere maggiore efficacia precauzioni da assumere nell'imminenza o durante l'evento calamitoso, mentre per altre tipologie possono avere invece maggiore, se non esclusiva, efficacia preventiva cautele anticipate sul piano temporale.

vista di un agente modello (*homo eiusdem professionis et condicionis*), ossia di un agente, ideato mentalmente, coscienzioso e avveduto, che si trovi nella concreta situazione e nel concreto ruolo sociale dell'agente reale, in grado di svolgere al meglio i compiti assunti evitando il verificarsi di danni prevedibili e prevenibili³⁸.

Sono state due pronunce delle sezioni unite a riaffermare la validità del modello, anche al di là del suo più semplice spazio applicativo, quello della colpa in attività lecite. Secondo infatti una prima pronuncia delle sezioni unite della suprema Corte – relativa alla imputazione dell'evento morte o lesioni come conseguenza di altro delitto ex art. 586 c.p. – una volta ideato mentalmente l'agente modello, la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento devono valutarsi sulla base di tutte le circostanze di fatto della concreta situazione in cui si trovava l'agente, per individuare la condotta che l'agente modello avrebbe tenuto a seguito di tale valutazione. In caso di divergenza, potrà affermarsi che la condotta dell'agente concreto è colposa. Sempre la Cassazione in questa pronuncia ha riconosciuto a tale tipo di giudizio (e di agente modello, ricavato dal campo di azione e di vita di cui di volta in volta si tratta) sulla “colpa normale” fondamentalmente tre pregi: a) evita di soggettivizzare la colpa fino a renderla inattuabile; b) mantiene alla qualificazione di negligenza, imprudenza, imperizia quel minimo di aderenza alla situazione concreta, che permetta di considerarla criterio di imputazione soggettiva; c) differenzia infine il punto di vista, dal quale valutare prevedibilità ed evitabilità, a seconda della situazione concreta in cui, di volta in volta, viene a trovarsi il singolo agente³⁹.

In un'altra celebre pronuncia a sezioni unite, quella sul caso Thyssen, si conferma il ruolo fondante della prevedibilità ed evitabilità del fatto, in quanto all'origine delle norme cautelari e inoltre alla base del giudizio di rimprovero personale. La Corte richiama in motivazione una pronuncia del 1990 (definita “fondamentale”) che ha posto in luce come la prevedibilità altro non è che la possibilità dell'uomo coscienzioso e avveduto di cogliere che un certo evento è legato alla violazione di un determinato dovere oggettivo di diligenza, che un certo evento è evitabile adottando determinate regole di diligenza. Relegata al passato la concezione oggettivizzante della colpa, le sezioni unite precisano come, nell'ambito del profilo soggettivo della colpa, si ponga l'esigenza di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento. In primo luogo e senza incertezze tale esigenza si pone nella colpa generica, dove la prevedibilità dell'evento ha un ruolo decisivo nella stessa individuazione della regola cautelare; quanto alla colpa specifica lo spazio valutativo è pressoché nullo nell'ambito delle norme rigide, la cui inosservanza dà luogo quasi automaticamente a colpa, mentre nelle norme elastiche la determinabilità del comportamento in base a circostanza contingenti lascia spazio al cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento da parte dell'agente modello⁴⁰.

Una serie di passaggi sono dunque volti ad assicurare la personalità della responsabilità: 1) si parte dalla vicenda dell'agente concreto, del quale si individuano per astrazione alcune caratteristiche capaci di rilasciare elementi di selezione del suo circolo sociale di appartenenza; 2) si configura la regola cautelare secondo il punto di vista dell'agente modello, l'*homo eiusdem professionis et condicionis*; 3) si confronta la condotta tenuta dall'agente-reale e quella che, nella stessa situazione, avrebbe svolto l'agente-modello; 4) si tiene conto della concreta capacità dell'agente di adeguarsi alla regola cautelare in ragione delle sue specifiche qualità personali. Tutto ruota insomma – e non potrebbe essere diversamente – intorno all'agente concreto, punto di partenza e di arrivo del processo di accertamento. Ed è proprio la concreta capacità di adeguarsi alla regola così individuata un profilo su cui insiste particolarmente la giurisprudenza⁴¹.

³⁸ Tra le tante Cass. pen. 19.11.2015, n. 12478, cit. Sempre riguardo all'agente modello come *homo eiusdem professionis et condicionis*, Cass. pen. 22.9.2011, n. 47474, in *Guida dir.*, 2012, 17, 52; Cass. pen. 12.3.2010, n. 16761, in *D&G*, 2010; Cass. pen. 6.11.2008, n. 45126, in *Guida dir.*, 2009, 3, 96; Cass. pen. 18.4.2008, n. 22187, in *Dejure*; Cass. pen. 17.5.2006, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, II, 550 e in *Cass. pen.*, 2009, 7/8, 2837 ss.; Cass. pen. 26.5.2006, n. 31462, in *Guida dir.*, 2006, 42, 77; Cass. pen. 9.7.2003, Bruno, *CED* 225958. Ancor prima, tra le altre, la spesso richiamata Cass. pen. 1.7.1992, Boano, *CED* 193035, nella quale il modello di *homo eiusdem professionis et condicionis* viene descritto come quello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività, che importa l'assunzione di certe responsabilità nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello e faccia tutto ciò che da questo ci si aspetta: vedine un richiamo come punto fermo in Cass. pen., sez. IV, 13.11.2024, n. 43393, in *SentenzeWeb*.

³⁹ Cass. pen., sez. un. (pres. Gemelli, est. Franco) 29.5.2009, Ronci, *CED* 243381-01.

⁴⁰ Cass. pen. sez. un., 18.9.2014, Espenhahn, cit. Il problema della distinzione si è posto per esempio in Cass. pen., sez. III, 30.6.2023 (ud.), n. 32966, in *SentenzeWeb*.

⁴¹ Si pensi a Cass. pen., sez. IV, 11.3.2021, Dutu, *CED* 280696, in tema di responsabilità del titolare di un'impresa edile per il crollo di un pesante manufatto; oppure a Cass. pen., sez. IV, 13.5.2019, Palmeri, *CED* 276238, riferita a un medico specializzando in fase avanzata che, per imperizia grave nella gestione della terapia di una paziente oncologica, aveva trascritto nel foglio di prescrizione interna un medicinale in quantità errata cagionandone il decesso (sul medesimo tema e con i medesimi assunti Cass. pen., sez. IV, 28.11.2014, Incorvaia, *CED* 263283),

2.2. *Un utilizzo normale e variegato.*

L'utilizzo dell'agente modello diviene dunque proprio di fattispecie colpose più o meno comuni.

Uno sguardo alla giurisprudenza recente ne individua per esempio applicazioni in tema di frana colposa (art. 449 c.p.), in una pronuncia che in continuità con le sezioni unite precisa che la prevedibilità non può riguardare la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni, ma deve mantenere un certo grado di categorialità, nel senso che deve riferirsi alla classe di eventi in cui si colloca quello oggetto del processo; inoltre in un altro passaggio si richiama l'orientamento per il quale l'agente modello, *l'homo eiusdem professionis et condicionis*, può identificarsi nel soggetto in possesso della miglior scienza ed esperienza nel settore, quando l'agente concreto sia rappresentato da un professionista esperto⁴². Un'altra pronuncia riguarda la bancarotta semplice documentale: in essa si conferma la natura normativa della rimproverabilità colposa, che si sostanzia nel confronto tra la condotta tenuta dall'agente e il relativo modello di riferimento (colui che esercita professionalmente un'attività di impresa) con un giudizio sempre teso a evitare di trascendere in un profilo marcatamente ed esclusivamente soggettivo⁴³. A proposito dell'omesso versamento di IVA (art. 10-ter d. lgs. 74/2000) la Cassazione ha osservato che, in ogni caso, affinché si possa parlare di impossibilità di tenere la condotta corretta con conseguente valore scusante, occorre che la crisi di liquidità sia determinata da un fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile, secondo la diligenza dell'«agente modello di settore», che esula dal dominio finalistico dell'agente e presuppone che egli non vi abbia in alcun modo dato causa (o concausa), sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento⁴⁴. In tema di naufragio (ancora art. 449 c.p.) per l'accertamento della colpa si è richiesto non solo la prevedibilità ed evitabilità dell'evento, ma il superamento del rischio consentito, avvalendosi anche qui dello schema dell'agente modello⁴⁵. Un caso emblematico ha riguardato la responsabilità (ex artt. 113, 40, comma 2, 589, 590-*sexies* c.p.) dei genitori per avere curato con rimedi prescritti da un medico omeopatico la propria figlia (poi deceduta) affetta da un'otite media e acuta: la Cassazione ha confermato la sentenza dei giudici di merito che avevano adeguatamente assunto quale parametro di riferimento il genitore dotato di comune esperienza, e non di professionalità in ambito medico e sanitario, effettuando, in virtù di esso, il giudizio di rappresentabilità evitabilità dell'evento, logicamente giungendo alla conclusione per cui l'agente modello avrebbe verosimilmente chiesto un consulto a più medici per fronteggiare una situazione che, con la sola cura omeopatica, non stava dando alcun segno di miglioramento⁴⁶. Anche in tema di circolazione stradale, frequente campo applicativo della responsabilità colposa, si ritiene necessario per l'imputazione soggettiva dell'evento ex art. 589-*bis* c.p. un apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antigiusdizico da parte dall'agente modello⁴⁷.

La normalità dello schema dell'agente modello è dimostrata dal suo impiego in altri giudi-

o ancora a Cass. pen., sez. IV, 29.11.2018, Galdino De Lima c/ Castellano, CED 274500, che ha annullato senza rinvio la sentenza che aveva affermato la responsabilità di tre carabinieri per il decesso di un uomo nei confronti del quale erano intervenuti - secondo le procedure seguite regolarmente - bloccandolo a terra in posizione prona e con le mani dietro alla schiena, rilevando che i giudici del merito avevano omesso di considerare che l'evento in concreto non era prevedibile, per non avere le forze dell'ordine quelle specifiche competenze che gli avrebbero consentito di prospettarsi le conseguenze dannose verificatesi e che solo il sapere scientifico entrato nel processo, attraverso approfondite perizie mediche, aveva poi reso note. Nella giurisprudenza di merito, tra le tante, Trib. Treviso 22.3.2022, n. 9, in *DeJure*, e Trib. Vicenza 12.9.2023, n. 1096, in *Guida dir.* 2023, 48.

⁴² Cass. pen., sez. III, 30.6.2023 (ud.), n. 32966, cit. Emblematica qui la vicenda di Sarno (Cass. pen., sez. IV (pres. Mocali, rel. Brusco, 3.5.2010, Proc. gen. in proc. Catalano e altri, CED 247016), con enunciazione chiara e approfondita del criterio dell'agente modello, valido non solo per l'individuazione della regola cautelare ma anche per verificare la prevedibilità dell'evento ed evitabilità del medesimo, nel senso che anche per quanto riguarda lo scrutinio sulla possibilità che un evento possa verificarsi e sul grado di diligenza usato per evitarlo è necessario individuare criteri di misura oggettivi. Tra le conclusioni si legge (p. 81) che «il dato di riferimento dell'agente modello - al fine dell'adeguamento della sua condotta all'osservanza delle regole cautelari applicabili nella specie - non è il percepito ma il percepibile con l'osservanza del livello di diligenza richiesto per il medesimo agente».

⁴³ Cass. pen., sez. V, 9.2.2023 (ud.), n. 24820, in *SentenzeWeb*.

⁴⁴ Cass. pen., sez. III, 8.1.2025 (ud.), n. 5804, in *SentenzeWeb*. Per un riferimento alla cura e alla diligenza dell'agente modello in tema di immissione sul mercato comunitario di un prodotto pericoloso (reato di cui all'art. 16 d.lgs. 14 settembre 2009, n. 133), Cass. pen., sez. III, 5.7.2022, Li Hai, CED 283299-01.

⁴⁵ Cass. pen., sez. IV, 19.12.2023 (ud.), n. 4327, in *SentenzeWeb*.

⁴⁶ Cass. pen., sez. IV, 3.5.2023 (ud.), n. 35895, in *SentenzeWeb*.

⁴⁷ Cass. pen., sez. IV, 9.2.2023 (ud.), n. 7879, in *SentenzeWeb*. La sentenza fa riferimento in motivazione a diversi precedenti; si veda anche Cass. pen., sez. VI, 23.9.2020, Nitti, CED 280148, dove si rileva che in questo settore lo standard di riferimento della diligenza imposta dall'ordinamento, e quindi della non rimproverabilità dell'individuo, è calibrato su quello del c.d. «agente modello».

zi che investono la colpa. Così a proposito del principio di affidamento, espressione – secondo la Suprema Corte – del più generale principio della responsabilità penale personale dell'imputato, temperato dalla regola dell'autoresponsabilità, si sostiene, con particolare riferimento ai suoi limiti in tema di circolazione stradale, che il giudizio di prevedibilità, anche in questo caso, deve essere svolto dal giudice *ex ante*, avendo come parametro di riferimento la condotta del c.d. *agente modello razionale*, tenendo conto di tutte le circostanze spazio-temporali conosciute o conoscibili al momento dell'evento⁴⁸. Con riguardo all'errore di diritto *ex art. 5 c.p.* (e di elemento soggettivo nelle contravvenzioni) la scusabilità di esso – si è affermato sempre recentemente – deve essere commisurata al parametro del modello di agente, dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*⁴⁹, sicché in alcun modo può dirsi scusabile l'errore di colui il quale intraprenda un'attività imprenditoriale (attività di raccolta e trasporto di rifiuti) per il cui esercizio è richiesta l'autorizzazione e che contestualmente ne ignori la necessità o la latitudine⁴⁹. Ampliando la visione, anche nel giudizio contabile sulla responsabilità del sanitario si afferma che l'accertamento della colpa grave deve essere effettuato con una valutazione *ex ante* e in concreto, con il richiamo espresso al criterio della c.d. prognosi postuma: il parametro di riferimento è il dipendente d'ordinaria diligenza, che ricopre le medesime mansioni in base alla qualifica ricoperta e alle mansioni effettivamente svolte, insomma – letteralmente – l'*homo eiusdem professionis et condicionis*⁵⁰.

2.3.

Le impostazioni critiche con qualche replica: dal disastro di Viareggio alla tragedia di Rigopiano. Spunti di riflessione.

Le riserve sul piano della determinatezza nello schema dell'agente modello hanno portato una parte della giurisprudenza a esprimere una impostazione critica. Essa prende le mosse dai seguenti assunti: la valorizzazione del ruolo che le regole cautelari svolgono nell'imputazione colposa; il superamento del modello di accertamento basato sull'*homo eiusdem professionis et condicionis*; l'ancoraggio al patrimonio di conoscenze della comunità scientifica e, in mancanza, degli operatori del settore; l'attesa che le neuroscienze aiutino il decisore a gestire le proprie distorsioni cognitive⁵¹. L'orientamento trae le mosse, almeno ultimamente, dalla pronuncia della suprema Corte relativa al disastro di Viareggio dove a proposito della colpa generica, dopo aver individuato nell'obbligo di *neminem laedere* (art. 2043 c.c.) la sua base, se ne contesta – giustamente – la pretesa di basare su di esso regole cautelari non scritte, in quanto tale obbligo è privo di qualsiasi capacità selettiva. La critica, o meglio l'"atteggiamento di sospetto" investe però anche l'utilizzo dell'agente modello già per l'individuazione della condotta doverosa, per «la decisiva implicazione di risolvere l'accertamento della colpa in senso oggettivo nella identificazione di indici di una colposità intesa essenzialmente come atteggiamento dell'individuo, valutato comparativamente con quello di un virtuoso, onnisciente e onnipotente agente ideale»; questa cornice concettuale comporterebbe l'individuazione della pretesa attraverso una «vera e propria opera creatrice del giudice»⁵². Quando dunque venga evocata la

⁴⁸ Cass. pen., sez. IV, 5.10.2022 (ud), n. 48632, in *SentenzeWeb*. Sempre in tema di operatività e limiti del principio di affidamento, Cass. pen., sez. IV, 19 febbraio 2021, PG C/Olmetti, CED 280927-01, sul crollo della Nuova Torre Piloti del Porto di Genova, dove si afferma (in continuità con Cass. pen., sez. IV, 19.7.2017, Schettino, CED 270780-01) che, in tema di responsabilità per colpa, il principio dell'affidamento trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale il soggetto garante del rischio è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della "ragionevole" prevedibilità in base alle circostanze del caso concreto.

⁴⁹ Cass. pen., sez. III, 19.9.2024, Osmani, CED 286775-01.

⁵⁰ FIORENTINI (2024), pp. 1176 s. Il giudice contabile – osserva l'Autrice – compie perciò una doppia analisi: in primo luogo, individua il fondamento normativo che pone la regola cautelare da seguire (prevedibilità, prevenibilità ed evitabilità dell'evento) al fine di scongiurare conseguenze negative per l'ente; successivamente, il giudice verifica la conoscenza — o conoscibilità — di tale precetto dal sanitario e le condizioni in cui il medesimo si è trovato a realizzare la propria condotta.

⁵¹ DOVERE (2024), pp. 381 ss. e specie p. 388. Dello stesso Autore (2021), specie p. 582.

⁵² Cass. pen., sez. IV (pres. Fumu, rel. Dovero), 6.9.2021, PG C/Castaldo, CED 281997, p. 429. Tali osservazioni critiche sono riprese in particolare in alcune pronunce in tema di rischio sportivo. In particolare nella sentenza Cass. pen., sez. IV (pres. Dovero, rel. Ranaldi), 15.3.2022, Contin, CED 282764, in *Cass. pen.*, 9/2023, con nota di CONSULICH (2023), pp. 2764 ss., si afferma dunque, sulla base delle premesse citate, che «La verifica della colpa sportiva non potrà, insomma, prescindere dagli ordinari criteri stabiliti dall'art. 43 cod. pen., in particolare riscontrando l'eventuale violazione della regola cautelare, generica o specifica, non corrispondente alla regola tecnico-sportiva in astratto applicabile». In ambito sportivo – si aggiunge – è il principio di affidamento a concorrere a delineare i confini e i contenuti del dovere di diligenza, così contribuendo a definire l'area di rischio penale. Vedi anche sullo stesso tema Cass. pen., sez. IV, 31.1.2022, Panzani, CED 282705. Da ultima Cass. pen., sez. IV, 18.6.2024, Sergiovich, CED 286471, dove ancora si ritiene che con l'abbandono della figura dell'agente modello – «foriero di eccessive incertezze nell'applicazione giudiziale» – si appropi con conseguentemente ai «consueti criteri di accertamento

prudenza, la diligenza, la perizia, le regole cautelari non devono mai – si prosegue – risolversi in formule vuote di contenuto ma alludere piuttosto a «comportamenti cautelari identificati dal sapere diffuso», i quali pertanto non esimono il giudice dalla necessità di indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso⁵³. Non essendo enunciate, tali regole sono maggiormente esposte al rischio di divenire oggetto di una elaborazione creativa, fondata su una valutazione ricavata *ex post*, ad evento avvenuto, e influenzata da quelle distorsioni cognitive che oggi vengono segnalate dalle neuroscienze⁵⁴. Tuttavia ciò non costituisce ragione di ripudio della colpa generica, bensì vincolo del giudice ad individuarla alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza pre-date⁵⁵. Dunque nel caso concreto del disastro di Viareggio, per la Cassazione, quando il consesso sociale abbia *ex ante* riconosciuto l'insufficienza delle regole cautelari scritte, il gestore del rischio deve virare verso ulteriori misure non positivizzate ma efficaci a prevenire l'evento, a condizione che esse siano consolidate e preesistenti alla condotta, desunte – come appena detto – da conoscenze tecno-scientifiche e da massime di esperienza⁵⁶.

Ci sembra però che le critiche ai concetti di agente modello e di *homo eiusdem professionis et condicionis* attribuiscono a tali figure dei caratteri che non gli sono propri. Innanzitutto la storia dell'agente modello è proprio la fuga da un modello generalista (che non appartiene in realtà nemmeno ai civilisti⁵⁷) quale quello che presupporrebbe una ipotetica derivazione dall'obbligo di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. La comparazione poi non è mai stata, in particolare, con un "virtuoso, onnisciente e onnipotente agente ideale": anzi, uno degli scopi della figura dell'agente modello – dalle sue prime enunciazioni in dottrina e giurisprudenza⁵⁸ – è stato proprio quello di sfuggire, per evitare la paralisi delle attività rischiose, a figure estreme, come quella del soggetto 'sapientissimo ed espertissimo', per affermare piuttosto quella di un esponente coscienzioso e avveduto nell'ambito degli specifici settori in cui agisce l'agente concreto⁵⁹. Anche l'altra critica sulla prospettiva che da *ex ante* diverrebbe *ex post*, e inoltre creativa, non tiene conto dell'attenzione posta (tramite la verifica degli indicatori oggettivi presenti al momento della condotta) a una prospettiva rigidamente *ex ante* e solo ricognitiva⁶⁰. Infine la regola cautelare riconoscibile dall'agente modello è tale solo se in grado di indicare con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare l'evento. Tutte queste citate rappresentano risposte alle preoccupazioni critiche sul piano della determinatezza e precisione. Le indicazioni contenute nel filone giurisprudenziale citato ed esposto con cura nelle motivazioni della sentenza sul disastro di Viareggio risultano utili quali elementi che l'agente modello, l'*homo eiusdem professionis et condicionis*, l'esponente coscienzioso e avveduto del settore, dovrebbe riconoscere per conformare la sua condotta a prudenza, diligenza e perizia: che si tratti delle "prassi cautelari" di cui si parla in dottrina, oppure delle "conoscenze tecnico-scientifiche" e

della responsabilità penale nei reati caratterizzati dall'evento: verifica oggettiva del fatto dannoso (azione e nesso causale) e configurabilità della colpevolezza dell'agente, sotto il profilo della sussistenza del dolo o della colpa». In dottrina su tale orientamento anche PONTEPRINO (2023).

⁵³ A tal proposito viene richiamata Cass. pen., sez. IV, 21.7.2016, Belli, *CED* 267387.

⁵⁴ Qui il richiamo è a Cass. pen., sez. IV, 18.5.2020, Agnello, *CED* 279242.

⁵⁵ Viene infine citata Cass. pen., sez. IV, 27.2.2017, Di Pietro e altro, *CED* 269254.

⁵⁶ Vedi il commento di MONGILLO (2022), 4, pp. 953 ss. e qui particolarmente p. 957. Interessante la citazione di PALAZZO (2021), p. 151: «Non c'è grande processo in cui, dopo aver esaminato le pieghe della colpa specifica, non si estragga dal cassetto la colpa generica residua». Ci sembra poi di poter condividere quanto contenuto nelle motivazioni di Cass. pen., sez. VI, 11.3.2025, n. 9906, cit., p. 95 quando, a proposito del rapporto e della successione tra colpa generica e colpa specifica, si sostiene che il modello della colpa specifica mostra una particolare utilità in contesti nei quali non sia possibile confidare nella c.d. percepibilità del pericolo, cioè situazione para-psicologica suscettibile di scattare in presenza di *alert*, perché l'evento naturale (nel caso specifico un disastro quale la valanga) ha caratteristiche che rendono difficile prevederle non tanto *l'an* quanto il *quando* e il *quomodo*.

⁵⁷ Tra le tante, Cass. civ., sez. II, 29.10.2021, n. 30777, in *Giust. civ. mass.*, 2021; Cass. civ., sez. VI, 31.3.2021, n. 8942, in *D&G* 2 aprile 2021; Cass. civ., sez. III, 22.2.2021, n. 4652, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2021, pp. 645 ss.; Cass. civ., sez. III, 13.12.2019, n. 32774, in *D&G* 16 dicembre 2019. Il modello è comune anche nella giurisprudenza amministrativa: in tema di appalti, TAR Lazio, sez. sez. II, Roma 6.8.2020, n. 9044, in *lamministrativista.it* 7 agosto 2020 (in *Dejure*).

⁵⁸ *Retro* nota 13.

⁵⁹ Aggiunge DI GIOVINE (2018), p. 861, che per quanto l'agente modello rappresenti in primo luogo un agente, appunto, non può trascurarsi il suo ruolo di modello, a meno di non volerlo degradare a uomo medio o "troppo concreto". In altra sede abbiamo osservato – DEMURO (2021), p. 618 – che con l'espressione linguistica (risalente al modello di Bartolo), al di là della relatività storica, si rappresentano due esigenze necessariamente caratterizzanti la colpa, in tutti i suoi settori applicativi: il riferimento al contesto e l'esigenza di sfuggire alla "mediocrità", nel senso di una parità quasi lineare in riferimento alla media, di una posizione intermedia rispetto a due estremi.

⁶⁰ Osserva ANGIONI (1994), pp. 54-55, a proposito della prognosi *ex ante* nel pericolo, che il fatto che le circostanze siano state conosciute dal giudice soltanto dopo non deve certo indurre a ritenere che esse non fossero conoscibili prima. Ciò accade nella normalità perché il giudice non è spettatore contemporaneo, egli interviene istituzionalmente "a cose fatte", e allora rivede e ricostruisce il passato. Certamente esiste il rischio che la decisione sul pericolo sia influenzata dalle conoscenze acquisite *ex post*, ma tale eventualità non dovrebbe stupire «se si tiene presente come sia difficile per chiunque giudicare di qualcosa non sulla base di ciò che sa, comunque l'abbia saputo, ma sulla base di ciò che gli è lecito tenere in conto».

delle “massime di esperienza pre-date” richiamate nella sentenza citata, esse non possono e non debbono certamente sfuggire a un agente modello che avesse agito nello stesso momento dell’agente concreto (prospettiva *ex ante*). Ci sembra che in questo senso, del collegamento cioè tra prassi sociali e agente modello, deponga esemplarmente anche quanto recentemente affermato dalla suprema Corte nella sentenza sulla tragedia di Rigopiano, dove la regola cautelare della previa ricognizione della pronta disponibilità degli strumenti necessari per assicurare la viabilità delle strade, non positivizzata in fonti normative, è stata ritenuta derivare comunque da “prassi sociali”, e dunque da colpa generica, «valutabile pienamente (senza forzature) alla stregua di un agente modello – non certo “super modello” –, secondo *standard* di diligenza (misura oggettiva), peraltro suscettibili di innalzarsi ove l’agente concreto disponga di conoscenze aggiuntive (misura soggettiva)»⁶¹.

Senza contare poi che i rischi paventati sul piano della legalità-personalità (i due principi sono qui strettamente avvinti, così come i due elementi della tipicità e della colpevolezza) saranno comunque affrontati quando si accerterà se il soggetto che ha agito in concreto era in grado, secondo il suo individuale potere di agire, di impersonare il tipo ideale di agente collocato nella situazione data, quando si valuterà dunque sul piano logicamente e giuridicamente successivo la prevedibilità del risultato offensivo e l’esigibilità dell’osservanza di tale regola da parte del soggetto agente⁶². Si dà vita così a un concetto di colpa più selettivo, dando rilievo sul piano della colpevolezza a fattori di individualizzazione del giudizio, che potranno svolgere anche una funzione di commisurazione⁶³. Il passaggio dall’“impersonalità” dell’agente modello alla “personalità” di quello reale implica l’accertamento delle capacità proprie del soggetto all’interno di un vero e proprio processo di personalizzazione: evidentemente, trattandosi di un giudizio di confronto pur sempre normativo, non tutte le caratteristiche personalologiche potranno esser vagliate o il rimprovero non sarebbe in definitiva mai possibile. Non va infine dimenticato che il giudizio di accertamento della responsabilità non si chiude certo qui, essendo ancora da vagliare il (duplice) nesso tra la colpa e l’evento concreto.

Quanto alle distorsioni cognitive messe in luce dalle neuroscienze, e sempre che si tratti di assunti davvero consolidati, esse investirebbero anche altri settori strategici della teoria generale, come la prognosi *ex ante* nel tentativo e nel pericolo e l’accertamento del dolo tramite gli indicatori (anche nel dolo il giudizio è *ex ante*, facendo riferimento a una qualifica soggettiva, psicologica, esistente al momento della condotta)⁶⁴. Osservato poi che con il richiamo accennato le neuroscienze svolgerebbero un ruolo solo critico e in negativo, ci sembra dunque, e invece, di poter concordare con chi ipotizza piuttosto un (limitato, “ancillare”) ruolo delle neuroscienze nella prospettiva del recupero della dimensione soggettiva della colpa e dunque della valorizzazione dell’umanità che connota qualsiasi condotta criminosa: qui sarebbe importante un approccio integrato dato dall’avvicinamento del diritto penale alle moderne acquisizioni psicologiche⁶⁵. Le neuroscienze, così, oltre a integrare uno strumento di accertamento delle condizioni psichiche del soggetto, ben potrebbero contribuire ad ampliare il catalogo dei fattori soggettivi (cognitivi e di carattere emotivo) che valgono a incidere sull’esigibilità della condotta. Senza illusioni però. L’antidoto contro la normativizzazione estrema della colpa non va ricercato – si è sottolineato giustamente – nelle neuroscienze: «una ricostruzione della colpa su base neuroscientifica, lungi dal rinvigorirla, ne sancirebbe la fine per sgretolamento». E ciò perché «lo sfibramento della dimensione soggettiva della colpa ha poco a che vedere

⁶¹ Cass. pen., sez. VI, 11.3.2025, n. 9906, in *SentenzeWeb*.

⁶² Su concetto e ruolo della esigibilità recentemente PRANDI S. (2024), pp. 1035 ss. L’Autrice ne analizza le diverse accezioni, non sempre tra loro sovrapponibili, in tema di colpa: a) fondamento impersonale al dovere di cautela ricostruito a partire dall’*homo eiusdem professionis et conditionis*; b) limite alla conoscibilità della regola cautelare; c) vera e propria causa di esclusione del rimprovero per l’agente che, in una data situazione, non sia stato in grado di conformarsi alle pretese dell’ordinamento.

⁶³ CASTRONUOVO (2021), p. 228. Osserva EUSEBI (2024), p. 226, che gli stessi giudizi di prevedibilità e di evitabilità, se svolti in modo appropriato, inglobino una forte componente di individualizzazione dell’approccio, riducendo di fatto l’ambito dell’indagine (pur sempre necessaria) sulla c.d. misura soggettiva della colpa. Invece proprio la misura soggettiva della colpa potrebbe assumere un rilievo per certi versi maggiore nella colpa specifica, dato che le regole cautelari scritte non consentono, per lo più, margini significativi di specificazione dei contesti situazionali e personali cui siano da applicarsi.

⁶⁴ In un precedente lavoro (DEMURO (2010), pp. 78-79, avevamo ritenuto che il ricorso alle scienze cognitive e alla moderna psicologia (scienze peraltro in continua evoluzione e con pochi punti fermi tra i loro stessi esperti), così come alla filosofia dello spirito, possa rivestire nel diritto penale solo un ruolo di appoggio ad acquisizioni compiute sulla base del senso sociale da attribuire a determinati atteggiamenti psicologici, ma che non possa valere a sovvertire tali acquisizioni. La prudenza nel ricorso ad altre scienze vale anche, a maggior ragione, per le neuroscienze cognitive, e in particolare per la proposta di un nuovo modo di concepire lo studio della mente, non più basato sull’analisi filosofica a priori, ma sulle evidenze empiriche circa il funzionamento cerebrale.

⁶⁵ FILINDEU (2022), p. 186. Cfr. VENEZIANI (2000), p. 74.

con la sua architettura teorica. Esso è piuttosto conseguenza delle valutazioni di natura politico-criminale concernenti il peso da assegnare al principio di colpevolezza o alle esigenze di prevenzione generale»: è chiaro che la valorizzazione dell'uno determina la compressione delle altre ed è altrettanto chiaro che è su questo sfondo che si colloca la questione sulla c.d. "misura soggettiva" della colpa⁶⁶.

3. Il parametro di riferimento nella colpa in attività illecite.

La ricerca di un parametro di riferimento – e dunque di un possibile ruolo dell'agente modello – si è posta e si pone anche rispetto alla colpa in attività illecite. Qui anzi la questione è addirittura più risalente. La necessità di autonomia della colpa è stata infatti più forte e pressante dal punto di vista della limitazione di responsabilità nella *culpa in maleficiis*, perché è servita a porre un argine all'estensione (alla deriva) del concetto di (responsabilità e di) dolo verso la responsabilità oggettiva, mentre assai più tardiva è l'emersione di un profilo pubblico e dunque penale nella colpa in attività lecite, che trovava ancora sufficiente riparo nella responsabilità extracontrattuale. Il concetto storicamente condizionante è stato quello di prevedibilità: solo quando di essa si avvertirà il disagio dell'appartenenza a un dolo allargato a dismisura si sentirà davvero l'esigenza di un'altra forma di imputazione soggettiva e di responsabilità penale.

3.1. Le combinazioni dolo-colpa e dolo-prevedibilità in concreto.

Assumiamo qui come punto di partenza della riflessione la preterintenzione. Come è noto di essa possiamo individuare tre filoni interpretativi nella individuazione della struttura: a) la preterintenzione come dolo più responsabilità oggettiva (l'idea originaria del codice del 1930); b) la preterintenzione come dolo base rafforzato o dolo unitario (un ritorno al vetusto *dolus indirectus*); c) la preterintenzione come combinazione dolo-colpa⁶⁷. Ci soffermiamo sul terzo filone, peraltro variegato, l'unico per noi rappresentativo del principio costituzionale di colpevolezza, cercando di descrivere l'elemento della colpa e la riferibilità di un modello.

La teoria della "combinazione dolo-colpa", che pure trova argomenti letterali e sistematici (es. l'art. 43 ricomprende la preterintenzione tra le forme di «elemento psicologico del delitto»), deve la sua affermazione alla fedeltà al principio costituzionale di colpevolezza (per fatto proprio colpevole, secondo l'interpretazione dell'art. 27 comma 1 Cost. che parte dalle sentenze 364 e 1085 del 1988 e 322 del 2007). In questa teoria il dolo mantiene inalterata struttura e oggetto (l'evento concreto del fatto base descritto nella norma incriminatrice). Il dubbio è se altrettanto valga per la colpa. È stata posta una contestazione di principio: non potrebbe esserci colpa, o comunque non sarebbe vera colpa, perché l'agente dovrebbe essere destinatario, a un tempo, del divieto di tenere la condotta delittuosa e dell'obbligo di porla in essere con prudenza e diligenza; sarebbe cioè precluso (impensabile) in sede di accertamento della colpa fare ricorso alla figura di un agente modello in attività illecita⁶⁸. Pertanto non sarebbe ammissibile parlare di violazione di regole cautelari in ipotesi di agire illecito di base, e l'unica regola di condotta ipotizzabile sarebbe l'astensione. Si preferisce dunque una posizione più cauta, per la quale cioè il principio di colpevolezza è soddisfatto con il solo giudizio della *prevedibilità in concreto*⁶⁹.

Per un'altra impostazione invece non solo la combinazione dolo-colpa è ammissibile, ma in essa il secondo elemento della combinazione è vera e propria colpa, la stessa cioè che si innesta nelle ordinarie attività lecite. Che la colpa possa operare come criterio di imputazione anche in attività illecite è dimostrato inequivocabilmente dalla nuova disciplina legislativa dell'imputazione delle circostanze aggravanti: il nuovo art. 59 comma 2 c.p. richiede infatti tra l'altro

⁶⁶ Ancora con chiarezza, FILINDEU (2022), p. 187.

⁶⁷ Sia consentito qui il richiamo a DEMURO (2020), pp. 543 ss.

⁶⁸ Così in generale sulla configurabilità della colpa rispetto a chi versa *in re illicita* già PAGLIARO (1992), pp. 804 ss. Cfr. anche GIUNTA (1993), pp. 195 ss. e nella giurisprudenza della suprema Corte, Cass. pen., sez. V, 13.2.2002, n. 13114, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1561.

⁶⁹ Cfr. anche sul tema PAGLIARO (2020), pp. 360 ss., sulla *responsabilità da rischio totalmente illecito*, fondata sull'assunzione di un rischio appunto totalmente illecito per violazione della norma penale e delimitata dal duplice contrassegno della prevedibilità ed evitabilità dell'evento; nella giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 28.3.1997, Sambataro, CED 207274.

che le circostanze aggravanti “siano ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa”; e questa colpa si innesta, appunto, su un fatto che già costituisce reato. E alla colpa in attività illecita pensa infine la stessa Corte costituzionale nella sentenza 1085/88 quando mette in risalto che «dal primo comma dell’art. 27 Cost. ... risulta indispensabile ... il collegamento (almeno nella forma della *colpa*) tra soggetto agente e fatto»: il che vale, naturalmente, per i casi in cui il problema del rispetto del principio di colpevolezza si pone, cioè per l’imputazione dell’evento, ulteriore o diverso, non voluto in un contesto di base illecito⁷⁰. Ora questi argomenti trovano espressa conferma nella già citata pronuncia della Cassazione a sezioni unite⁷¹: in essa si sostiene infatti – con affermazioni di principio che vanno oltre l’oggetto specifico della sentenza, cioè l’art. 586 c.p. – in continuità logica con la sentenza 1085/88 e con l’intervento legislativo sull’art. 59 comma 2 c.p., che «si deve ammettere la possibilità di concepire e praticare una colpa in attività illecite, la quale non è solo riconosciuta esplicitamente in molti ordinamenti positivi (che imputano per colpa l’evento non voluto, aggravante o qualificante, derivante dalla commissione di un delitto doloso), ma è anche ammessa da tempo dalla gran parte della dottrina italiana, che ha evidenziato come le norme cautelari di condotta valgano tanto per chi agisce legittimamente quanto per chi opera illegittimamente». Infine le Sezioni unite precisano che la colpa in attività illecite è la “normale” colpa, in quanto «anche in ambito illecito ... occorre pur sempre che il fatto costitutivo del reato colposo sia una conseguenza in concreto prevedibile ed evitabile dell’inosservanza di una regola cautelare». Un indirizzo, questo della *colpa c.d. in concreto*, ancora fermo nella giurisprudenza della Suprema Corte, che non manca di riaffermare da ultima come in tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, la morte dell’assuntore di sostanza stupefacente – emblematica applicazione della fattispecie – è imputabile alla responsabilità del cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la *colpa in concreto* per violazione di una regola precauzionale, diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione, e con prevedibilità ed evitabilità dell’evento, da valutarsi alla stregua dell’*agente modello razionale*, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall’agente reale; e aggiungendo una serie di indici significativi, tratti dalla prassi, di tale colpa in concreto⁷². Il richiamo alla colpa “in concreto” (come potrebbe essere diversamente?) è da ritenere – a nostro avviso – una sorta di monito (o almeno di esortazione) a evitare qualsiasi tipo di presunzione in tema di accertamento: la colpa “in astratto”, infatti, non è colpa ma responsabilità oggettiva.

3.2. *Quale agente modello in re illecita.*

Se la colpa in attività illecita ha la medesima fisionomia della colpa presente nei “normali” reati colposi, essa va accertata col medesimo parametro dell’agente modello⁷³. Per ricostruire (in estrema sintesi) il parametro dell’omologo agente ideale dovrebbe pertanto seguirsi il seguente procedimento: a) prendere le mosse dall’agente concreto; b) individuare in tale agente le note distintive che fungano da indici di selezione del circolo di rapporti che nella situazione concreta risulta più prossimo all’agente concreto; c) pensare all’interno di tale circolo l’agente ideale: un soggetto ragionevole, coscienzioso, avveduto espressione di quel circolo. Nella più completa analisi sul tema, si portano numerosi esempi a sostegno della tesi per la quale la connotazione di illiceità della condotta di base dell’agente reale (es. lesioni personali) non esercita influenza né sulla individuazione del circolo di rapporti a egli più prossimo, né conseguentemente sull’individuazione dell’agente ideale esponente di quel circolo⁷⁴.

La combinazione “pura” dolo-colpa trova riconoscimento in giurisprudenza, con la dichiarata applicazione del principio di diritto della sentenza Ronci da estendere quale soluzione costituzionalmente obbligata, contro le presunzioni della teoria del dolo rafforzato, anche all’omicidio preterintenzionale: consegue a ciò un giudizio di prognosi postuma, nella pro-

⁷⁰ DOLCINI (2000), pp. 869-871. Sul tema in generale, fondamentale, BASILE (2005).

⁷¹ Cass. pen., sez. un., 22.1.2009, n. 22676, cit., anche in *Foro it.*, II, 2009, cc. 450 ss., con nota di TESAURO (2009).

⁷² Cass. pen., sez. V (pres. Pezzullo, rel. Agnino), 28.2.2025, Nerbi, CED 287636-01.

⁷³ BASILE (2005), pp. 299 ss. Tale orientamento può ritenersi tradizionale nella dottrina italiana: era già proprio di CARRARA (1898), p. 20.

⁷⁴ BASILE (2005), p. 308. Osserva qui MATTHEUDAKIS (2020), p. 175, che sembra corretto porre l’accento sul fatto che il soggetto che si pone *in re illecita* è comunque tenuto a rispettare le precauzioni che disciplinano le eventuali “quote” lecite del proprio agire complessivo e che fisiologicamente per esse ha senso rapportarsi a uno o più agenti modello concepiti in modo “tradizionale”. Vedi anche PLANTAMURA (2016), p. 95.

spettiva dunque *ex ante* e in concreto, secondo il punto di vista di un omologo agente modello, «ossia un agente ideato mentalmente come coscienzioso e avveduto che si trovi nella concreta situazione e nel concreto ruolo sociale dell'agente reale»⁷⁵.

Anche dopo questa forte affermazione di principio rimane dubbio che davvero il modello colposo in attività illecita sia identico a quello delle attività lecite: nulla ci sembra vieti di pensare alla colpa in attività illecita come un qualcosa di diverso da quella in attività lecita, considerato che il codice penale nella definizione della colpa lascia ampi margini di apprezzamento così come per il dolo, ed è forse più complicato ridurre tale tipologia di colpa negli schemi di quella in attività lecita piuttosto che affermarne qualche scostamento sempre comunque compatibile con la definizione dell'art. 43 e rispettoso del principio di colpevolezza⁷⁶. A tal proposito varrebbe sempre quanto affermato dalla Corte costituzionale già nel 1965 (sentenza n. 42 a proposito dell'art. 116 c.p.) quando ha indirettamente confermato che, tanto al legislatore quanto all'interprete, è consentito, nell'ambito del principio di colpevolezza, 'graduare' il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati, senza che se ne possa, tuttavia, prescindere in toto. A questo indirizzo sembra apprezzabilmente volgersi la più recente giurisprudenza, con il prediligere l'opzione per la quale nell'omicidio preterintenzionale il principio di colpevolezza (ma anche quello della funzione rieducativa della pena) è rispettato (anche solo) con il giudizio della prevedibilità in concreto da parte del soggetto agente dell'evento ulteriore e più grave, come possibile epilogo della condotta in relazione alle specifiche circostanze della situazione concreta⁷⁷.

Questa osservazione di base si arricchisce poi in dottrina di ulteriori considerazioni. Innanzitutto la teoria generale della colpa si riferisce a *fattispecie semplici* interamente colpose (omicidio colposo, incendio colposo, ecc.), mentre qui siamo in presenza di *fattispecie composte* di un fatto principale (generalmente doloso) e di un evento ulteriore appunto colposo⁷⁸. Il dubbio sull'identità dalla struttura si trasferisce al contenuto: premesso che tutto dipende logicamente da come viene inteso il concetto base (quello in contesto lecito), si osserva che la figura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, il concetto cioè di agente modello tipico del normale illecito colposo⁷⁹, viene sostituita da una tipologia, giudicata più generica e scarna, quale quella dell'*uomo razionale* idealmente collocato nella medesima posizione dell'agente concreto⁸⁰, ovvero, essendo proprio la condotta illecita a determinare la situazione di rischio cui le regole cautelari si ricollegano, dal c.d. *uomo mediamente avveduto*⁸¹. Ciò

⁷⁵ Da ultima Cass. pen., sez. V (pres. Sabeone, rel. Caputo), 13.12.2023, Fossatocci, CED 285490-01. Da tale sentenza CONSULICH (2024), pp. 2506-2507, trae la conclusione che non tutte le forme di responsabilità per un evento ulteriore hanno la medesima struttura ed è la scindibilità tra condotta dolosa di base e ulteriore fase tipica a imporre una articolazione dell'imputazione soggettiva. Vanno dunque distinte le ipotesi di fatto unitario (condotta unisussistente), dove non vi è il tempo per una cautela aggiuntiva e dunque il nesso si assottiglia alla mera prevedibilità in concreto, dai casi di condotte sequenziabili, dove nulla può ostare a che prevedibilità ed evitabilità operino a pieno regime, a dispetto dell'ambiente 'inusuale' perché illecito.

⁷⁶ Cfr. la vasta analisi giurisprudenziale sull'art. 586 compiuta da AMMANNATO (2023), pp. 95 ss.

⁷⁷ Cass. pen., sez. V, 14.6.2024, Sansone, CED 286574-01, e successivamente Cass. pen., sez. V, 26.11.2024, Loi, CED 287244-01, Cass. pen., sez. V, 11.9.2024, Matin, CED 286931-01 e Cass. pen., sez. V, 8.1.2025, Bufano, CED 287459-01. La sentenza trae argomenti, appunto e in continuità logica, anche da quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 55 del 31 marzo 2021, che – sulla base della precedente nota pronuncia 42/1965 – richiama la «prevedibilità in concreto, tenuto conto di tutte le peculiarità del caso di specie» in materia di imputazione del reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, ai sensi dell'art. 116 c.p., e dalla giurisprudenza della suprema Corte in tema di delitti aggravati dall'evento, quando la prevedibilità in concreto dell'evento ulteriore viene affermata quale criterio di imputazione soggettiva in tema di maltrattamenti in famiglia (Cass. pen., sez. VI, 7.3.2022, P., CED 282901-01) e in tema di rissa (da ultima Cass. pen., sez. V, 4.9.2024, M., CED 286936-01). Vedi anche per l'art. 117 c.p. Cass. pen., sez. VI, 8.2.2024, Aci Global Spa C/Amanzi, CED 286091-01, nella quale sentenza si sostiene che la conoscibilità della qualifica soggettiva pubblicistica del concorrente "intra-neus" sia da accertare a titolo quanto meno di "colpa in concreto". Sempre recentemente la Suprema Corte (Cass. pen., sez. V, 7.8.2024, CED 286874-01) ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 116 c.p. in relazione all'art. 27 c. 1 Cost., proprio perché il concorso anomalo di cui all'art. 116 c.p. richiede la *colpa in concreto* rispetto alla previsione ovvero alla *prevedibilità* dell'evento non voluto posto in essere da uno o più concorrenti nel delitto voluto, tenuto conto delle caratteristiche dello stesso, delle modalità della condotta e della personalità del reo (aggiunge il "contesto fattuale" Cass. pen., sez. V, 7.1.2021, Tasca, CED 280489-01).

⁷⁸ ANGIONI (1989), p. 1512.

⁷⁹ Cfr. ANGIONI (2006), p. 1294, e le riserve in argomento di GIUNTA (1999), pp. 96 ss.

⁸⁰ FIANDACA, MUSCO (2024), p. 685. Cfr. anche la figura della "*persona ragionevole*" come agente ideale a cui si riferisce BASILE (2005), pp. 291 ss., a proposito delle «attività a-specifiche», quelle cioè nelle quali non esistendo barriera normativa e/o naturalistica all'accesso, già disponiamo in via immediata e diretta di un circolo di rapporto, vale dire l'insieme dei consociati *tout court*. Per il criterio dell'«uomo ragionevole» *in re illicita*, già DOLCINI (2000), pp. 879 ss.

⁸¹ In questo senso CANESTRARI (1996), pp. 599 ss. Appare effettivamente sensato non riferirsi a "modelli" visto che le regole "cautelari" non sono certo preesistenti ma nascono qui in una con la situazione di rischio illecito creato dall'agente. Una ulteriore ipotesi ricostruttiva è avanzata da MATTHEUDAKIS (2020), pp. 186 ss., attraverso una similitudine con le attività lecite pericolose, che spesso – afferma l'Autore – hanno che fare con la gestione di rischi che si viene "educati" a (dover) riconoscere e fronteggiare, con

potrebbe dipendere dal disagio nel configurare un modello di agente impegnato nel compimento di un'attività illecita⁸², una figura discutibile quella dell'agente criminale modello" che si accompagna anche in giurisprudenza alla critica riguardante la difficoltà (o impossibilità o comunque incoerenza) di reperire una regola cautelare da osservare nello svolgimento dell'attività criminale di base o un comportamento alternativo lecito o "meno illecito"⁸³.

3.3. *Le difficoltà applicative e gli indici significativi.*

Comunque sia, spostato il centro dell'attenzione del modello alla figura di uomo razionale, tutto dipende dai contorni assegnati a tale razionalità: cioè fino a che punto ci si spingerà nel ritagliare poi la figura dell'uomo razionale sul singolo agente, potendosi giudicare la razionalità sulla base di una prevedibilità oggettiva (rischi evidenti) e dunque di una razionalità media, oppure potendo essere rapportata tale razionalità non solo a rischi evidenti ma anche a quelli che lo sono meno, suscettibili tuttavia di rientrare nella prevedibilità soggettiva dell'agente in concreto. Il rispetto del principio di colpevolezza – da cui è mossa la ricostruzione della preterintenzione in termini di combinazione dolo-colpa – impone per coerenza di personalizzare al grado massimo il rimprovero e dunque ritagliare sul singolo agente il giudizio di prevedibilità, da svolgere pertanto strettamente in concreto, non solo rispetto alle circostanze del fatto ma anche riguardo all'evento di riferimento. Qui soccorre un metodo di accertamento già indicato nella sentenza delle sezioni unite nel 2009 e generalizzabile anche per la preterintenzione: la valorizzazione di «tutte le eventuali circostanze del caso concreto che facciano prevedere l'evento morte» o «un concreto pericolo per l'incolumità della vittima»⁸⁴. Il problema cruciale diviene dunque quello dell'identificazione degli «indici fenomenici della prevedibilità dell'evento», per sfuggire al rischio di imputazione oggettiva che si annida nella possibile coincidenza con la prevedibilità dell'evento astratto previsto dalla norma incriminatrice, prescindendo da qualunque indagine attinente alla serie causale⁸⁵. Con tale sistema – che ci ricorda quello degli indicatori del dolo – il problema della prevedibilità dell'evento si sostanzia in fondo in quello «dell'individuazione delle circostanze in base alle quali formulare il giudizio di prevedibilità»⁸⁶, il che significa rendere giustamente interdipendenti la struttura e l'accertamento, il piano sostanziale e quello processuale.

In conclusione, i tratti tendenziali della colpa quando si combina col dolo possono essere così immaginati.

una soglia di rischio convenzionalmente fissata più avanti, ma dove tale libertà di azione ha come "costo" un impegno prima di assimilazione e poi di attuazione delle regole cautelari che presidiano l'attività intrapresa: si imporrebbe così anche a chi delinque un particolare impegno conoscitivo, proporzionale alla pregnanza dei valori in gioco.

⁸² Ritiene CANESTRARI (1999), p. 207, che in un contesto illecito non sia rintracciabile una figura-parametro sulla quale fissare la misura di cura, potendosi anzi arrivare al paradosso di pensare quale agente modello al "delinquente ragionevole". Nello stesso senso DONINI (1999), p. 375, e CARMONA (2001), p. 230. Invece per BASILE (2005), p. 309, tale obiezione si dissolve qualora si rifletta sulle indicazioni che ci offre il nostro stesso ordinamento giuridico che, con la figura dell'eccesso colposo (art. 55), prevede proprio un caso di agente "ideale" in una situazione di illiceità.

⁸³ Ancora Cass. pen., sez. V, 14.6.2024, Sansone, cit. Nelle motivazioni di questa importante pronuncia (pres. Pezzullo, rel. Scordamaglia) si riporta anche la critica per la quale non sarebbe concepibile la violazione di regole cautelari in ipotesi di agire illecito, perché l'unica regola di condotta ipotizzabile sarebbe l'astensione dalla condotta di base, che, tuttavia, coincide con il divieto che fonda la responsabilità a titolo di dolo per le percosse o per le lesioni. Così anche Cass. pen., sez. V, 8.1.2025, Bufano, cit. Per un condivisibile commento alla sentenza Sansone, BARTOLI (2024), pp. 1492 ss.

⁸⁴ Cass. pen., sez. un. (pres. Gemelli, est. Franco), 29.5.2009, Ronci, cit. Ci sembra che volta a questa particolare (e condivisibile) attenzione per le peculiarità del caso concreto, sia l'impostazione di MATTHEUDAKIS (2020), pp. 190-191, quando osserva come i modelli di agente *in re illicita* proposti o importati dalla dottrina italiana debbano essere rimeditati attribuendo, nel valutare questo tipo di imputazione colposa, maggiore peso più che a fattori personologici alle peculiarità pericolose (autoevidenti o meno) del singolo contesto criminoso di volta in volta in rilievo. Analoga attenzione, pur pensando ad ambiti non intrinsecamente criminosi, in CAPUTO (2017), p. 130, il quale ritiene maggiormente aderente al contesto in cui si ambienta il fatto la figura dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* rispetto al parametro della «persona ragionevole». Parla di «uomo coscienzioso e avveduto nella situazione data e nel concreto ruolo sociale dell'agente» e di «standardizzazione per la concreta attività», ROMANO (2004), pp. 458-459.

⁸⁵ Cass. pen., sez. V, 14.6.2024, Sansone, cit. Un'idea, questa della sentenza Sansone, ben diversa anche dalla poco convincente asserzione secondo la quale la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento sarebbe insita nella stessa norma che prevede l'evento più grave; norma che reputerebbe assolutamente probabile che da un'azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa. Nelle motivazioni di Cass. pen., sez. V, 26.11.2024, Loi, cit., si sottolinea come, sottesa a tale ricostruzione (ancora sostenuta da ultima in Cass. pen., sez. V, 1.2.2024, A., CED 286014-01), vi sarebbe una sorta di presunzione assoluta di prevedibilità, effettuata, una volta per tutte, dal legislatore.

⁸⁶ Ancora Cass. pen., sez. V, 14.6.2024, Sansone, cit. Per la di poco successiva Cass. pen., sez. V, 8.1.2025, Bufano, cit. il giudizio di prevedibilità in concreto deve svolgersi «utilizzando le circostanze di fatto dal medesimo conosciute e formulando il relativo giudizio alla stregua di *massime di comune esperienza* connesse alla concreta pericolosità della condotta nella specifica situazione storico-fattuale in cui essa era stata compiuta» (corsivo nostro).

Anche quando la colpa si innesta in un fatto illecito (doloso) il criterio di individuazione della regola cautelare è dato dalla prevedibilità dell'evento e dei tratti essenziali del rapporto causale, e il giudizio sulla violazione di essa andrà largamente personalizzato e concretizzato sull'autore. La fonte della regola è di origine sociale e assume verosimilmente la qualifica di "imprudenza", di trasgressione cioè di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione (oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute). Scendendo poi nei dettagli della condotta, il carattere colposo sarà dato fondamentalmente dal mancato riconoscimento del pericolo, essendo più difficilmente immaginabile che esso possa consistere nella mancata neutralizzazione o riduzione del pericolo riconosciuto. In una delle prime (e rare) pronunce che vanno al di là della mera affermazione di principio della combinazione dolo-colpa, e che dunque descrive seppur sinteticamente il contenuto effettivo della colpa che segue il dolo, si afferma espressamente che l'evento più grave in concreto realizzato deriva da una «mancanza di attenzione nell'attività esecutiva del reato»⁸⁷. Più problematico il nesso tra colpa ed evento, la cosiddetta causalità della colpa, sempre necessaria nel delitto preterintenzionale (e nei delitti aggravati dall'evento) proprio per la sua (loro) struttura di reato(i) di evento: deve cioè esserci un nesso causale tra imprudenza ed evento tipico come quello che esiste tra condotta ed evento⁸⁸ ed essi devono costituire oggetto di due accertamenti distinti, per evitare una responsabilità oggettiva occulta, magari anche nella forma della colpa per inosservanza di leggi. Il rapporto tra colpa ed evento arriva dunque dopo il nesso di condizionamento tra condotta ed evento⁸⁹ e ordinariamente richiede - perché possa dirsi esistente - la prova di tre passaggi⁹⁰: a) della violazione di una o più regolari cautelari (valide nel circolo dei rapporti o delle professioni cui appartiene o in cui si è inserito l'imputato); b) che la norma cautelare violata mirava a prevenire una serie di eventi tra i quali rientra quello effettivamente verificatosi; c) che l'adozione della regola cautelare inosservata avrebbe evitato l'evento sulla base di una valutazione dotata di alta credibilità razionale: tale credibilità dipenderà dal grado di capacità impeditiva della regola cautelare violata e da quanto sarà possibile escludere nel caso concreto la presenza di fattori aggiuntivi. Quest'ultima valutazione si basa nella giurisprudenza non tanto e non solo su leggi scientifiche, quanto piuttosto su regole di esperienza generalizzate tratte spesso dal senso comune. Ed è proprio il criterio dell'evitabilità a sembrare difficile da inquadrare (e forse anche da pensare) nel caso di colpa su base illecita, posto che, a rigore, l'evento ulteriore è evitabile *in re ipsa* mediante l'astensione dalla condotta integrante il fatto base illecito; senza dimenticare poi la genesi del criterio dell'evitabilità, nato con funzione integratrice e correttiva di quello della prevedibilità, con esclusivo riguardo al settore delle attività intrinsecamente rischiose ma autorizzate dall'ordinamento⁹¹.

Possiamo dunque concludere che nella combinazione dolo-colpa il ruolo di protagonista spetta al criterio della *prevedibilità*: la base del giudizio è *quanto più possibile concreta*, costituita dalle circostanze della situazione reale conoscibili e correttamente valutabili da un *agente modello* calato nelle condizioni di tempo e di luogo in cui opera il soggetto reale⁹², e anche l'evento di riferimento deve essere prevedibile nella sua concretezza.

4. L'estraneità dell'agente modello al dolo.

L'idea dell'agente modello potrebbe venire in considerazione - nei termini che vedremo - in tema di dolo quando si ritenga primo gradino dell'imputazione dolosa l'assunto che la forma eventuale può ritenersi integrata solo qualora il reo decida, consapevolmente, di superare con la propria condotta la misura del rischio tollerata dall'ordinamento. Tale tendenza si è rivelata nella dottrina italiana attraverso due orientamenti diversi ma comunque convergenti nel

⁸⁷ Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 1979, Donzelli, CED 141563.

⁸⁸ Su tale nesso, MAZZACUVA (1983), pp. 310 ss. Osserva MARINUCCI (1991), p. 17, che è proprio tale requisito di causalità che esprime la ragione più profonda dell'imputazione colposa dell'evento, che non è costituita dalla nuda somma di colpa più evento, ma è il prodotto dei due elementi, uno per l'altro. Vedi FORTI (1990), p. 422. Secondo ANGIONI (2006), p. 1309, solo valorizzando appieno questa compenetrazione si ottempera nella sostanza al divieto di responsabilità oggettiva. Per la rilevanza giurisprudenziale del nesso, BLAIOTTA (2000), p. 1216.

⁸⁹ Per una corretta distinzione tra i due momenti, Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2019, S., CED 277960.

⁹⁰ Vedili elencati, con ampio corredo logico, dottrinale e giurisprudenziale, in ANGIONI (2006), p. 1319.

⁹¹ ANGIONI (1989), p. 1512. Anche JESCHECK (1978), p. 463, e WEGSCHEIDER (1986), p. 655.

⁹² Con l'ovvio limite del livello massimo di individualizzazione, che deve essere di poco inferiore allo stesso soggetto agente, perché altrimenti tutto ciò che egli non ha previsto finirebbe per dover essere giudicato imprevedibile. È la classica impostazione di base della prevedibilità come criterio di imputazione soggettiva di ENGISCH (1960), p. 429, seguita per esempio da ANGIONI (1989), pp. 1513 s.

pervenire al risultato di individuare un medesimo “zoccolo” normativo comune a dolo e colpa: il primo orientamento si inquadra nella prospettiva della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento; il secondo itinerario dogmatico sostiene l'esistenza di un denominatore comune tra le realizzazioni colpevoli e identifica questa piattaforma oggettiva nella trasgressione della diligenza oggettivamente necessaria⁹³.

Il «versante normativo» del dolo, sul quale si radica la «decisione contro il bene giuridico», non va identificato però – si è sostenuto nella nostra dottrina – con la misura impersonale della colpa. In particolare riguardo al dolo eventuale, le modalità sociali espressive del rischio normativamente rilevante possono essere ricostruite con un'opera di bilanciamento, che si fonderebbe sull'operatività di molteplici *coordinate* agganciabili a indici normativi: in primo luogo opererebbe il fattore costituito dal grado di probabilità del verificarsi della lesione e dalla contrapposta “grandezza” del valore o della consuetudine sociale della condotta pericolosa tenuta dal soggetto in connessione con la finalità o lo scopo di essa. Con realismo si riconosce però che, siccome detta comparazione deve essere rapportata alle variabili della situazione concreta, essa non può offrire sempre una soluzione precisa e definitiva. Allora interverrebbe anche nel dolo il criterio euristico rappresentato dal riferimento all'agente modello, però così inteso: «la circostanza stessa che non sia possibile individuare alcuna “tipologia di individui”, ancorché “circoscritta” o “differenziata”, cui commisurare una determinata condotta del soggetto reale appare un'indicazione efficace per ritenere integrato il presupposto normativo della struttura del *dolus eventualis*». La piattaforma di rischio propria del dolo eventuale non può cioè *neppure* essere presa in considerazione da parte di qualsivoglia *homo eiusdem professionis et conditionis*, proprio perché non si riesce a “rinvenire” un tipo normativo in grado di “impersonificare”, in quella determinata situazione, «il punto di vista del diritto»⁹⁴.

Il criterio di accertamento di questa base oggettiva è dunque di tipo “negativo”: quando si nega, appunto, la possibilità di identificare un modello di agente del tipo di quello utile per l'accertamento colposo si è in presenza, comunque, solo del primo gradino del dolo, che spinge anzi a valorizzare (dal punto di vista stavolta soggettivo) l'autonomia e il significato degli ulteriori livelli: così a livello cognitivo si dovrà accertare una rappresentazione effettiva da parte del reo del concreto esito offensivo, basata sulla conoscenza attuale della situazione di fatto dalla quale derivava il rischio della sua verifica; a livello volitivo sarà la presenza “incisiva” di indicatori a confermare la «decisione (personale) contro la possibile violazione del bene giuridico»⁹⁵. In realtà una oggettivizzazione rischia di sussistere anche con questo criterio misto, di per sé coerente, dove il primo livello (che è criterio di accertamento) può debordare perché di più facile verifica e divenire preponderante nel giudizio definitivo sul dolo, soprattutto quando i due successivi livelli (i veri e propri elementi strutturali) non vengono sufficientemente approfonditi.

Questi assunti dottrinali ci forniscono l'occasione di segnalare il rischio che questa oggettivizzazione porti invece alla creazione di un agente modello anche in tema di dolo e soprattutto che questo primo gradino sia preponderante sugli altri o addirittura li renda superflui. Il risultato ultimo sarebbe una normativizzazione del concetto di dolo, contrario alla sua essenza psicologica.

Può essere vero che la stessa struttura del dolo contiene una semplificazione del processo, insondabile nella sua profondità, che si svolge nella psiche dell'autore del fatto: rappresentazione e volizione sono infatti espressione di una concezione razionalistica, che designa come dolo ben determinati avvenimenti psichici, concezione che si fonda sull'*immagine ideale - e normale insieme - di un uomo ragionevole*⁹⁶. Ma oltre questo modello a monte non è possibile

⁹³ Un'illustrazione della tematica in CANESTRARI (1999), pp. 90 ss., pp. 105 ss. e pp. 300-302.

⁹⁴ Il contenuto del pericolo che funge da “pedistallo normativo” della categoria del dolo eventuale è condensato da CANESTRARI (1999), p. 306, nella seguente formula: «deve trattarsi di un rischio “non consentito”, la cui assunzione non può neppure essere presa in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto». Esempi di rischi che non possono essere presi neppure in considerazione secondo la tipologia sociale di riferimento del modello sarebbero, tra i tanti, il lancio dei sassi dal cavalcavia e un'inversione a U in un tratto di strada avvolto dalla nebbia. Nella colpa con previsione, chi agisce commette di regola un errore relativo alla dinamica del decorso causale, ma siffatto giudizio erroneo sul possibile avverarsi del risultato non si sostituisce alla valutazione, compiuta secondo il parametro dell'agente modello, posta alla base dell'obbligo cautelare, ma si sovrappone a essa. «Insomma – chiarisce Canestrari (pp. 298 s.) – il reo “decide” di violare l'obbligo cautelare, però, al contempo, ne “apprezza” e, in certa misura, ne “condivide” la funzione preventiva».

⁹⁵ CANESTRARI (1999), p. 307.

⁹⁶ Cfr. PLATZGUMMER (1964), p. 36. Vedi anche LICCI (1990), pp. 1508 ss. Di un concetto di dolo che si richiama a un modello di quotidiana valutazione della “dolosità” (*Vorsätzlichkeit*), parla poi VEST (1986), p. 95. Ci viene qui in mente, su un piano ancora più generale, il senso del principio di determinatezza come individuato da PALAZZO (1979), p. 415: il legislatore cioè deve sussumere nel modello legale quei comportamenti nei quali i cittadini possano tendenzialmente riconoscere i tipi di comportamento (accadimenti di vita) già esistenti nel comune

andare. Va respinta qualsiasi tecnica volta a semplificare l'accertamento del dolo magari attraverso la sostituzione della rappresentazione effettiva con la *prevedibilità*, appartenente invece all'universo concettuale della colpa e con la quale si rischia invece di confondere il profilo del soggetto agente con quello dell'osservatore. Il ricorso alla nozione di "prevedibilità" si spiega (ma non si giustifica) con la sua idoneità a soddisfare esigenze preventive e repressive, in particolare quando alla fattispecie dolosa non si affianca una corrispondente forma colposa, e dunque il bisogno sociale di punizione non trova una valvola di sfogo. Mentre però nella colpa la prevedibilità al momento della condotta garantisce il rispetto del principio di colpevolezza contro estensioni e sconfinamenti verso la responsabilità oggettiva, al contrario in tema di dolo è proprio il concetto di prevedibilità a rappresentare lo strumento per la violazione del principio di colpevolezza dolosa e per lo sconfinamento nella responsabilità colposa quando addirittura non in quella meramente oggettiva⁹⁷.

Ciò che deve contare è che l'accertamento sia volto alla ricerca di un atteggiamento psicologico effettivo. Insomma, a nostro avviso l'accertamento del dolo deve rimanere una verifica empirica di uno stato psicologico e dunque tendere alla sua descrizione e non alla sua ascrizione secondo parametri normativi.

Rappresenta pertanto una eccezione, utile per riaffermare la regola enunciata, quanto sostenuto in una sentenza abbastanza recente della suprema Corte che fa ricorso appunto all'agente modello per accertare il momento rappresentativo del dolo (eventuale) e con questo fermarsi sulla via dell'imputazione soggettiva⁹⁸. Sembra questo il punto estremo a cui possono giungere concezioni che in definitiva negano il profilo eminentemente psicologico e concreto del dolo per sostenerne invece una natura puramente normativa al pari della colpa, da giudicarsi pertanto secondo parametri generalizzanti, quale quello per l'appunto dell'"uomo medio" o "agente medio in astratto"⁹⁹. L'accertamento, di tipo puramente ipotetico normativo, così finisce per prescindere da qualsiasi indagine volitiva e si arresta al solo confronto tra la condotta del soggetto agente e il criterio — tutto astratto, normativo e, praticamente, oggettivo — del normale bagaglio di conoscenze dell'uomo medio¹⁰⁰: un esito semplicemente contrario alla definizione e al concetto di dolo nel nostro codice penale.

5. Conclusioni.

Ci sembra che la figura dell'agente modello, e in fondo l'idea di colpa che richiama, possa indurre una più generale meditazione, anche politico-criminale, sul significato della colpa, in un sistema penale tarato sul reato doloso¹⁰¹. Probabilmente la storia non insegna (ce lo dimostrano purtroppo tanti esempi in altri campi), ma è in grado di lasciare degli avvisi. La ricerca di un modello per identificare e misurare la cautela doverosa è una delle costanti dell'evoluzione dogmatica della colpa e della conseguente applicazione nella giurisprudenza: l'esito condivisibile dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* rappresenta l'espressione di un punto di vista per descrivere la sua vera essenza, di violazione di regole cautelari, senza abbandonarne la dimensione soggettiva, personale. Un'altra costante che ha caratterizzato (e magari più o meno inconsapevolmente condiziona) le concezioni della colpa, è l'idea della presenza di una nota psichica, o di un suo difetto, sia sul piano della condotta sia su quello del collegamento con l'evento. Anche il grado della colpa continua a essere oggetto di discussione, sia sul versante della misura oggettiva che su quello della colpevolezza colposa, ma con un significativo

patrimonio conoscitivo sociale. E fa meditare, nella sua semplicità e coerenza logica, con lo sguardo rivolto anche alla colpa, l'affermazione per la quale l'efficacia motivante della legge penale è direttamente collegata alla corrispondenza della rappresentazione del fatto penalmente vietato a rappresentazioni di tipi di fatto diffuse nell'ambiente sociale.

⁹⁷ Contro tale obiettivizzazione già da tempo MARINUCCI (2002), p. 1041, reputava necessario «perseguire con ogni mezzo l'obiettivo di ostacolare quella sciatta prassi giurisprudenziale che spesso e volentieri fonda "l'effettiva" conoscenza degli elementi del fatto, richiesta dal dolo, sulla loro "possibilità" di conoscerli — sul «dover conoscere» —, trasformando così la prova del dolo in prova della colpa». Nello stesso senso PEDRAZZI (2000), p. 1265, avvertiva che «passando disinvoltamente dal piano della possibilità (sempre tale anche se "ragionevole") al piano dell'attualità psicologica, quasi fossero *unum et idem*, altro non si fa che rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo».

⁹⁸ Cass. pen., sez. I, 15.9.2022, Scapin, CED 283987-01. Vedine i commenti critici di CIVELLO (2023), pp. 1090 ss., e di SANTARELLI (2023).

⁹⁹ Così CIVELLO (2023), p. 1093.

¹⁰⁰ CIVELLO (2023), p. 1100.

¹⁰¹ Finalmente spunti di riflessione in MICHELETTI (2025) quanto al fondamento della punizione dei fatti involontari, e già da tempo critiche in rapporto al sistema mono-sanzionatorio delle due forme base dell'imputazione soggettiva in EUSEBI (2011), con alcune ipotesi *de iure condendo* ancora in EUSEBI (2021), specie pp. 1212 ss.

dibattito di politica criminale sulla fissazione della colpa grave come limite all'intervento penale, almeno in certi settori, allo scopo di contenere l'inarrestabile e costante incremento dei processi per colpa: esigenza che si è affacciata, da ultimo, in fase di emergenza per la pandemia, in particolare per la colpa medica, da sempre storicamente oggetto di particolare (attenzione e) trattamento.

L'analisi della giurisprudenza ci sembra attestare la normalità dell'utilizzo del punto di vista dell'agente modello, attraverso la fissazione dell'asticella del dovere cautelare nella misura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Questa figura meglio si attaglia alla colpa in attività lecite, mentre in quella che si innesta in un contesto illecito è il concetto di prevedibilità a rappresentarne ancor di più il contrassegno, solo a condizione che tale prevedibilità venga ritenuta in concreto per non sconfinare, ancora come sempre, se considerata in astratto, nella responsabilità oggettiva occulta. Gli sconfinamenti dell'agente modello nel dolo debbono ritenersi assolutamente contrari alla stessa essenza del dolo. Va sottolineato ancora che l'agente modello fornisce un punto di vista coerente con il principio di colpevolezza e pur sempre compatibile con quello di legalità (precisione), solo però se rigidamente applicato nella prospettiva *ex ante* e in concreto, con un giudizio prognostico (non è certo l'unico in diritto penale) non solo a parole, ma con la precisa indicazione degli elementi presenti nel momento della condotta e indispensabili per definire la regola cautelare ed esprimere il giudizio di prevedibilità ed evitabilità: ci sembra che a questo proposito l'accennata ricerca degli "indici significativi" di cui si parla in qualche recente sentenza sia un apprezzabile segnale di ravvicinamento tra le fasi sostanziale e processuale.

Le critiche all'agente modello che pure abbiamo visto presenti in dottrina e in giurisprudenza possono rappresentare uno stimolo alla regolamentazione positiva o alla ricerca di prassi condivise, fin quando e fin quanto possibile e raccomandabile, però: infatti ciò che attraverso tale formalizzazione si guadagna in termini di precisione (legalità) rischia di perdersi a livello di individualizzazione (colpevolezza-personalità). Eppure le due visioni – così come recentemente espresse¹⁰² – vanno entrambe preservate, perché nessun principio vive da solo nel sistema penale: da un lato fornire una tutela sussidiaria di beni giuridici, cercando di preservarne di preservarne l'integrità attraverso la configurazione di livelli elevati di diligenza doverosa, accompagnata dalla minaccia di pena in caso di loro inosservanza; dall'altra, perseguire un diritto penale attento alle garanzie e ai bisogni delle persone indagate e processate, tutte aventi diritto di conoscere e fare affidamento *ex ante* sulla cautela la cui violazione fonderà il rimprovero, per poterli motivare all'osservanza. L'indiscussa natura normativa della colpa deve accompagnarsi alla sua individualizzazione in sede di giudizio di colpevolezza: un esito questo possibile, necessario e – come è stato detto e condividiamo – non negoziabile¹⁰³. Il punto di vista dell'agente modello, l'*homo eiusdem professionis et condicionis*, con i profili umanizzanti e dunque concreti che si sono visti, rimane lo strumento attraverso il quale conciliare, con il massimo impegno possibile, le due visioni: senza dimenticare poi che la linea umanizzante coinvolge anche la tutela delle potenziali vittime e che la prevenzione generale positiva, se davvero esistente, potrebbe anche qui svolgere un ruolo con la minaccia della pena, la quale adempirebbe una funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale dei consociati.

Il modello dell'uomo coscienzioso e avveduto rappresenta valore giuridico acquisito: in relazione a beni di rango elevato nella tavola costituzionale è giusto esigere – oggi più che mai – da ciascun membro della collettività civile un impegno costante di autocontrollo, di cautela, di rispetto, di attenzione e di diligenza nell'esercizio di qualsiasi attività della vita sociale.

Bibliografia

AMMANNATO, Elena (2023): "La colpa in attività illecita: il ruolo "straordinario" della prevedibilità nella personalizzazione del giudizio colposo", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 95-112

¹⁰² Da CAPUTO (2023), p. 227.

¹⁰³ CASTRONUOVO (2021), p. 230.

- ANGIONI, Francesco (1989): “Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1440-1533
- ANGIONI, Francesco (1994): *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2ª ed. (Milano, Giuffrè)
- ANGIONI, Francesco (2006): “Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica”, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, (Milano, Giuffrè)
- ANTOLISEI, Francesco (2000), *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 15ª ed. agg. da L. Conti (Milano, Giuffrè)
- ATTANASIO, Davide: (2024): “Il “dover essere” colposo nei fatti di piazza San Carlo a Torino: la pronuncia della Corte di cassazione sulla responsabilità degli organizzatori e gestori dell’evento”, *Sistema Penale* 10 dicembre 2024
- ATTILI, Valeria (2006): “L’agente-modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1240-1296
- BARTOLI, Roberto (2024): “Preterintenzione: un definitivo abbandono della responsabilità oggettiva? Sarebbe l’ora!”, *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1492-1500
- BASILE, Fabio (2005): *La colpa in attività illecita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva* (Milano, Giuffrè)
- BASILE, Fabio (2012): “Fisionomia e ruolo dell’agente-modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica”, *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di G. Bellantoni e D. Vigoni, III, Piacenza 2011, 209 ss., anche *Diritto Penale Contemporaneo* 13 marzo 2012
- BAZZANELLA, Carla - MORRA, Lucia (2002): “Considerazioni sul “buon padre di famiglia””, *Rivista critica di diritto privato*, 4, pp. 529-563
- BLAIOTTA, Rocco (2000): “Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza”, *Cassazione penale*, 5, pp. 1188-1220
- BLAIOTTA, Rocco (2021): “Dove va la colpa”, *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1281-1287
- BRICOLA, Franco (1960): “Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi”, *Bollettino dell’Istituto di Diritto e Procedura Penale dell’Università di Pavia*, 1960-1961, pp. 89-127, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, I, a cura di S. Canestrari - A. Melchionda (Milano, Giuffrè) 1997, pp. 67-108
- BURGSTALLER, Manfred (1974): *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen* (Wien, Manz)
- CANEPA, Andrea (2011): *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza* (Torino, Giappichelli)
- CANESTRARI, Stefano (1999): *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose* (Milano, Giuffrè)
- CANESTRARI, Stefano (2012): “La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo”, *Indice penale*, 1, pp. 21-30 (anche in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2012, Giappichelli, pp. 73-83)
- CANESTRARI, Stefano (1996): “Il delitto preterintenzionale”, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale*, a cura di F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. I, 2ª ed., Torino, UTET, pp. 599-622
- CAPONE, Arturo (2025), “Reati colposi e correlazione tra accusa e sentenza”, *Cassazione penale*, 4, 2025, pp. 1394-1415

- CAPUTO, Matteo (2012): *“Agente modello” e responsabilità per colpa in ambito sanitario* (Milano, EDUCatt)
- CAPUTO, Matteo (2017): *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure* (Torino, Giappichelli)
- CAPUTO, Matteo (2023): “La ‘regola di Sully’. L’incidenza del fattore umano sulla costruzione dell’*homo eiusdem professionis et conditionis*”, *disCrimen* 30 giugno 2023
- CARMONA, Angelo (2001): “Il *versari in re illicita* colposo. Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale”, *Indice penale*, 1, pp. 223-251
- CARRARA, Francesco (1898): *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, opera XXXI, *Sul caso fortuito*, 5^a ed., (Firenze, Fratelli Cammelli)
- CASTRONUOVO, Donato (2009): *La colpa penale* (Milano, Giuffrè)
- CASTRONUOVO, Donato (2011): “L’evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1594-1645
- CASTRONUOVO, Donato (2021): voce “Colpa penale”, in *Enciclopedia del Diritto*, Tematici, *Il Reato Colposo* (Milano, Giuffrè)
- CIVELLO, Gabriele (2023): “Dolo eventuale senza accettazione dell’evento: per la Corte di Cassazione è sufficiente la prevedibilità secondo “il normale bagaglio di conoscenze dell’uomo medio””, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1090-1108
- COLETTI, Vittorio (2023): “L’agente modello: una sineddoche pericolosa”, *disCrimen* 25 maggio 2023
- CONSULICH, Federico (2023), “L’analogia dai mille volti: tramonto dell’agente modello e alba del principio di lealtà sportiva”, *Cassazione penale*, 9, pp. 2764-2783
- CONSULICH, Federico (2024), “Colpevolezza e rischio illecito: la Cassazione alla prova dell’imputazione preterintenzionale”, *Cassazione penale*, 9, pp. 2487-2507
- CRESPI, Alberto (1955): *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto* (Palermo, Priulla)
- DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio (1977-1978): “Sulla misura soggettiva della colpa”, *Studi urbinati*, pp. 273-343
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2021): “In tema di colpa. Un breve giro d’orizzonte”, *La legislazione penale* 3.2.2021
- DEMURRO, Gian Paolo (2010): *Il dolo. Vol. II: L’accertamento* (Milano, Giuffrè)
- DEMURRO, Gian Paolo (2020): “La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 543-571
- DEMURRO, Gian Paolo (2021): voce “*Homo eiusdem professionis et conditionis* (profili storici)”, *Enciclopedia del Diritto*, Tematici, *Il Reato Colposo* (Milano, Giuffrè)
- DI GIOVINE, Ombretta (2018): “A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione “Mariotti” sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su “colpa medica e sicurezza delle cure” (Giappichelli 2017)”, *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 3, pp. 837-866
- DI MAJO, Adolfo (1985): *Obbligazioni in generale* (Bologna, Zanichelli)
- DOLCINI, Emilio (2000): “Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l’interprete in attesa di un nuovo codice penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 863-882

- DONINI, Massimo (1999): “Teoria del reato”, *Digesto delle Discipline Penali*, XIV (Torino, UTET)
- DONINI, Massimo (2013): “L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 124-156
- DONINI, Massimo (2019): “Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale”, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 maggio 2019
- DOVERE, Salvatore (2021): voce “Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa”, *Enciclopedia del Diritto*, Tematici, *Il Reato Colposo* (Milano, Giuffrè)
- DOVERE, Salvatore (2024): “Istanze garantiste e necessità di tutela nella gestione dei rischi ‘leciti’: il caso della colpa generica”, *Cassazione penale*, 1, pp. 381-391
- ENGISCH, Karl (1930): *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlin, Liebmann. neudruck 1964 Aalen, Scientia Verlag)
- ENGISCH, Karl (1960): „Der Unrechtstatbestand im Strafrecht“, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, I (Karlsruhe, Muller), pp. 401-437
- EUSEBI, Luciano (2011), “La prevenzione dell’evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell’illecito colposo e del dolo eventuale”, *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti (Napoli, Jovene), pp. 963-1003
- EUSEBI, Luciano (2021), voce “Sistema sanzionatorio e reati colposi”, *Enciclopedia del Diritto*, Tematici, *Il Reato Colposo* (Milano, Giuffrè)
- EUSEBI, Luciano (2024): *sub Art. 43, Commentario breve al Codice penale*, a cura di G. Forti - S. Riondato - S. Seminara, VII ed. (Milano, Wolters Kluwer – CEDAM)
- EXNER, Franz (1910): *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung* (Leipzig, Deuticke)
- FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo (2024): *Diritto penale. Parte generale*, nona ed. (Bologna, Zanichelli)
- FILINDEU, Maria Teresa (2022): *Colpevolezza e neuroscienze: prospettive di un confronto dialogico* (Torino, Giappichelli)
- FIORENTINI, Sara (2024): “La responsabilità dell’esercente la professione sanitaria e la gestione del rischio nella struttura pubblica”, *Diritto amministrativo*, 4, pp. 1153-1190
- FORTI, Gabrio (1990): *Colpa ed evento nel diritto penale* (Milano, Giuffrè)
- GALLO, Marcello (1951): *Il concetto unitario di colpevolezza* (Milano, Giuffrè)
- GALLO, Marcello (1960): voce “Colpa penale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del Diritto*, VII (Milano, Giuffrè)
- GATTA, Gian Luigi (2012), “La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose”, *Diritto Penale Contemporaneo* 12 ottobre 2012
- GATTA, Gian Luigi (2025), “Una tragica fatalità non è reato e non merita una pena: il caso dell’omicidio di un’anziana signora investita da un bambino che imparava ad andare in bicicletta con il suo papà”, *Sistema Penale* 14 marzo 2025
- GIUNTA, Fausto (1993): *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa* (Padova, CEDAM)

- GIUNTA, Fausto (1999a): “La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 86-115
- GIUNTA, Fausto (1999b): “I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare”, *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1295-1297
- GIUNTA, Fausto (2008): “La legalità della colpa”, *Criminalia*, pp. 149-170
- GIUNTA, Fausto (2013): “Il reato colposo nel sistema delle fonti”, *La Giustizia Penale*, 2, pp. 577-592
- GRISPIGNI, Filippo (1947): *Diritto penale italiano*, II (Milano, Giuffrè)
- GROTTO, Marco (2012): *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica* (Torino, Giappichelli)
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978): *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 3. Aufl. (Berlin, Duncker & Humblot)
- KAUFMANN, Armin (1964): „Das fahrlässige Delikt“, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1, pp. 41-55
- KRÖGER, Thomas (2016): *Der Aufbau der Fahrlässigkeitstraftat. Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie* (Berlin, Duncker & Humblot)
- LICCI, Giorgio (1990): “Dolo eventuale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1498-1514
- MANNHEIM, Hermann (1912): *Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Breslau, Schletter, rist. Frankfurt am Main - Tokio 1977)
- MARINUCCI, Giorgio - DOLCINI, Emilio - GATTA, Gian Luigi (2024): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XIII ed. (Milano, Giuffrè)
- MARINUCCI, Giorgio (1965): *La colpa per inosservanza di leggi* (Milano, Giuffrè)
- MARINUCCI, Giorgio (1991): “Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’imputazione oggettiva dell’evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 3-39
- MARINUCCI, Giorgio (2002): “Il diritto penale messo in discussione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1040-1047
- MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida (2020): *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale* (Bologna, Bononia University Press)
- MAZZACUVA, Nicola (1983): *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo* (Milano, Giuffrè)
- MICHELETTI, Dario (2025): “Le finalità della pena per l’offesa involontaria”, *disCrimen* 16 gennaio 2025
- MONGILLO, Vincenzo (2022): “Imputazione oggettiva e colpa tra “essere” e normativismo: il disastro di Viareggio”, *Giurisprudenza Italiana*, 4, pp. 953-962
- PAGLIARO, Antonio (1992): “Imputazione obiettiva dell’evento”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 779-813
- PAGLIARO, Antonio (2020): *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed. riveduta e aggiornata da V. Militello, M. Parodi Giusino e A. Spena (Milano, Giuffrè)
- PALAZZO, Francesco (1979), *Il principio di determinatezza* (Padova, CEDAM)
- PALAZZO, Francesco (2021): “Fatto e antigiusuridicità. La crisi della tipicità e il ruolo della

società dei diritti”, in *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, a cura di A.M. Stile e V. Mongillo (Napoli, ESI), pp. 151-162

PAONESSA, Caterina (2024): *Giudizi prognostici e diritto penale. Luoghi, funzioni, garanzie* (Pisa, Edizioni ETS)

PEDRAZZI, Cesare (2000): “Tramonto del dolo?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1265-1279

PERIN, Andrea (2019): “Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale”, *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, pp. 207-235

PERIN, Andrea (2020): *Prudenza e dovere di conoscenza e colpa penale* (Napoli, Editoriale Scientifica)

PERRONE, Daria (2021): *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi. Limiti e possibilità del ricorso alla “giustizia digitale integrata” in sede di accertamento della colpa* (Torino, Giappichelli)

PIERGALLINI, Carlo (2017): voce “Colpa (diritto penale)”, *Enciclopedia del Diritto*, Annali, X (Milano, Giuffrè)

PIRAS, Paolo (2012): “Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra”, *Diritto Penale Contemporaneo* 22 giugno 2012

PLANTAMURA, Vito (2016): *L'omicidio preterintenzionale* (Pisa, Pisa University Press)

PLATZGUMMER, Winfried (1964): *Die Bewußtseinform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage* (Wien, Springer)

PONTEPRINO, Gabriele (2023): ““Violenza sportiva” e responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del “rischio consentito” ad un più rigoroso riscontro della “colpa””, *La legislazione penale* 8.11.2023.

PRANDI, Michele (2023): “Il molteplice nell'uno: una tipologia delle metafore”, *disCrimen* 30 maggio 2023

PRANDI, Sara (2024): “L'inesigibilità nel prisma della colpa”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1035-1068

QUARANTA, Dario (2023): “La sentenza sul disastro di Rigopiano: “nessun fiocco di neve, in una valanga, si sente mai responsabile””, *Cassazione Penale*, 10, pp. 3083-3107

QUARANTA, Dario (2025): “Il problema non è la caduta (della valanga), ma l'atterraggio (del sistema di prevenzione): la Cassazione sul disastro di Rigopiano, tra gestione (anticipata) del rischio ed esigibilità della condotta doverosa”, *Sistema Penale* 22 maggio 2025

ROMANO, Mario (2004): *Commentario sistematico del codice penale*, I (art. 1-84), 3^a ed. (Milano, Giuffrè)

RONCO, Mauro (2014): “La riscoperta della volontà nel dolo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1953-1970

SANTARELLI, Filippo (2023): “L'accertamento del dolo eventuale in una recente sentenza della Suprema Corte”, *Archivio Penale*, 2, pp. 1-11

SOTIS, Carlo (2013), “Ma quando gesticolare integra un modo scomposto? Qualche breve osservazione sulla rilevanza delle abitudini in un “curioso caso di colpa generica””, *Diritto Penale Contemporaneo* 24 gennaio 2013

SUMMERER, Kolis (2024): *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto* (Torino, Giappichelli)

TAVERRITI, Sara Bianca (2024): “L'autonormazione medica al banco di prova dei formanti penali”, *La legislazione penale* 16.4.2024

TESAURO, Alessandro (2009): “Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le sezioni unite optano per la colpa in concreto”, *Foro italiano*, II, cc. 450-454

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

VEST, Hans (1986): *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht* (Bern, Peter Lang)

VISCONTI, Arianna (2024): “Genesi, indagine, prevenzione e repressione della devianza organizzativa, tra fallacie cognitive e ‘tentazioni sacrificali’. Alcune riflessioni a partire dal volume di Maurizio Catino “Trovare il colpevole. la costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni””, *La legislazione penale* 15.2.2024

WEGSCHEIDER, Herbert (1986): „Zum Begriff der Leichtfertigkeit“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 98, 3, pp. 624-657

DIRITTO PENALE TRIBUTARIO

DERECHO PENAL TRIBUTARIO

TAX CRIMINAL LAW

- 93 **Il restyling del delitto di indebita compensazione ad opera del D.lgs. n. 87/2024 nel segno di un'opinabile continuità con il diritto vivente**
La reforma del delito de compensación indebida por el decreto legislativo n° 87/2024: una controversial continuidad con el derecho viviente
The Reform of the Offence of Improper Tax Offset by Legislative Decree No. 87/2024: A Controversial Continuity with Established Case Law
Filippo Bellagamba

Il *restyling* del delitto di indebita compensazione ad opera del D.lgs. n. 87/2024 nel segno di un'opinabile continuità con il diritto vivente

La reforma del delito de compensación indebida por el decreto legislativo nº 87/2024

The Reform of the Offence of Improper Tax Offset by Legislative Decree No. 87/2024

FILIPPO BELLAGAMBA

Professore Associato presso l'Università di Siena
filippo.bellagamba@unisi.it

REATI TRIBUTARI

DELITOS TRIBUTARIOS

TAX OFFENCES

ABSTRACTS

Con il D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, emanato in attuazione della legge delega 9 agosto 2023 n. 111 per la riforma fiscale, si è provveduto ad inserire, all'art. 1 D.lgs. n. 74/2000, le lett. *g-quater*) e *g-quinquies*), contenenti le nuove definizioni di crediti inesistenti e di crediti non spettanti, rilevanti ai fini della possibile integrazione dei delitti, rispettivamente disciplinati all'art 10 *quater*, comma secondo e comma primo, D.lgs. n. 74/2000. Stante la sempre più diffusa contestazione, in sede tributaria, dell'indebita compensazione di talune tipologie di crediti di imposta – tra cui, in particolare, quelli per investimenti effettuati in attività di *ricerca e sviluppo* – è facilmente prevedibile un picco applicativo della fattispecie sopra richiamata nella sola parte in cui sanziona l'opposizione in compensazione di crediti inesistenti. E ciò in ragione di una rimodulazione delle due nozioni del tutto insoddisfacente, sia quanto alla ancora inadeguata valorizzazione del principio di sussidiarietà; sia quanto al sovradimensionamento della categoria della inesistenza, a seguito della riproposta – perché già invalsa in giurisprudenza – ma pur sempre censurabile equiparazione tra insussistenza *tout court* del credito, sorretta o meno da contegni fraudolenti, e carenza anche di uno soltanto dei suoi requisiti costitutivi.

Con el Decreto Legislativo nº 87 de 14 de junio de 2024, implementado en virtud de la ley delegada nº 111 de 9 de agosto de 2023 para la reforma fiscal, se incorporaron las letras *g-quater*) y *g-quinquies*) al artículo 1 del D.lgs. 74/2000, introduciendo las definiciones de “créditos inexistentes” y “créditos no debidos”, relevantes para los delitos contemplados en el artículo 10-*quater*, párrafos 2 y 1, respectivamente. Dada la creciente frecuencia con que las autoridades tributarias impugnan la compensación indebida de ciertos créditos fiscales – notablemente los por inversiones en I+D – se anticipa un incremento en la aplicación de esta figura delictiva, especialmente en los supuestos de compensación de créditos inexistentes. Esto se debe a una recalibración insatisfactoria de ambas definiciones: se aprecia una insuficiente valoración del principio de subsidiariedad y una ampliación excesiva de la categoría de “inexistencia”. En concreto, la reforma reintroduce – aunque de manera discutible – una equiparación, sostenida por la jurisprudencia, entre la no existencia plena del crédito, con o sin conducta fraudulenta, y la mera carencia de cualquiera de sus requisitos constitutivos.

With Legislative Decree No. 87 of 14 June 2024, enacted under enabling Law No. 111 of 9 August 2023 for fiscal reform, letters *g-quater*) and *g-quinqüies*) were added to Article 1 of D.lgs. 74/2000, introducing the new definitions of “non-existent credits” and “credits not due,” relevant for the offence provisions in Article 10-*quater*, paragraphs 2 and 1 respectively. Given the increasing frequency of tax-authority disputes concerning the improper offsetting of certain tax credits – notably those for R&D investments – a surge in the application of this offence is foreseeable, particularly for cases involving the offset of non-existent credits. This is attributable to the unsatisfactory recalibration of the two definitions: there is insufficient emphasis on the principle of subsidiarity, and the scope of “non-existence” has been excessively broadened. Specifically, the reform reintroduces – albeit controversially – a judicially established equivalence between the outright non-existence of a credit, whether or not accompanied by fraudulent behavior, and the mere absence of any one of its constitutive requirements.

SOMMARIO

1. Brevi note introduttive sulla previsione di cui all'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000. – 2. Le nozioni di crediti *non spettanti* e di crediti *inesistenti* rimodulate dal D.lgs. n. 87/2024. – 3. I crediti di imposta per investimenti in attività di ricerca e sviluppo quale settore privilegiato per una nuova stagione applicativa del delitto di indebita compensazione. – 4. La previsione di una nuova causa di esclusione della punibilità in caso di indebita compensazione di crediti non spettanti. – 5. Sintesi conclusiva.

1.

Brevi note introduttive sulla previsione di cui all'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000.

Rispettando una cadenza approssimativamente quinquennale, con la quale il legislatore, a partire dalla strutturale riforma del 2000, avverte la periodica, irrefrenabile esigenza di apportare talune modifiche, più o meno significative, al sottosistema penal-tributario – tanto nella prospettiva di un irrigidimento dell'apparato sanzionatorio quanto, in quella opposta, di un più massiccio ricorso a meccanismi di non punibilità seppur comunque asserviti alla ragion fiscale¹ – la legge 9 agosto 2023, n. 111, contenente la «*Delega al Governo per la riforma fiscale*»², all'art. 20, comma 1, lett. a), n. 5), aveva imposto di «*introdurre, in conformità agli orientamenti giurisprudenziali, una più rigorosa distinzione normativa anche sanzionatoria tra le fattispecie di compensazione indebita di crediti di imposta non spettanti e inesistenti*».

Il riferimento è, come si può agevolmente intuire, ai *delitti* di cui all'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000, che – introdotto dal D.L. n. 223/2006, poi convertito nella L. 248/2006³, a complemento, assieme al preesistente art. 10 *ter*, della tutela dell'interesse erariale alla riscossione dei tributi – a muovere dal D.lgs. n. 158/2015 contiene al suo interno *due distinte fattispecie autonome*, non soltanto tra loro differenziate in ragione della *natura del credito* che il contribuente oppone in compensazione ma anche sanzionate in modo radicalmente divergente.

Invero, pur identiche nel sostrato comune rappresentato dalla medesima condotta tipica di compensazione indebita di crediti – perché effettuata in violazione di quanto disposto dall'art. 17 D.lgs. n. 241/1997⁴ – e nella relativa soglia di punibilità (fissata in un importo annuo superiore a cinquantamila euro), il fatto che essa possa insistere su crediti *non spettanti* o piuttosto su crediti *inesistenti* ha indotto il legislatore a diversificare i corrispondenti reati, rendendoli tra loro autonomi, come anche topograficamente evidente dalla loro dislocazione in due commi diversi e, soprattutto, sul piano sostanziale, dal *rapporto strutturale* che avvince le fattispecie ivi disciplinate.

Come sin troppo noto, per quanto la distinzione tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali sia tematica di così ampio respiro, da essersi da tempo conquistata uno spazio tra le «costant(i)del pensiero giuridico penale»⁵, può dirsi dato oramai acquisito che, sul piano *ontologico*, vi sia tra questi assoluta *identità*, nel senso che non è riscontrabile alcuna differenza dal punto di vista della realtà fenomenico-naturalistica che si ponga come *preesistente* rispetto all'inquadramento di volta in volta operato dal legislatore. Ciò nondimeno, è essenziale – ancor prima di dare compiuta attuazione alla pluralità di criteri euristici individuati o individuabili e che nella prassi vengono ricostruiti seguendo un indice “gerarchico”, variamente rappresentato ricorrendo a formule diverse, quale quella tra ‘probanti’ ed ‘indizianti’⁶, tra ‘forti’ e ‘deboli’, tra ‘risolutivi’ e ‘non

¹ Così anche CONSULICH (2020), p. 1388.

² Ed intitolata: «*Principi e criteri direttivi per la revisione del sistema sanzionatorio tributario, amministrativo e penale*».

³ La quale viene rubricata come «*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*».

⁴ A mente del quale «I contribuenti eseguono versamenti unitari delle imposte, dei contributi dovuti all'INPS e delle altre somme a favore dello Stato, delle Regioni e degli enti previdenziali, con eventuale compensazione dei crediti, dello stesso periodo, nei confronti dei medesimi soggetti, risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche».

⁵ BRICOLA (1964), p. 1019. La bibliografia sul tema è, come si sa, sterminata. Tra gli altri si leggano i contributi di MARINI (1965), p. 29 ss.; CONCAS (1974), p. 360 ss.; VASSALLI (1975), p. 14 ss.; PADOVANI (1988), p. 193 ss.; GUERRINI (1988), p. 27 ss.; MELCHIONDA (2000), p. 565 ss.; BARTOLI (2003), pp. 303-308; BASILE (2011), p. 1570 ss.; BRUNELLI (2019), pp. 298-302. Sottolinea come la nascita della problematica ricerca di un valido criterio discrezionale tra elementi essenziali ed elementi circostanziali coincida con la collocazione, da parte del Codice Rocco, delle circostanze nell'ambito della teoria generale del reato, quali sue forme di manifestazione, non essendosi palesata sino ad allora alcuna necessità di tracciare una linea di confine tra loro fortemente eterogenei, attenendo le une in via esclusiva alla sfera della commisurazione giudiziale della pena, con efficacia rigorosamente *intraeditale*, e gli altri alla struttura del reato ed essendo, dunque, soltanto questi ultimi in grado di incidere sulla valutazione legale del disvalore del fatto, AMARELLI (2007), pp. 2819-2820.

⁶ Continuano a rappresentare un punto di riferimento in materia le Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *C.E.D. Cass.*, n. 221663.

producenti' – verificare quale *tipo di relazione* intercorra tra le due ipotesi messe a confronto. Non si può, infatti, più revocare in dubbio che tra le *precondizioni*, ovvero tra i presupposti in assenza dei quali neppure sorge il problema della alternativa tra circostanza e reato autonomo, sia senz'altro da annoverarsi il rapporto di *specialità unilaterale*, tanto per *specificazione* quanto per *aggiunta*, perché, ove si tratti di fattispecie in rapporto di *eterogeneità* o di *incompatibilità*⁷, non vi sarebbe ragione alcuna per porsi un interrogativo del genere, non potendosi in nessun caso parlare di circostanza e dovendosi pertanto prendere atto che ricorrono soltanto titoli autonomi di reato. Ed è esattamente ciò che accade nel caso che ci occupa: anche ad un approccio superficiale, che si limiti ad una prima sommaria disamina delle due nozioni, è facile rendersi conto del fatto che *non spettanti* ed *inesistenti* evocano concetti tra loro *incompatibili*, dovendosi, al fine di mantenere intatta una distinzione che finirebbe altrimenti per essere inopinatamente vanificata, intendere i primi come riconducibili alla categoria dei crediti *esistenti*, in netta contrapposizione con i secondi, che, essendo, al contrario, *inesistenti in rerum natura*, risultano indifferenti a profili di carattere *meramente procedurale* afferenti alle modalità con cui si agisce in compensazione.

Una volta preso atto della assoluta inconciliabilità tra ciò che esiste e ciò che non esiste, non rimane che concludere nel senso della compresenza, all'interno della medesima disposizione, di *due reati autonomi*, con la conseguenza di non consentire, ai fini della integrazione della soglia di punibilità, alcun cumulo – a differenza di quanto era possibile sotto la previgente formulazione – tra l'importo dei crediti non spettanti e quello dei crediti inesistenti, essendosi così determinata, sotto questo specifico profilo, una *abolitio criminis* parziale, rilevante ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p.

Si tratta, a ben vedere, di soluzione priva di margini di opinabilità, poiché direttamente correlata alla mera coesistenza, sul versante della collocazione topografica, di due fattispecie di reato, come detto, non soltanto diverse tra loro ma addirittura *incompatibili*, di talché, essendo la soglia di punibilità pacificamente annoverabile tra gli *elementi costitutivi*, un'operazione che si sostanziasse nella *somma algebrica* tra essi si risolverebbe nella radicale negazione del previo riconoscimento della loro *autonomia*⁸.

D'altro canto, la giurisprudenza di legittimità, anche facendo leva su una sentenza della Corte costituzionale di qualche anno fa⁹, ha, a più riprese, precisato come l'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000, difformemente dalle fattispecie di omesso versamento di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* D.lgs. n. 74/2000, esprima una componente di *deceitività* tale da coniugare al dislavoro di evento, rappresentato dalla mancata percezione dei tributi da parte dell'Amministrazione finanziaria, un disvalore di azione, che si identifica nella redazione di un documento ideologicamente falso (il modello F24) funzionale ad un abusivo utilizzo dell'istituto così come disciplinato dalla normativa extrapenale. Rinvenendo la potenzialità ingannatoria del reato il suo fondamento nella violazione della procedura di compensazione, quest'ultima – oltre a potersi manifestare nella duplice variante della compensazione c.d. "*verticale*", ossia concernente crediti e debiti che afferiscono alla *medesima imposta* e di quella c.d. "*orizzontale*", ovvero riguardante crediti e debiti di imposta di *natura diversa* – incide anche sul *computo* della soglia di punibilità, giacché ciò che rileva è l'utilizzo del modello F24, che può abbracciare al suo interno anche tributi di *annualità diverse* ma pur sempre oggetto della *medesima indebita compensazione*¹⁰. In altre parole, la locuzione «*importo annuo superiore ai cinquantamila euro*» con cui la norma indica la soglia di punibilità dal cui superamento dipende l'esistenza del reato va intesa non già come relativa all'*annualità* a cui quell'imposta non versata, giacché indebitamente compensata, si riferisce, bensì al momento nel quale il soggetto agente, con un *unico F24*, proceda a portare in compensazione tutti i crediti o inesistenti o non spettanti e la cui sommatoria comporti un'eccezione rispetto al minimo fissato per legge.

⁷ Per queste nozioni si vedano MANTOVANI-FLORA (2023), p. 486; DE FRANCESCO (1980), p. 188 ss.

⁸ Cfr, in proposito, SOANA (2023), p. 433; AMBROSETTI (2022), p. 504; MUSCO-ARDITO (2021), p. 362; LANZI A.-ALDROVANDI (2020), pp. 525-526; BERNAZZANI (2019), p. 356; MASTROGIACOMO (2006), p. 4699.

⁹ Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 35, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 aprile 2018, con nota di TERMINE.

¹⁰ In questi termini Sez. III, 19 aprile 2024, n. 30092, in *C.E.D. Cass.*, n. 286732; Sez. III, 16 ottobre 2020, n. 34966, *ivi*, n. 280428; Sez. III, 19 febbraio 2020, n. 14763, *ivi*, n. 27919. Circa, poi, l'estensione alla compensazione tra tributi e *contributi previdenziali* (Sez. III, 3 marzo 2020, n. 13149, in *C.E.D. Cass.*, n. 279118, Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 8689, *ivi*, n. 275015; in senso opposto, ma è orientamento senz'altro minoritario, Sez. I, 10 maggio 2019, n. 38042, *ivi*, n. 278825). Ad avviso di AMBROSETTI (2022), pp. 504-505, si tratterebbe di un'interpretazione analogica *in malam partem*, come tale vietata, essendo l'art. 10 *quater* inserito all'interno di una legge che si occupa, in via esclusiva, di imposte dirette o indirette, tanto che l'omesso versamento di contributi previdenziali viene sanzionato ricorrendo a testi normativi diversi dal D.lgs. n. 74/2000. Da ultimo v. anche ZANOTTI (2025), pp. 4-6.

2.

Le nozioni di crediti non spettanti e di crediti inesistenti rimodulate dal D.lgs. n. 87/2024.

Nell'ambito di una disposizione di legge nella quale si trovano a convivere due fattispecie incriminatrici tra loro significativamente distanti quanto al trattamento sanzionatorio ad esse riservato dal legislatore (e non solo)¹¹, centrale rilievo, proprio nella prospettiva di convalidare una scelta di politica criminale che altrimenti potrebbe rivelarsi priva di ragionevolezza, assume la distanza che separa la nozione di *crediti non spettanti* da quella di *crediti inesistenti*, perché è su di essa che si radica il differente disvalore di evento e la natura di *delitto di danno*, che connota la sola ipotesi di cui al comma secondo.

Come noto, con il D.lgs. n. 158/2015 si era provveduto a modificare l'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 471/1997, inserendovi una definizione di credito *inesistente*, valida *ai fini tributari*, che ruotava attorno ai due poli della: a) insussistenza dei presupposti costitutivi; b) dell'impossibilità di riscontrarla attraverso i controlli di cui agli artt. 36 *bis* e 36 *ter* D.P.R. n. 600/1973 e 54 *bis* D.P.R. n. 633/1972.

La prerogativa richiamata *sub b)*, evidentemente incentrata sul momento dell'accertamento, dava conto della *consustanzialità* tra inesistenza del credito ed insidiosità della condotta¹², potendo questo ritenersi tale non soltanto perché privo dei suoi requisiti essenziali ma anche in quanto capace di celarsi sia pure dinanzi ai controlli automatizzati effettuati dall'Agenzia delle Entrate.

Seguendo una logica tutt'altro che irreprensibile, la giurisprudenza di legittimità penale si era attestata, quanto alla portata applicativa del concetto di inesistenza del credito, su una posizione *autonomistica*, in forza della quale la definizione contenuta all'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 471/1997 non sarebbe stata mutuabile ai fini della ricostruzione della tipicità del delitto di cui all'art. 10 *quater*, comma 2, D.lgs. n. 74/2000, sia perché non espressamente richiamata da quest'ultimo; sia perché, opinando in tal senso, si sarebbe andati incontro alla assurda conseguenza di richiedere un *quid pluris* – rappresentato, come detto, dalla sua rilevanza a seguito di uno dei controlli automatizzati o formali previsti dagli artt. 36 *bis* e *ter* D.P.R. n. 600/1973 e 54 *bis* D.P.R. n. 633/1972 – soltanto in caso di utilizzazione in compensazione di crediti inesistenti e non anche di crediti non spettanti. Con l'effetto, in definitiva, di accordare al reato più grave un margine di operatività *irragionevolmente* più circoscritto rispetto a quello assegnato al reato meno grave¹³.

Senza, peraltro, trascurare come detto orientamento fosse rimasto saldo nonostante le sollecitazioni contrarie provenienti dal massimo consesso civilistico¹⁴, il quale, chiamato a dirimere un contrasto interpretativo sorto in seno alla Sezione tributaria circa la sussistenza o meno di tratti distintivi tra le nozioni di crediti non spettanti e di crediti inesistenti, ha, anzitutto, escluso – in controtendenza rispetto a quanto sostenuto da un risalente ma, sino ad allora, maggioritario indirizzo ermeneutico – che fossero categorie concettuali *indistinguibili*, articolandosi l'inesistenza nella duplice variante costituita: a) dalla *inesistenza tout court*, coincidente con quelle ipotesi nelle quali la fattispecie che fonda l'agevolazione o il credito di imposta non sia mai venuta in essere, essendosi realizzato un mero *simulacro* dei presupposti di fatto e normativi, e che ricomprendono al suo interno le condotte fraudolente, anche soltanto sul versante dei beneficiari, alle quali debbono poi essere equiparati i casi di intervenuta *estinzione* o *consumazione* del credito per essere questo già stato utilizzato in compensazione; b) dalla *inesistenza* dovuta all'*assenza* di un elemento *costitutivo*, quali la presentazione di un'istanza da parte del contribuente, l'assolvimento di obblighi di *facère*¹⁵ o di *non facère*¹⁶, l'osser-

¹¹ Non sono da trascurare, infatti, neppure altri effetti *sostanziali* derivanti dall'inquadramento nell'uno o nell'altro reato, quali, per tutti, la possibilità, per il soggetto agente, di avvalersi della *causa di non punibilità* di cui all'art. 13 D.lgs. n. 74/2000 e, d'ora in poi, anche di quella di cui al comma 2 *bis* dell'art. 10 *quater*, introdotta dall'art. 1 D.lgs. n. 87/2024, ove l'indebita compensazione abbia ad oggetto crediti *non spettanti*; nonché rilevanti effetti processuali, quali, ad esempio, la possibilità per gli inquirenti di ricorrere alle intercettazioni telefoniche e/o di chiedere ed ottenere l'applicazione di misure cautelari personali, ove l'indebita compensazione abbia ad oggetto crediti *inesistenti*. Sul tema v. anche BUONOCORE (2023), pp. 1755 e 1758.

¹² Nello stesso senso ARDIZZONE (2025), p. 6.

¹³ In questi termini Sez. III, 14 novembre 2023, n. 6, in *C.E.D. Cass.*, n. 285731; Sez. III, 18 aprile 2023, n. 16353, in *Il Fisco*, 2023, p. 1881 ss., con nota di SANTORIELLO; Sez. III, 22 febbraio 2022, n. 23083, in *C.E.D. Cass.*, n. 283236.

¹⁴ Il riferimento è a Sez. un. civ., 12 settembre 2023, n. 34452, in *www.cortedicassazione.it*.

¹⁵ Ad esempio, l'acquirente che voglia fruire dei benefici fiscali c.d. di "prima casa" è tenuto a trasferire la propria residenza presso il Comune ove è ubicato l'immobile entro *diciotto mesi* dall'atto di compravendita.

¹⁶ Sempre in tema di agevolazioni c.d. "prima casa" integra un *non facère* l'obbligo di non cedere l'immobile per un quinquennio dall'acquisto,

vanza di *termini finali*¹⁷ e/o il mancato avveramento di *condizioni risolutive*¹⁸.

E la *non spettanza* nel *difetto* di elementi *accessori*, quali la violazione di aspetti meramente procedurali o l'eccedenza rispetto a limiti e soglie di valore o nella carenza di una condizione di efficacia della pretesa, come l'apposizione di un *termine iniziale*, prima della decorrenza del quale il credito non sia utilizzabile, o di una *condizione sospensiva*.

Per, poi, censurare – bollandola, senza mezzi termini, come «*criticità di sistema*» non priva di irragionevolezza, oltre che non rispondente a criteri di coerenza e di razionalità – quella impostazione, a tutt'oggi prevalente ed adottata dalla Suprema Corte penale, secondo cui si avrebbe inesistenza anche ove questa fosse riscontrabile, *ictu oculi*, in sede di controllo automatizzato. In effetti, dando sèguito ad una prospettiva *autoreferenziale* ed estranea ad *interazioni sistematiche*, ne sarebbe scaturita, ad avviso delle Sezioni unite civili, un'asimmetria difficilmente giustificabile tra l'ordinamento tributario, che avrebbe reagito con l'irrogazione di una sanzione amministrativa equiparata a quella prevista per i crediti non spettanti (art. 13, comma 1 o comma 4, D.lgs. n. 471/1997); e quello penale, che, viceversa, avrebbe inquadrato questo stesso fatto entro il disposto dell'art. 10 *quater*, comma 2, D.lgs. n. 74/2000, attribuendogli, dunque, la più severa qualificazione giuridica della compensazione (indebita) avente ad oggetto crediti da ritenersi comunque inesistenti.

D'altro canto, in disparte l'ipotesi in cui l'inesistenza si corredi e discenda da contegni contraddistinti da note di fraudolenza, idonee a fornire una fittizia rappresentazione dei presupposti di fatto e normativi del credito, la fondatezza di una nozione “composita” di inesistenza, ove, alla mancanza dei presupposti costitutivi del credito, si accompagni la loro non riscontrabilità al momento dell'attivazione, da parte dell'Amministrazione finanziaria, delle procedure di controllo *non sostanziale* previste per legge, verrebbe, per così dire, convalidata dal fatto che lo stesso inadempimento di obblighi di *facĕre* o di *non facĕre* appare in grado di sottrarsi ad una sua rilevazione in quella sede.

È in un contesto interpretativo obiettivamente confuso e contrassegnato da profili di evidente incoerenza ed asistematicità che ha visto la luce il D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87¹⁹, emanato in attuazione della già citata legge delega per la riforma fiscale, il quale, nell'abrogare la definizione di cui all'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 471/1997, ha inserito, all'art. 1 D.lgs. n. 74/2000, le lett. *g-quater*) e *g-quinquies*), a cui le nuove disposizioni sanzionatorie amministrative, contestualmente introdotte, rinviano, facendo così venir meno la divaricazione, già censurata dalle Sezioni unite civili, tra le due nozioni a seconda dell'ambito applicativo di riferimento.

Ebbene, a mente della lett. *g-quater*), i crediti debbono ritenersi inesistenti se di essi mancano, anche solo in parte, «*i requisiti oggettivi o soggettivi specificamente indicati nella disciplina normativa di riferimento*» o se detti requisiti oggettivi o soggettivi siano stati oggetto di «*rap-presentazioni fraudolente, attuate con documenti materialmente o ideologicamente falsi, simulazioni o altri artifici*».

Si è, dunque, inteso fare chiarezza, stavolta avvalendosi dello strumento normativo, su quale sia l'ampiezza del concetto di crediti *inesistenti*, ricomprensivo non soltanto di condotte fraudolente, realizzate attraverso falsi materiali o ideologici o altri artifici, ma anche della mera *insussistenza* dei requisiti, indifferentemente se oggettivi o soggettivi. E detta distinzione, lungi dal rilevare in sede penale essendo entrambe le modalità sopra descritte sussumibili all'interno dell'art. 10 *quater*, comma 2, D.lgs. n. 74/2000 – al pari di quanto da tempo sostenuto dalle sezioni semplici della Corte di cassazione penale – può, viceversa, assumere un significato quanto all'illecito amministrativo tributario, il quale, pur unitariamente riconducibile sotto lo stesso titolo, potrebbe vedere la sanzione variare in caso di insidiosità della condotta, con un aumento dalla *metà al doppio* in forza dei commi 5 e 5 *bis* dell'art. 13 D.lgs. n. 471/1997, così come novellati dal D.lgs. n. 87/2024. Gradazione che, viceversa, non si è ritenuto di riproporre nel corpo dell'art. 10 *quater*, comma 2, D.lgs. n. 74/2000, attraverso, ad esempio, la previsione di un'*attenuante* in caso di inesistenza per difetto, in tutto o in parte, dei requisiti costitutivi ma *non anche fraudolenta*, presumibilmente considerando di affidarsi alla capacità del giudice di riuscire ad adeguatamente calibrare la pena muovendosi nell'ampia forbice edittale con la

a meno che il soggetto non provveda a comprare altro bene da adibire ad abitazione entro un anno dalla cessione.

¹⁷ Per poter esercitare il credito di imposta per il trasporto merci di cui al D.L. n. 265/2000 non deve trascorrere un tempo superiore all'anno solare nel quale detto credito sia insorto.

¹⁸ In caso di acquisto di terreni edificabili, l'agevolazione prevista dall'art. 33, comma 3, L. n. 388/2000 viene meno – assumendo, dunque, rilievo giuridico quale *condizione risolutiva* – se non si procede ad edificare entro cinque anni dal rogito.

¹⁹ Che è rubricato «*Revisione del sistema sanzionatorio tributario, ai sensi dell'articolo 20 legge 9 agosto 2023, n. 111*».

quale questi è tenuto a confrontarsi al momento della sua commisurazione²⁰.

La norma definitoria di più recente introduzione consta, altresì, alla lett. g-*quinqüies*), della declinazione di che cosa debba intendersi per crediti *non spettanti*, i quali possono assumere una triplice configurazione, identificandosi: a) con quelli «*fruiti in violazione delle modalità di utilizzo previste dalle leggi vigenti*» o «*in misura superiore a quella stabilita dalle norme di riferimento*»; b) con quelli che, pur essendo provvisti dei requisiti oggettivi o soggettivi specificamente indicati nella disciplina normativa di riferimento, si fondano su «*fatti non rientranti nella disciplina attributiva del credito per difetto di ulteriori elementi o particolari qualità richiesti ai fini del riconoscimento del credito*»; c) con quelli «*utilizzati in difetto dei prescritti adempimenti amministrativi espressamente previsti a pena di decadenza*».

Si tratta di una formula senz'altro *ambigua*, che non traccia affatto i confini con la categoria della *inesistenza*, quanto meno nella parte in cui si evoca il difetto di taluni requisiti, giacché si impone un raffronto con la lett. g-*quater*, ove si fa riferimento ad una carenza di essi, anche soltanto *parziale*. Non è, infatti, in alcun modo delineato il discrimine tra gli elementi *costitutivi* che non debbono mancare, anche solo in parte, affinché il credito possa dirsi esistente e quegli «*ulteriori*», che in ogni caso si precisa debbano essere «*richiesti*» ai fini del suo riconoscimento e che, pertanto, potrebbero essi stessi risultare come *essenziali* e non già come soltanto accessori.

E se, da un lato, quanto richiamato *sub a)* e *sub c)* corrobora, nella sostanza, i rilievi da tempo formulati dalla dottrina circa la torsione della fattispecie in esame rispetto all'assetto complessivo del D.lgs. n. 74/200, attribuendosi rilevanza penale anche a fatti di mera violazione della *procedura di compensazione* in chiaro dispregio della selezione originariamente effettuata tra le oggettività giuridiche meritevoli di tutela²¹, è, dall'altro, possibile registrare un lieve progresso nella direzione di una, ancora insoddisfacente, valorizzazione del principio di sussidiarietà, poiché, qualora la compensazione abbia ad oggetto crediti *non spettanti*, il reato si inverte dinanzi alla inosservanza di termini soltanto *perentori*. E' questo il significato della locuzione «*adempimenti amministrativi espressamente previsti a pena di decadenza*»: per converso, tutto ciò che è soggetto a termini meramente *ordinatori* rileva soltanto a titolo di illecito tributario, il che, se può essere senz'altro salutato con favore, non può, nel contempo, che essere considerato come un primo, timido passo nell'auspicata prospettiva di giungere ad escludere il ricorso alla criminalizzazione quando i crediti opposti in compensazione sia soltanto *non spettanti*. E ciò anche tenuto conto della condivisibile apposizione di *limiti esegutici espressi* al delitto di dichiarazione infedele, che rende atipica l'*indeducibilità* di elementi passivi reali, di cui il *difetto di inerenza* costituisce una speciale modalità applicativa. Detta opzione di politica criminale, adottata nel 2015 nell'ottica di una apprezzabile rivisitazione del comparto penalistico in materia tributaria, solleva non trascurabili problemi di coerenza del delitto di cui all'art. 10 *quater*, comma 1, D.lgs. n. 74/2000 non soltanto rispetto all'impianto di un decreto tutto polarizzato sul presidio all'interesse alla percezione dei tributi ma anche al confronto con altre fattispecie di reato, opportunamente incise da contrazioni di tipicità dovute alla latitanza di contegni artificiosi, fraudolenti o simulatori.

3. I crediti di imposta per investimenti in attività di ricerca e sviluppo quale settore privilegiato per una nuova stagione applicativa del delitto di indebita compensazione.

Si è, di recente, registrato un picco, sul piano applicativo, del delitto in esame a seguito della sempre più diffusa contestazione, in sede tributaria, dell'inosservanza dell'art. 3, comma 1, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modifiche, dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9 (più noto come Decreto «Destinazione Italia») e, poi, integralmente sostituito dall'art. 1, comma 35, L. 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015), con cui si riconosce a tutte le imprese – indipendentemente dalla loro conformazione giuridica, dal settore in cui operano e dal regime contabile adottato – un credito di imposta per investimenti effettuati in attività di

²⁰ Critico nei confronti di un *self-restraint* che si tradurrebbe in un'indebita parificazione di pena tra «*condotte connotate da diverso divalore*» ARDIZZONE (2025), p. 7.

²¹ Cfr., sul punto, LANZI A.-ALDROVANDI (2020), p. 529; CAVALLINI (2017), p. 368; DI SIENA (2006), p. 5646.

ricerca e sviluppo, commisurato alle spese incrementalmente sostenute rispetto alla media di quelli realizzati nei tre periodi di imposta precedenti a quello che si sarebbe concluso al 31 dicembre 2015.

Per effetto dell'art. 1, comma 1, della L. 11 dicembre 2015, n. 232 (Legge di bilancio 2017), il termine da ultimo indicato era stato prorogato sino al periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2020, per poi essere retrodatato, con l'art. 1, comma 209, L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di bilancio 2020), a quello in corso al 31 dicembre 2019.

Inoltre, con il decreto attuativo, emanato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze di concerto con il Ministro dello Sviluppo economico in data 27 maggio 2015, si è previsto che chi intenda beneficiare di detto credito di imposta – esclusivamente utilizzabile in compensazione a decorrere dal periodo successivo a quello in cui i costi sono stati sostenuti – debba farsi carico di spese complessive per investimenti in ricerca e sviluppo pari ad almeno € 30.000 (c.d. «soglia minima di investimento») e che queste rappresentino un *incremento* rispetto alle media dei medesimi investimenti effettuati nei tre periodi di imposta antecedenti (li indicati, come detto, a quello in corso al 31 dicembre 2015, non essendo allora intervenuta la proroga, poi successivamente disposta).

Una volta inverteasi le sopra richiamate condizioni di ordine *quantitativo*, ai fini del riconoscimento dell'agevolazione fiscale – fissata nell'applicazione di un'aliquota del 50% a tutte le tipologie di spesa comprovate da apposita documentazione contabile *certificata* dal soggetto incaricato della revisione legale, dal collegio sindacale o da un professionista iscritto nel registro dei revisori legali – è necessario che quelle attività soddisfino i requisiti sostanziali richiesti dal c.d. Manuale di Frascati dell'OCSE del 2015, concernente le «*Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development*», e dal c.d. Manuale di Oslo del 2018, contenente le «*Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation*»²².

In particolare, in base al Manuale di Frascati, può essere considerata di ricerca e sviluppo soltanto quella tipologia di attività che presenti i caratteri della:

- a) *innovatività* rispetto al settore di appartenenza dell'impresa e non allo stato di conoscenza di quest'ultima;
- b) *creatività*, portando alla creazione di nuovi concetti ed idee che accrescano le conoscenze sino ad allora esistenti, non limitandosi alla modifica di *routine* di prodotti o processi;
- c) *incertezza*, nei tempi di realizzazione, nei costi necessari per raggiungere i risultati attesi e, persino, nel conseguimento stesso degli obiettivi;
- d) *sistematicità*, perché condotta con progettualità, attraverso la registrazione sia del processo seguito che dei risultati raggiunti;
- e) *trasferibilità e/o riproducibilità* delle nuove conoscenze acquisite.

Così delineate le prerogative che debbono ricorrere affinché possa fondatamente parlarsi di ricerca e sviluppo ai fini che qui interessano, agli artt. 3, comma 4, D.L. n. 145/2013, 2 del Decreto attuativo e 2, comma 2, del Decreto del Ministero dello sviluppo economico datato 26 maggio 2020²³, si precisano le *tre categorie* nel cui ambito quell'investimento deve rientrare e che vengono qualificate come:

- 1) *ricerca fondamentale*, con cui ci si riferisce a lavori sperimentali o teorici, che abbiano come finalità principale l'acquisizione di *nuove conoscenze* sui fondamenti di fenomeni e di fatti osservabili, senza che siano previste applicazioni o usi commerciali diretti;
- 2) *ricerca industriale*, che è volta ad accrescere le conoscenze per mettere a punto nuovi prodotti, processi o servizi o per migliorare quelli già esistenti;
- 3) *sviluppo sperimentale*, che consiste nella elaborazione di progetti, disegni, piani per prodotti, processi o servizi nuovi, modificati o migliorati o nella realizzazione di prototipi utilizzabili per scopi commerciali e di progetti pilota destinati ad esperimenti tecnologici o commerciali, quando il prototipo è necessariamente il prodotto commerciale finale ed il suo costo di fabbricazione è troppo elevato per poterlo usare soltanto a fini di dimostrazione e di convalida. Peraltro, dal Manuale Frascati si traggono impor-

²² Utili, anche ai fini di una ricognizione del complesso quadro normativo di riferimento, tra disciplina interna e fonti comunitarie, le «*Linee guida per la qualificazione delle attività di ricerca e sviluppo, innovazione, design e ideazione estetica*» emanate dal Ministero delle Imprese e del Made in Italy in data 4 luglio 2024.

²³ Si legga, in proposito, anche quanto disposto dal § 1.3, punto 16, della Comunicazione della Commissione del 19 ottobre 2022, recante «*Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*», con cui si aggiornano le definizioni contenute all'art. 2, punti 84-86, del Regolamento UE n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014.

tanti chiarimenti su che cosa debba intendersi per *sviluppo sperimentale* e come questo non debba essere confuso con lo *sviluppo del prodotto* né con quello di *preproduzione*. Se, infatti, il primo può dirsi tale soltanto se innovativo, creativo, incerto, sistematico e riproducibile, esso costituisce, nel contempo, soltanto una fase del processo di sviluppo del prodotto e, segnatamente, quella nella quale si generano nuove conoscenze che, effettivamente testate, conducono, poi, alla commercializzazione di uno nuovo (bene o servizio che sia) sul mercato. Si ha, viceversa, *sviluppo di preproduzione* quando si svolge un lavoro *non sperimentale* su un prodotto o su un processo prima che quest'ultimo entri in produzione o in uso e che può assumere i connotati di quello sperimentale ove e sin tanto che presenti elementi di novità.

In breve, le modifiche apportate a prodotti, linee di produzione, processi di fabbricazione e servizi esistenti, anche se migliorative, rimangono escluse dal perimetro dell'agevolazione se *ordinarie* o *non significative*²⁴, essendo la *ratio* della disciplina comunitaria e nazionale quella di sostenere l'impegno delle imprese al fine di elevare il processo ed il prodotto, accrescendo la competitività del sistema, con correlativo beneficio per l'economia nel suo complesso. Stando così le cose, meritano di essere incentivati, con la concessione di contributi pubblici *sub specie* di vantaggi fiscali, soltanto quei progetti ai quali si debba il superamento di una o più incertezze scientifiche o tecnologiche e che, dunque, offrano soluzioni che non sarebbero state possibili facendo affidamento sullo stato dell'arte del settore di riferimento e, cioè, applicando le tecniche e le conoscenze già note e disponibili in quello specifico comparto produttivo o commerciale²⁵.

Come è facile intuire, la necessaria compresenza di plurimi presupposti costitutivi, in uno con l'elevato livello qualitativo espresso da ciascuno di essi, rende alquanto difficoltoso, per non dire improbabile, che la compensazione realizzata attraverso l'F24, sebbene rispettosa della soglia minima di investimento e di quella incrementale, risulti *legittima*, perché relativa a crediti di imposta correlati ad attività così profondamente innovative, da fornire un contributo apprezzabile all'avanzamento delle conoscenze generali e, in ultima analisi, al mercato genericamente inteso. Infatti, anche laddove si tratti di investimenti funzionali alla riorganizzazione dei processi aziendali interni o all'efficientamento di quelli di produzione dei servizi e, dunque, conducenti ad una qualche innovazione di processo o di prodotto, la mancanza, anche solo in parte, di *novità*, *creatività* e/o di *rischio di insuccesso* scientifico o tecnologico induce oggi (ed indurrà domani) l'Agenzia delle Entrate a qualificare quei crediti di imposta come *inesistenti* e, conseguentemente, a segnalare il fatto di indebita compensazione alla Procura della Repubblica competente per territorio, ravvisandovi gli estremi del delitto di cui all'art. 10 *quater*, comma 2, D.lgs. n. 74/2000.

Non sembra, cioè, seriamente prospettabile, nonostante lo sforzo profuso dal legislatore per inserire, nella disposizione introduttiva al decreto contenente la disciplina penalistica in materia tributaria, due nuove definizioni rilevanti in entrambi gli ordinamenti, che possa trovare sufficiente spazio applicativo il reato di indebita compensazione di crediti *non spettanti*, che sarà verosimilmente destinato a svolgere un ruolo *ancillare* o del tutto *residuale*, nelle infrequenti ipotesi in cui le anomalie riscontrate attengano a profili *meramente procedurali*.

In altri termini, non si vede in che modo si possa discutere di crediti non spettanti piuttosto che di crediti inesistenti quando, sul versante *contenutistico*, si evoca l'assenza di un qualche requisito che, anche alla luce di quanto introdotto nel 2024, potrebbe dar luogo ai primi anziché ai secondi soltanto se qualificabile come "*ulteriore*" o "*particolare*" e non già come "*essenziale*" o "*costitutivo*". E', cioè, alquanto difficile immaginare che ciò che manca, anche solo in parte, venga considerato come *non necessario* ai fini della sussistenza del credito, essendo assai più probabile che si propenda per un'equivalenza di segno opposto, ovvero che se qualcosa viene richiesto affinché quel credito sia riconosciuto ciò significa che di esso non si possa fare a meno e che, pertanto, il difetto di requisiti *non costitutivi* degradi da ipotesi concretamente verificabile a vera e propria chimera.

²⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, quanto ai prodotti, a modifiche *stagionali* o di *design* e, quanto ai processi, alla sostituzione di un bene strumentale o al miglioramento, qualitativo o quantitativo, derivante dall'utilizzo di sistemi di produzione molto simili a quelli già in uso all'azienda.

²⁵ Rientrano in questo ambito la sperimentazione di una linea produttiva innovativa o la significativa modifica delle caratteristiche tecniche e funzionali di un prodotto.

4. La previsione di una nuova causa di esclusione della punibilità in caso di indebita compensazione di crediti non spettanti.

In un quadro di per sé non proprio confortante quanto alle potenzialità espansive del delitto di indebita compensazione di crediti *non spettanti*, potrebbe assurgere a fattore di aggravio di un già prevedibile *self restraint* applicativo il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000, che esclude la punibilità per l'autore del solo reato di cui al comma 1 quando, stante anche la natura tecnica delle valutazioni, residuino *condizioni di obiettiva incertezza* circa la sussistenza degli specifici elementi o delle particolari qualità che fondano la spettanza del credito.

L'espressa limitazione dell'operatività della *causa di non punibilità*, lato *sensu* intesa, di ultima introduzione al solo reato meno grave è emblematica di un ricorrente ma anche ambivalente *modus operandi* del legislatore penal-tributario, che, se, per un verso, mostra una certa propensione, neppure sporadica, ad avventurarsi sul terreno delle cause di esclusione della pena onde soddisfare, alternativamente, esigenze di premialità o di fideistico investimento nella lealtà del contribuente, finisce, per l'altro, per non smentirsi nella sua incapacità di confezionare norme *effettive*, in grado di lasciare un segno tangibile nella prassi giudiziaria.

Siccome, come già osservato, è frequente, nella dimensione *in action*, che crediti a cui risultano connaturati dubbi circa la loro effettività vengano considerati come inesistenti, sarebbe stato plausibile attendersi un rinvio del comma 2 *bis* ad *entrambe* le fattispecie di reato contemplate all'interno dell'art. 10 *quater* anziché uno "selettivo", puntualmente circoscritto alla sola ipotesi di cui al comma 1.

E tale invincibile resistenza a spingersi al di là della mera apparenza applicativa potrebbe addirittura rivelarsi esiziale, potendo ogni situazione di incertezza «*in ordine agli specifici elementi o alle particolari qualità che fondano la spettanza del credito*» essere considerata come indiziante di un difetto, anche soltanto parziale, dei «*requisiti oggettivi o soggettivi specificamente indicati nella disciplina normativa di riferimento*» e, dunque, condurre, paradossalmente, ad un vero e proprio *prosciugamento* della *norma di favore* ad ulteriore vantaggio di una (già presumibile, per altre ragioni) *sovraesposizione prasseologica* del delitto di indebita compensazione di crediti inesistenti.

D'altra parte, anche sul piano della tecnica di formulazione, è previsione che si ascrive a pieno titolo nel novero di quelle irrimediabilmente afflitte da sciatteria e dalla ineluttabile necessità di ricorrere ad una vera e propria opera di ricostruzione ermeneutica, al fine di coglierne la logica normativa laddove questa non sia in alcun modo desumibile dal dato letterale.

Se, infatti, il riferimento alle «*condizioni di obiettiva incertezza*» appare come un monito teso ad soddisfare una non soltanto generica esigenza di coordinamento con l'art. 15 D.lgs. n. 74/2000, se non altro per la sostanziale sovrapposibilità tra le due statuizioni sul versante contenutistico, non vi è, poi, in realtà alcuna indicazione che consenta di operare un raccordo con una norma che, dal canto suo, non si è mai distinta per chiarezza e precisione nella fissazione dei propri contorni applicativi.

Ad una tendenziale uniformità di vedute, in dottrina, circa la natura *derogatoria* dell'art. 15 D.lgs. n. 74/2000²⁶ rispetto agli angusti confini fissati dalla giurisprudenza di legittimità all'efficacia *scusante* dell'errore su legge extrapenale, come noto indebitamente circoscritta ai casi di *ignoranza inevitabile* di cui all'art. 5 c.p. attraverso una vera e propria *interpretatio abrogans* dell'art. 47, comma 3, c.p., si è contrapposto il c.d. *diritto vivente*, che, anche in ambito penal-tributario, si è limitato a riproporre le stesse scadenze già ampiamente utilizzate per la parte generale. La circostanza che le condizioni di incertezza debbano essere «*obiettive*» porterebbe ad escludere che, con riferimento alle leggi tributarie *integratrici* del precetto penale, possano allargarsi le maglie della non punibilità al di là delle «*tradizionali*» ipotesi in cui l'errore sia *inevitabile*, ovvero a quella casistica estremamente ridotta nella quale l'erronea interpretazione

²⁶ Che altro non è se non la trasposizione, sul fronte penalistico, dell'art. 6, comma 2, D.lgs. n. 472/1997, che esclude la punibilità dell'autore di una violazione di norme tributarie punita con l'irrogazione di sanzioni amministrative quando questa sia determinata da «*obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono*»; a cui fa, tuttavia, da contraltare il comma 4, a mente del quale «*L'ignoranza della legge tributaria non rileva se non si tratta di ignoranza inevitabile*», operando, quindi, una distinzione tra l'*erronea interpretazione* di una norma conosciuta e la *radicale ignoranza* della sua esistenza, senza che tale dicotomia venga riproposta nel D.lgs. n. 74/2000 in accordo con l'equiparazione sancita tra i due *status* anche dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 364/1988. Per un approfondimento sulle difficoltà ermeneutiche sollevate dall'art. 15 D.lgs. n. 74/2000 si rinvia ad AMBROSETTI (2022), p. 440; FONDAROLI (2007), pp. 1437-1438; FLORA (2001), pp. 699-703.

dell'agente discenda da un comportamento positivo degli organi amministrativi, da un pacifico orientamento giurisprudenziale o, in ultima analisi, dal corretto assolvimento dell'obbligo di informazione, tradottosi nell'acquisizione di un parere favorevole proveniente da esperti della materia²⁷.

Stando così le cose e preso atto che, anche con riguardo all'art. 15 D.lgs. n. 74/2000, la giurisprudenza di legittimità persiste nel declinare l'inevitabilità dell'ignoranza o dell'errore entro cause esclusivamente *oggettive*, tanto da poter affermare che, a dispetto di quanto sarebbe stato auspicabile, la norma in esame nulla aggiunge rispetto alla disciplina della parte generale del codice²⁸, non si vede come si possa concludere diversamente avendo a riferimento il comma 2 *bis* dell'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000. Nel corpo di quest'ultima disposizione, infatti, oltre alla riedizione della medesima formula lessicale delle «*condizioni di obiettiva incertezza*», si duplica, dell'art. 15 D.lgs. n. 74/2000, nella sostanza anche l'oggetto, perché gli *elementi* o *qualità* su cui si fonda la spettanza del credito attengono comunque alla «*portata*» ed all'«*ambito applicativo*» delle norme tributarie implicitamente richiamate dal tipo penale, sia pure nel più ristretto novero di quelle su cui il credito o i crediti opposti in compensazione trovano la propria fonte di regolamentazione.

Si potrebbe obiettare che l'inciso «*anche per la natura tecnica delle valutazioni*», estraneo al disposto con il quale la norma di più recente innesto si pone a confronto, consenta a quest'ultima di ritagliarsi uno spazio applicativo autonomo e di più ampio spettro, stante la potenziale maggiore incidenza del dato valutativo sull'esattezza dell'interpretazione. Si potrebbe, in altre parole, sostenere che si tratti di un'interpolazione essenziale al fine di orientare il risultato dell'attività interpretativa delle norme tributarie nella direzione analoga a quella che taluni affermano si debba percorrere allorché ci si accinga ad esporre poste di bilancio soggette a valutazioni, le quali assumerebbero rilevanza penale (per lo più ai fini dell'integrazione del delitto di false comunicazioni sociali) soltanto ove si realizzi uno *scostamento* dalle regole tecniche metodologicamente indiscusse e dalle *best practices* di riferimento, che possa dirsi effettivamente *irragionevole* e dunque *arbitrario*: in un *range* di possibili soluzioni ermeneutiche tutte astrattamente corrette, non sarebbe scusabile chi opti per una ulteriore, la quale, ponendosi al di fuori di quella gamma di risultati, appaia *palesamente infondata* e, dunque, censurabile, giacché non obiettivamente incerta.

Per quanto suggestivo e pure encomiabile nella prospettiva di riconoscere all'esimente un più esteso margine di operatività, non sembra, tuttavia, un percorso ermeneutico in grado di condurre a risultati concretamente apprezzabili e ciò essenzialmente per un duplice ordine di ragioni:

- a) anzitutto, poiché si tratta di una mera puntualizzazione, che non può certo ritenersi estranea alla norma generale sol perché da questa non espressamente richiamata²⁹;
- b) in secondo luogo, per la implausibilità di una prognosi favorevole di un possibile *revirement* interpretativo, che faccia leva esclusivamente sul rinvio a componenti valutative, dal momento che è innegabile che, in tutti i casi nei quali la giurisprudenza è stata chiamata ad accostarle al diritto penale, ha mostrato una accentuata propensione per una loro *oggettivizzazione*, frutto della necessaria aderenza a parametri normativamente determinati o tecnicamente condivisi. Con la conseguenza di rendere quella specificazione incapace di assegnare al lemma «*condizioni di obiettiva incertezza*» un significato diverso rispetto a quello sin qui attribuitogli.

Se, poi, si legge il passaggio della Relazione illustrativa al D.lgs. n. 87/2024³⁰, nel quale si dà conto delle ragioni poste a fondamento dell'intervento normativo, ci si avvede di come non vi sia stata alcuna *intentio legis* tesa ad innovare né rispetto a quanto previsto dall'art. 15 D.lgs. n. 74/2000, né con riferimento agli approdi interpretativi a cui si è da tempo pervenuti in tema di errore sul precetto. Nell'escludere, infatti, ogni possibile interferenza sia con la norma speciale sopra richiamata che con quella di parte generale, così come rimaneggiata dalla Corte costituzionale, se ne ridimensiona, sin dalla sua genesi, l'impatto, riducendola – così testualmente

²⁷ Così, da ultimo, Sez. III, 20 giugno 2024, n. 37248, in *C.E.D. Cass.*, n. 287052. Negli stessi termini già Sez. III, 8 aprile 2019, n. 23810, *ivi*, n. 275993, che fa leva anche sulla Circolare del Ministero delle Finanze del 23 aprile 1996, n. 98, la quale, nell'interpretare l'art. 8 D.lgs. n. 546/1992, aveva inteso l'incertezza interpretativa rilevante ai fini della mancata applicazione delle sanzioni *non penali* come quella oggettivamente derivante dalla divergenza di contenuto tra atti ufficiali dell'Amministrazione e non anche quella dovuta alle *condizioni soggettive* del ricorrente; Sez. VII, 13 luglio 2017, n. 44293, *ivi*, n. 271487.

²⁸ Dello stesso avviso LANZI M. (2018), p. 338.

²⁹ In questi stessi termini già ARDIZZONE (2025), p. 11.

³⁰ Consultabile in www.camera.it.

a p. 3 – a «regola di giudizio, che è mera espressione di specificazione del canone “in dubio pro reo”».

Dunque una norma premiale a valenza, per così dire, *meramente interpretativa* e, quanto al requisito costitutivo delle condizioni di obiettiva incertezza, di stampo eminentemente *processuale*, perché tesa ad una riaffermazione della regola di giudizio che sembrerebbe codificata all'art. 530, comma 3, c.p.p., secondo cui quando vi è la prova che il fatto di reato sia stato commesso in presenza di una scriminante o di una causa personale di non punibilità ovvero «*vi è dubbio sull'esistenza delle stesse*», il giudice è tenuto a pronunciare una sentenza di assoluzione.

In realtà, tenuto conto del fatto che, al pari di quanto accade da tempo in tema di rilevanza dell'*error iuris* disciplinato dall'art. 5 c.p., l'ignoranza può dirsi *incolpevole* ove ricorra un'*impossibilità oggettiva*, generale ed invincibile, di conoscenza o quando essa sia *scusabile* perché *non colposa* e, dunque, *inevitabile*, stante una corretta applicazione del *principio di affidamento* (in particolare in fonti informative qualificate), non potrebbe, sul piano dogmatico, validamente parlarsi di *causa (personale) di non punibilità* quanto piuttosto di *assenza di colpevolezza*, non certo intesa in senso *relativistico-soggettivo* ma come giudizio di *non rimproverabilità* per il difetto di un atteggiamento antidoveroso della volontà da parte di chi era tenuto (perché poteva) a conoscere la normativa in tema di spettanza del credito

Di qui la necessità di ribadire, con una previsione specifica, l'efficacia *scusante* dell'errore in caso di dubbio originato da un testo di legge obiettivamente ambiguo o poco intelligibile, nonostante la puntuale ottemperanza, da parte dell'agente, ad un *dovere di informazione* che, gravante su tutti i consociati, viene poi ad essere calibrato sulla complessità della fonte di riferimento e sulla tipologia di attività da essa disciplinata.

5.

Sintesi conclusiva.

Come si osservava in apertura, al succedersi di Governi, anche di diversa estrazione politica, corrisponde quasi sempre una “nuova” riforma fiscale, che, per quanto qui interessa, incide, in modo più o meno marcato, sull'assetto del sistema penal-tributario e ciò a seconda che si tratti di interventi di tipo settoriale, essenzialmente ispirati dalle pressanti esigenze della ragion fiscale, o di novelle di più ampio respiro, in grado di determinare mutamenti di rotta nelle scelte di incriminazione in ambito tributario nel tentativo di porre rimedio all'inefficacia palesata da pregressi approcci di segno opposto.

Il decreto legislativo n. 87/2024, che, riguardato nel suo complesso, appare per lo più animato dalla logica della riscossione – come evidente da alcuni snodi cruciali, essenzialmente costituiti dalla rilevanza attribuita all'attivazione del *meccanismo di rateizzazione* ed alla correlata *posticipazione* del momento consumativo dei delitti di omesso versamento – non si mostra altrettanto incline a lasciare sullo sfondo lo *ius terribile*, relegandolo a strumento di pressione funzionale all'estinzione dell'obbligazione tributaria, quando ci si confronta con la rimodulazione del delitto di indebita compensazione di crediti di imposta.

L'occasione era, infatti, propizia per il ripristino di un rapporto più equilibrato tra le due fattispecie incriminatrici che figurano all'interno dell'art. 10 *quater* D.lgs. n. 74/2000, provenendo dalla prassi indicazioni inequivoche su una diffusa attitudine “dispotica” dell'ipotesi più severamente sanzionata sull'altra e ciò proprio in ragione di una eccessiva dilatazione della categoria della inesistenza a fronte di una invalsa, ma censurabile, equiparazione tra insussistenza *tout court* del credito, sorretta o meno da contegni fraudolenti, e carenza anche di uno solo dei suoi requisiti costitutivi.

Come non capita di rado di constatare dinanzi ad una novella legislativa, alle problematiche emergenti dalla *law in action* si risponde con una soluzione che, nella sostanza, si limita a normativizzare l'orientamento giurisprudenziale che si è nel tempo consolidato o che è comunque risultato prevalente, senza, dunque, assumere una posizione critica, che si mostri capace di esprimere una scelta di politica criminale autonoma ed in controtendenza rispetto a quanto già affermatosi in sede giudiziaria. Ed in effetti, nel caso di specie, gli spazi di manovra riservati al legislatore delegato risultavano alquanto limitati, essendo egli stato fatto espressamente oggetto del monito contenuto all'art. 20 della legge delega, con il quale il delegante era stato chiamato a conformarsi alle posizioni assunte dalla giurisprudenza sul criterio di demarcazione tra crediti non spettanti e crediti inesistenti ai fini dell'attivazione della procedura di compensazione.

Ebbene, per quanto si possa convenire con l'opportunità di confrontarsi con gli esiti a cui

si è giunti in via interpretativa, ci sembra, del pari, innegabile che appiattirsi su di essi, senza farsi carico di una visione di insieme, comporti il rischio, invero concretizzatosi, di licenziare un testo privo di una *direttrice unitaria*, nel quale il rigore a cui per lo più si informano i giudici della legittimità si coniuga ad alcuni innesti a vocazione senz'altro più liberale, in un coacervo di opzioni di non agevole armonizzazione.

D'altro canto, ben avrebbe potuto il legislatore delegato, una volta tradotta in norma la nozione di inesistenza da tempo sostenuta in giurisprudenza, bilanciare la prevedibile ipertrofia applicativa del delitto di cui all'art. 10 *quater*, comma 2, D.lgs. n. 74/2000 con l'inserimento di una *scusante* in caso di errore tanto più incisivamente concepita – onde assicurarne un'effettività di cui, invero, appare sprovvista – quanto non circoscritta al solo reato meno grave, dimostrando così di essere consapevole delle reali difficoltà che il contribuente è tenuto a fronteggiare ogni qual volta si misuri con la legislazione tributaria che, almeno in linea di principio, gli riconosce la facoltà di opporre in compensazione crediti di imposta.

Bibliografia

AMARELLI, Giuseppe (2007), “Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione”, *Cassazione penale*, pp. 2819-2820

AMBROSETTI, Enrico Maria, “I reati tributari”, in AMBROSETTI, Enrico Maria, MEZZETTI, Enrico e RONCO, Mauro (eds), *Diritto penale dell'impresa* (Bologna, Zanichelli), pp. 440 e 504-505

ARDIZZONE, Giorgio (2025), “Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87”, *www.lalegislazionepenale.eu*, pp. 4-12

BARTOLI, Roberto (2003), “Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?” *Diritto penale e processo*, pp. 303-308

BASILE, Fabio (2011), “Reato autonomo o circostanza aggravante? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui “criteri di distinzione””, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1570 ss.

BERNAZZANI, Paolo (2019), “L'indebita compensazione”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo e PAPA, Michele (eds), *Diritto penale dell'economia*, I, (Torino, Utet), p. 356

BUONOCORE, Stefano (2023), “I reati di indebita compensazione (art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000): crediti inesistenti e credit non spettanti nel sistema penale”, *Diritto e pratica tributaria*, pp. 1755 e 1758

BRICOLA, Franco (1964) “Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1019

BRUNELLI, David (2019), *Il diritto penale delle fattispecie criminose* (Torino, Giappichelli), pp. 298-302

CAVALLINI, Stefano (2017), “L'indebita compensazione”, in BRICCHETTI, Renato e VENEZIANI, Paolo (eds), *I reati tributari* (Torino, Giappichelli), p. 368

CONCAS, Luigi (1974), “Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi”, *Archivio penale*, p. 364 ss.

CONSULICH, Federico (2020), “Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1388

DE FRANCESCO, Giovannangelo (1980), *Lex specialis: specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, (Milano, Giuffrè) p. 188 ss.

DI SIENA, (2006), “La nuova fattispecie criminosa di indebita compensazione: fisiologia (sintetica) di una norma imperfetta”, *Il Fisco*, p. 5646

FLORA, Giovanni (2001), “Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 699-703

FONDAROLI, Desiree (2007), “Finanze e tributi” in PALAZZO, Francesco e PALIERO, Carlo Enrico (eds), *Commentario breve alle leggi penali complementari* (Padova, Cedam), p.p. 1437-1438

GUERRINI, Roberto (1988), *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, *Profili dogmatici* (Milano, Giuffrè), p. 27 ss.

LANZI, Alessio e ALDROVANDI, Paolo (2020), *Diritto penale tributario* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 525-526 e 529

LANZI, Massimiliano (2018), *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive* (Torino, Giappichelli), p. 331 ss.

MANTOVANI, Ferrando e FLORA, Giovanni (2023), *Diritto penale, Parte generale* (Milano, Wolters Kluwer), p. 486

MASTROGIACOMO, Enrico (2006), “Le novità penali del d.l. n. 223 del 4 luglio 2006”, *Il Fisco*, p. 4699

MARINI, Giuliano (1965), *Le circostanze del reato. Parte generale* (Milano, Giuffrè), p. 29

MELCHIONDA, Alessandro (2000), *Le circostanze del reato. Origini, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica* (Padova, Cedam), p. 565 ss.

MUSCO, Vincenzo e ARDITO, Francesco (2021), *Diritto penale tributario* (Bologna, Zanichelli), p. 362

PADOVANI, Tullio (1988), “Circostanze del reato”, *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), pp. 193-197

SANTORIELLO, Ciro (2023), “Reato di indebita compensazione: rilevanza penale differente tra crediti “inesistenti” e crediti “non spettanti”, *Il Fisco*, p.1881 ss.

SOANA, Gian Luca (2023), *I reati tributari* (Milano, Giuffrè), p. 433

TERMINE, Anna (2018), “Infondata la questione di legittimità cosituzionale relativa alla soglia di punibilità di 50.000 euro del delitto di indebita compensazione di cui all’art. 10-*quater* D.lgs. 74/2000”, *www.penalecontemporaneo.it*, 12 aprile

VASSALLI, Giuliano (1975), “Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall’evento””, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 14

ZANOTTI, Nicolò (2025), “La deriva giurisprudenziale sull’ambito di applicazione del reato di indebita compensazione”, *Rivista telematica di diritto tributario*, pp. 4-6

UNO SGUARDO OLTRE FRONTIERA
UNA MIRADA MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS
A LOOK BEYOND BORDERS

- 108 **Resistenza armata o terrorismo internazionale?**
¿Resistencia armada o terrorismo internacional?
Armed Resistance or International Terrorism?
Maria Crippa, Lavinia Parsi
- 129 **¿Las fuentes del derecho afgano legitiman los episodios de violencia de género?**
Le fonti del diritto afgano legittimano gli episodi di violenza di genere?
Do the Sources of Afghan Law Legitimize Episodes of Gender-Based Violence?
Maria Michela Lombardo

Resistenza armata o terrorismo internazionale?*

La qualificazione penale delle condotte della Brigata Tulkarem nel Territorio palestinese occupato alla luce della giurisprudenza italiana e internazionale

¿Resistencia armada o terrorismo internacional?

Armed Resistance or International Terrorism?

MARIA CRIPPA

*Assegnista di ricerca in diritto penale
presso l'Università degli Studi di Milano.
maria.crippa@unimi.it*

LAVINIA PARSİ

*Dottoranda di ricerca in diritto penale presso l'Università degli Studi
di Milano e Humboldt-Universität zu Berlin.
lavinia.parsi@unimi.it*

DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE,
TERRORISMO

DERECHO PENAL INTERNACIONAL,
TERRORISMO

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW,
TERRORISM

ABSTRACTS

La Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata, seppure in relazione a un procedimento cautelare, sulla finalità terroristica delle condotte violente commesse da gruppi armati palestinesi nei territori illegalmente occupati. La decisione si inserisce nel consolidato filone giurisprudenziale relativo all'applicazione delle fattispecie di terrorismo internazionale nei contesti bellici, e interseca questioni di particolare interesse e attualità, anche sul piano internazionale. La Corte ha confermato l'assenza di una presunzione della natura terroristica del gruppo derivante dal suo inserimento nel sistema di *listing* dell'Unione Europea, sottolineando che tale elemento non è sufficiente di per sé a qualificare le condotte come terroristiche, ma deve essere integrato da un'analisi concreta degli atti commessi e delle finalità perseguite. Il cuore della questione atteneva, invero, alla natura degli atti commessi nei confronti di uno Stato estero che attui un'occupazione illegittima in base al diritto internazionale e alla loro qualificazione giuridica alla luce delle norme di diritto internazionale umanitario e di diritto penale internazionale. Le note difficoltà nell'applicazione delle fattispecie di terrorismo, quanto a precisione e determinatezza delle norme, conducono, infatti, la giurisprudenza all'estensione delle categorie di riferimento a fenomeni tra loro assai eterogenei, quali il terrorismo di matrice religioso-fondamentalista, da un lato, e i movimenti di liberazione nazionale, dall'altro lato. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente la natura terroristica della Brigata Tulkarem e delle condotte da questa attuate. In particolare, secondo i giudici, le azioni dell'organizzazione non erano dirette a perseguire univocamente una strategia militare, ma risultavano finalizzate a intimidire la popolazione civile e, come tali, dovevano qualificarsi come terroristiche. La Corte ha, inoltre, stabilito che tali condotte erano da considerarsi dirette nei confronti di uno Stato estero, anche se realizzate al di fuori del territorio generalmente riconosciuto a Israele sul piano internazionale. La pronuncia solleva dubbi circa la linea di demarcazione tra atti di legittima resistenza armata ai fini dell'autodeterminazione e condotte terroristiche, alla luce delle categorie del diritto penale interno e internazionale.

* Il lavoro è frutto della riflessione comune delle Autrici. Nondimeno, i paragrafi 1, 2, 3 e 7 sono da attribuirsi a Maria Crippa, mentre i paragrafi 4, 5 e 6 a Lavinia Parsi.

El Tribunal de Casación se ha pronunciado recientemente, aunque en el marco de un procedimiento cautelar, sobre el propósito terrorista de conductas violentas cometidas por grupos armados palestinos en los territorios ilegalmente ocupados. La decisión se inscribe en la consolidada línea jurisprudencial relativa a la aplicación de los delitos de terrorismo internacional en contextos bélicos y aborda cuestiones de máxima actualidad a nivel internacional. El Tribunal confirmó que no se presume carácter terrorista únicamente por la inclusión de un grupo en el listado antiterrorista de la UE; dicha inclusión es insuficiente por sí sola para calificar la conducta como terrorista, y debe complementarse con un análisis concreto de los actos realizados y de los fines perseguidos. En el centro del debate estuvo la naturaleza de las acciones llevadas a cabo contra un Estado extranjero que ejerce una ocupación ilegal conforme al derecho internacional, y su cualificación jurídica conforme al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional. Las conocidas dificultades en la aplicación de los delitos de terrorismo – en cuanto a precisión y determinación normativa – llevan a la jurisprudencia a extender las categorías de referencia a fenómenos muy heterogéneos, como el terrorismo de raíz religioso-fundamentalista, por un lado, y los movimientos de liberación nacional, por otro. En el caso actual, el Tribunal declaró la naturaleza terrorista de la Brigada de Tulkarem y de las conductas llevadas a cabo por la misma. En particular, los jueces concluyeron que las acciones de la organización no estaban dirigidas exclusivamente a una estrategia militar, sino que tenían por objeto intimidar a la población civil, y como tales deben calificarse como terroristas. Además, el Tribunal determinó que tales conductas se dirigían contra un Estado extranjero, incluso si se llevaban a cabo fuera del territorio internacionalmente reconocido de Israel. La resolución plantea interrogantes sobre la línea divisoria entre la resistencia armada legítima con fines de autodeterminación y las conductas terroristas, tanto desde la perspectiva del derecho penal doméstico como del derecho penal internacional.

The Court of Cassation has recently ruled, in the context of precautionary proceedings, on the terrorist purpose of violent acts committed by Palestinian armed groups in the illegally occupied territories. The decision forms part of the established jurisprudence on the application of international terrorism offences in war contexts and intersects with particularly topical questions at an international level. The Court confirmed that there is no presumption of terrorist character merely because a group is included in the EU's terrorist listing; such inclusion is insufficient, on its own, to qualify conduct as terrorist, and must be complemented by a concrete analysis of the acts committed and the objectives pursued. At the core of the issue was the nature of the acts carried out against a foreign State that is unlawfully occupying a territory under international law, and their legal qualification pursuant to norms of international humanitarian law and international criminal law. The well-known difficulties in applying terrorism offences – with regard to precision and specificity of the legal norms – lead the jurisprudence to extend reference categories to highly heterogeneous phenomena, such as religious-fundamentalist terrorism, on the one hand, and national liberation movements, on the other. In the present case, the Court found the Tulkarem Brigade and its conduct to be of a terrorist nature. In particular, the judges held that the organization's actions were not aimed solely at pursuing a military strategy, but were intended to intimidate the civilian population, and thus qualify as terrorist. Moreover, the Court determined that such conduct was directed against a foreign State, even if carried out outside the internationally recognized Israeli territory. The ruling raises questions concerning the demarcation line between legitimate armed resistance aimed at self-determination and terrorist conduct, under both domestic and international criminal law categories.

SOMMARIO

1. Il procedimento cautelare e i motivi del ricorso. – 2. La designazione di un'associazione nelle *black lists* antiterrorismo dell'Unione Europea: profili critici del sistema di prevenzione. – 3. Gli “indici descrittivi fattuali” dell'art. 270 sexies c.p.: le finalità terroristiche dell'associazione nel contesto bellico nella giurisprudenza di legittimità. – 4. La rilevanza della natura civile o militare dell'obiettivo: le precedenti pronunce della Cassazione sul rapporto tra il reato di terrorismo, il diritto dei conflitti armati e il diritto penale internazionale. – 5. Il labile confine tra la nozione di terrorismo e l'esercizio del diritto all'autodeterminazione: spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza italiana ed internazionale. – 6. L'assenza di condotta diretta contro uno Stato estero, alla luce del parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze legali derivanti dalle politiche e dalle pratiche di Israele nel Territorio palestinese occupato, compresa Gerusalemme Est. – 7. Riflessioni conclusive.

1.

Il procedimento cautelare e i motivi del ricorso.

In una recente decisione la Corte di Cassazione, sez. VI, si è nuovamente pronunciata in materia di associazione con finalità di terrorismo internazionale di cui all'art. 270 bis c.p.¹. La Corte ha, in particolare, affermato che l'inclusione di un gruppo, quale le Brigate Martiri di Al Aqsa, nell'elenco delle organizzazioni terroristiche dell'Unione Europea (UE) ha valenza meramente indiziaria e necessita di una verifica in concreto. Nel caso di specie, il Tribunale del riesame aveva correttamente esaminato l'attività svolta in concreto dal gruppo e determinato la sussistenza di gravi indizi idonei a ritenere sussistente una finalità terroristica. Nel fare ciò, la Corte ha fondato la propria valutazione sulla direzione – diretta o indiretta – delle condotte nei confronti di obiettivi civili, che rende “tali forme di reazione armata incompatibile con le ipotesi di legittima contrapposizione in un contesto di tipo bellico” (par. 2.4). Superati gli aspetti relativi alla gravità indiziaria, i giudici hanno ritenuto applicabile la nozione di finalità terroristiche, di cui all'art. 270 bis, c. 3 c.p., agli atti di violenza rivolti contro la popolazione civile anche se realizzate in territori illegittimamente occupati e al di fuori dei confini nazionali riconosciuti dall'ordinamento internazionale (par. 3.4).

La vicenda origina dal ricorso presentato da Yaesh Anan Kamal Afif, cittadino palestinese di Nablus in Cisgiordania e che da anni vive a L'Aquila, avverso l'ordinanza con la quale in data 4 aprile 2024 il Tribunale del riesame del capoluogo abruzzese aveva confermato l'ordinanza di applicazione della custodia cautelare in carcere nei suoi confronti, in quanto elemento apicale del gruppo terroristico denominato Gruppo di Risposta Rapida - Brigate Tulkarem². Yaesh era stato arrestato nell'ambito di un'indagine condotta dalla Direzione distrettuale nazionale antimafia e antiterrorismo dell'Aquila in coordinamento con la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, che ha coinvolto anche due connazionali dell'imputato, Irar Ali e Doghmosh Mansour, sottoposti a custodia cautelare in carcere da marzo³. La misura cautelare era stata disposta nei loro confronti in ragione del quadro indiziario indicante la progettazione di attentati terroristiche in Cisgiordania, secondo quanto sarebbe emerso dalle chat Telegram dei tre e dai loro profili attivi su altri social network (in particolare, Facebook). Alla luce degli elementi probatori raccolti nel corso delle indagini, sui quali si tornerà oltre, il Tribunale del riesame attribuiva in particolare a Yaesh un ruolo apicale nell'ambito della Brigata Tulkarem, ritenuta dall'ordinanza un'articolazione delle Brigate dei Martiri di Al Aqsa. Nei motivi di ricorso, il ricorrente aveva dedotto, in primo luogo, la violazione di legge e il vizio di motivazione in relazione all'art. 270 bis c.p., con particolare riferimento alla natura terroristica dell'associazione, alle finalità a questa attribuite e alle condotte poste in essere da Yaesh. La difesa aveva, infatti, contestualizzato le azioni di resistenza, anche armata, del gruppo nella situazione di illegittima occupazione dei territori palestinesi da parte di Israele. Le azioni progettate dal ricorrente avrebbero quindi difettato del requisito dell'attacco diretto

¹ Cass. pen., Sez. VI, 20 agosto 2024 (ud. 11 luglio 2024), n. 32712, Presidente Fidelbo, Relatore Di Geronimo.

² Tribunale di L'Aquila, RGNR 99/2024, Sezione per il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, RIMCP 103/2024, 4 aprile 2024.

³ Il 20 luglio 2024 la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la decisione sulla misura cautelare nei confronti di Irar Ali e Doghmosh Mansour. Il 9 settembre 2024 il Tribunale del Riesame di L'Aquila ha, infine, annullato il provvedimento cautelare e ordinato la loro immediata scarcerazione; dalle notizie di cronaca si apprende che Mansour Doghmosh è stato, quindi, trasferito nel Centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Ponte Galeria. Cfr. *L'uso politico dei CPR: la vicenda di Mansour Doghmosh*, Coalizione Italiana Libertà e Diritti Civili, 9 ottobre 2024, sul sito web cild.eu [ultimo accesso in data 16 aprile 2025].

nei confronti di obiettivi civili e di uno Stato estero e, essendo finalizzate a fini esclusivamente militari, erano da ritenersi legittime ai sensi del diritto internazionale. Con il secondo motivo di ricorso, la difesa aveva dedotto la violazione di legge e il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza di gravi indizi di partecipazione all'associazione in esame.

La pronuncia in oggetto, che si inserisce in una consolidata giurisprudenza della corte di legittimità sulle condotte di terrorismo rivolte contro uno Stato estero, solleva diversi profili significativi che meritano attenzione, specialmente alla luce dei più recenti sviluppi sul piano internazionale. La complessità delle questioni sottoposte alla Corte di Cassazione impone, in primo luogo, di soffermarsi sulla qualificazione terroristica del gruppo, in considerazione del suo inserimento nel sistema di designazione (cd. *listing*) dell'UE (*infra*, §2). L'analisi del quadro giuridico di riferimento, sul piano tanto internazionale quanto interno, risulta in secondo luogo preordinata alla valutazione della sussistenza in concreto di gravi indizi indicanti la finalità terroristica del gruppo di cui all'art. 270 *sexies* c.p., in relazione a condotte attuate in contesti bellici (*infra*, §3). Il caso di specie richiede poi di prestare attenzione al contesto nel quale le Brigate si inseriscono, in correlazione con la natura dell'occupazione israeliana dei territori palestinesi e in relazione al diritto all'autodeterminazione delle popolazioni sottoposte a una occupazione militare illegittima (*infra*, §§4 e 5). Da ultimo, saranno svolte alcune considerazioni conclusive circa le ricadute della decisione, sul piano interno all'ordinamento penale italiano e nella prospettiva internazionale (*infra*, §6).

Merita, infine, dare atto del fatto che la vicenda giudiziaria di Yaesh si intreccia con il procedimento, antecedente, relativo all'extradizione cd. processuale dell'imputato, da quanto si apprende arrestato il 27 gennaio 2023 su richiesta di Israele che ne chiedeva la consegna affinché fosse sottoposto a giudizio per accuse di terrorismo. Pur trattandosi di un procedimento autonomo, gli esiti ai quali sono pervenuti i giudici italiani risultano particolarmente significativi anche in relazione alle motivazioni spese dalla Corte di Cassazione nella decisione qui in commento. La Corte d'Appello di L'Aquila ha, infatti, respinto la richiesta di estradizione avanzata dalle autorità israeliane, poi ritirata a fine aprile con una nota inviata al Ministero della giustizia, in ragione del rischio che l'uomo avrebbe corso, nello Stato israeliano, di essere sottoposto a "trattamenti crudeli, disumani o degradanti, o comunque ad atti che configurano la violazione di uno dei diritti umani della persona", con conseguente preclusione dell'extradizione ai sensi degli artt. 698 c. 1 e 705 c. 2 lett. c) c.p.p.⁴.

2. La designazione di un'associazione nelle *black lists* antiterrorismo dell'Unione Europea: profili critici del sistema di prevenzione.

Come anticipato, il ricorrente ha contestato la qualificazione delle Brigate dei Martini di Al Aqsa quale gruppo terroristico. In particolare, secondo la difesa il Tribunale del riesame avrebbe erroneamente presunto tale caratteristica in ragione del solo inserimento del gruppo nell'elenco delle organizzazioni terroristiche stilato dall'UE, senza procedere tuttavia a una verifica in concreto dell'effettivo svolgimento di attività di natura terroristica. Il mero inserimento delle Brigate dei Martiri di Al Aqsa non costituiva, secondo la prospettazione difensiva, un dato di per sé dirimente, ma doveva essere valutato alla luce della gravità indiziaria circa il carattere delle condotte poste in essere dai suoi appartenenti. La prima questione attiene,

⁴ Come emerge dai rapporti delle agenzie ONU e delle organizzazioni non governative accreditate sul piano internazionale, le condizioni di detenzione dei palestinesi nelle strutture militari e civili israeliane, peraltro drasticamente peggiorate a seguito dell'operazione militare mossa da Israele contro la popolazione di Gaza e in Cisgiordania, sono caratterizzate da sovraffollamento, condizioni di scarsa igiene, mancata assistenza sanitaria, privazione di sonno e cibo, pratiche degradanti, nonché dalla imposizione di violenze fisiche, anche sessuali, ovvero dal ricorso alla tortura anche nel corso di interrogatori. Il riferimento è a UN Human Rights Office, *Thematic Report Detention in the context of the escalation of hostilities in Gaza (October 2023–June 2024)*, 31 luglio 2024, par. 33-45, par. 50-53, sul sito web www.ohchr.org [ultimo accesso in data 16 aprile 2025]; UN Human Rights Office, *Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem Report of the Secretary-General*, 2 ottobre 2023, A/78/502, par. 36, sul sito web docs.un.org [ultimo accesso in data 16 aprile 2025]; B'Tselem – The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Welcome to Hell*, agosto 2024. Si vedano anche Amnesty International, *Israel must end mass incommunicado detention and torture of Palestinians from Gaza*, 18 luglio 2024; Human Rights Watch, *Israel: Detainees Face Inhumane Treatment*, 23 luglio 2024, sul sito web www.amnesty.org [ultimo accesso in data 16 aprile 2025]. Sul punto è necessario richiamare, peraltro, l'assenza delle condizioni necessarie all'accoglimento dell'extradizione, alla quale osta l'instaurazione di un procedimento penale in Italia per gli stessi fatti oggetto della richiesta, in ottemperanza all'art. 8 della Convenzione europea sull'extradizione e dell'art. 705 c. 1 c.p.p.

dunque, alla rilevanza probatoria dell'inserimento del gruppo Brigate Martiri di Al Aqsa nel sistema di *listing* dell'UE ai sensi del Regolamento n. 2023/1505 del 23 luglio 2023. Secondo l'impostazione fatta propria dal Tribunale del riesame, infatti, dalla inclusione dell'associazione nel sistema di *listing* discende una presunzione processuale di gravità indiziaria della natura terroristica del gruppo, con conseguente onere in capo alla difesa di allegazione degli elementi idonei a escluderla.

Così come in ambito internazionale, anche nell'ordinamento europeo si è assistito alla progressiva predisposizione di strumenti straordinari atti a fronteggiare il fenomeno del terrorismo internazionale mediante anticipazione dell'intervento punitivo⁵. Questo si attua, da un lato, nella criminalizzazione delle condotte preparatorie di attività terroristiche e, dall'altro lato, nella predisposizione di misure di prevenzione *ante delictum*, tese alla neutralizzazione dei soggetti che costituiscono potenzialmente una minaccia alla sicurezza comune⁶. Tali strumenti impongono ai presunti terroristi e ai loro finanziatori restrizioni di carattere anche economico, che, nonostante la loro qualificazione formale, vanno nondimeno ricondotte all'ambito del diritto penale in ragione della pesante incidenza sui diritti e sulle libertà fondamentali.⁷ In particolare, così come a livello delle Nazioni Unite, anche il sistema di *listing* europeo risulta finalizzato alla designazione di singoli individui, gruppi o associazioni sospettati di un coinvolgimento, anche indiretto, in attività di tipo terroristico⁸. In assenza di poteri di indagine del Consiglio dell'UE, la designazione nelle liste avviene su impulso degli Stati membri e delle autorità competenti; nell'ordinamento italiano risulta deputato a tali segnalazioni il Comitato di sicurezza finanziaria (artt. 4 ter e 4 quater d.lgs. 22.6.2007, n. 109). Sebbene la normativa europea e, conseguentemente, la sua attuazione nell'ordinamento nazionale siano ispirate maggiormente a principi di garanzia rispetto alla disciplina contenuta nelle risoluzioni delle Nazioni Unite, sono numerosi i profili di criticità che tale sistema presenta in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.⁹ Le misure particolarmente afflittive che conseguono all'inclusione del nominativo nel sistema di *listing* vengono, infatti, adottate da parte di un organo politico (il Consiglio dell'UE) all'esito di una procedura formalmente amministrativa e, specialmente in origine, risultavano in larga misura connotate da riservatezza e assenza di contraddittorio preventivo.¹⁰ Non può tacersi che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE (CGUE) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte eur. dir. uomo) abbia concorso alla revisione dei meccanismi di *listing*, specie per quanto concerne la conoscibilità, in capo al 'designato', della motivazione a sostegno della decisione di inclusione nelle liste, nonché la regolamentazione della procedura di cancellazione dalle stesse nel rispetto del diritto a un equo processo, nel contemperamento tra esigenze securitarie e tutela dei diritti umani¹¹. Ragioni di brevità impongono di richiamare soltanto l'importante contenzioso

⁵ Sul piano internazionale si richiamano la Convenzione delle Nazioni Unite contro il finanziamento del terrorismo, adottata a New York il 18 dicembre 1999 (Convenzione di New York del 1999) e ratificata dall'Italia con la legge n. 7 del 2003, nonché la Convenzione di New York per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, adottata a New York il 14 settembre 2005 e la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005 con il Protocollo addizionale adottato a Riga il 22 ottobre 2015, tutte ratificate dall'Italia con la legge n. 153 del 2016; le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, quindi vincolanti per gli Stati membri (cfr. www.un.org); e le Raccomandazioni elaborate dal Financial Action Task Force (FATF). Per ragioni di brevità si rinvia all'analisi dei profili problematici sottesi ai meccanismi adottati dalle Nazioni Unite in chiave antiterroristica si rinvia a BATTAGLINI (2017), pp. 55-57 e TEBALDI (2018), pp. 83-87. Si segnalano, inoltre, le decisioni quadro 2002/475/GAI, 2008/919/GAI e la direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro richiamata. L'adozione di tali strumenti muoveva dall'esigenza di dotare l'UE di una nozione giuridica comune di terrorismo, avvertita in considerazione dell'eterogeneità delle disposizioni normative interne. Si veda MASARONE (2013), p. 141.

⁶ Posizione comune 2001/931/CE. Per l'analisi delle misure richiamate e del funzionamento del Comitato di sicurezza finanziaria sia consentito il rinvio a MELONI e CRIPPA (2024), p. 1993-1999. Sul raccordo tra sistemi internazionali di *listing* e sistema di nazionale di prevenzione si rinvia a MAUGERI (2017), p. 15-35.

⁷ MASARONE (2013), p. 133.

⁸ Cfr. la Posizione comune 2001/930/PESC17 con la quale il Consiglio dell'UE istituiva un elenco di persone, gruppi ed entità coinvolti in atti terroristici soggetti a congelamento dei beni, nonché il relativo regolamento attuativo 2001/2580/CE. Una ricostruzione dettagliata della normativa europea succedutasi "a cascata" in materia è offerta da MASARONE (2013), pp. 133-135. L'Autrice sottolinea, in particolare, come l'impiego di regolamenti comunitari, dotati di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali, consentisse di superare il carattere non vincolante delle posizioni comuni, che avrebbero invece necessitato di un apposito intervento normativo da parte dei legislatori nazionali. In assenza di obblighi specifici, ne sarebbe conseguita la disomogeneità delle misure adottate e delle tempistiche di loro attuazione.

⁹ MASARONE (2013), p. 137, laddove si evidenziano i profili di tensione tra il sistema delle liste dei presunti terroristi e finanziatori di terrorismo e la tutela dei diritti fondamentali (ad esempio, diritto alla dignità, al rispetto della vita privata e familiare, alla libertà di espressione e di associazione, nonché i diritti inerenti alle garanzie processuali e difensivi e i diritti patrimoniali). In particolare, seppure non equivalente a un giudizio penale sul singolo, l'inserimento del nominativo nelle liste determinerebbe una incisione della reputazione della persona e della sua dimensione di *homo oeconomicus*, tale da assumere carattere punitivo.

¹⁰ Si veda ancora la ricostruzione dell'evoluzione del sistema di *listing* offerta da MASARONE (2013), pp. 137-140.

¹¹ Cfr. CGUE, sentenza del 18 luglio 2013, *Commissione, Consiglio, Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10

giudiziario scaturito dai casi *Liberation Tigers of Tamil Eelam* (Tigri per la liberazione della patria Tamil, LTTE, organizzazione che si contrapponeva al governo dello Sri Lanka con l'obiettivo della creazione di uno Stato indipendente) e *Hamas*, poiché entrambe le organizzazioni contestavano il rinnovato mantenimento nelle liste, con conseguente congelamento dei beni, e chiedevano l'annullamento dei relativi regolamenti del Consiglio dell'UE per violazione dei diritti fondamentali, in assenza di elementi sufficienti (art. 263 TFUE). In entrambi i casi l'istanza veniva inizialmente accolta dal Tribunale dell'UE, che annullava i regolamenti limitatamente all'inserimento delle due organizzazioni nelle *black lists*, stante l'assenza di elementi indicanti il compimento di una accurata verifica da parte delle autorità competenti, che pareva limitata al recepimento di informazioni di stampa e di pubblico dominio.¹²

La natura particolarmente delicata della disciplina è, infatti, evidente laddove si consideri che la segnalazione da parte dei comitati nazionali non presuppone necessariamente una sentenza penale di condanna, ma può avvenire sulla base di elementi di fatto indicativi della partecipazione o del supporto del soggetto ad attività terroristiche, dell'esistenza di una relazione con soggetti già inseriti nelle liste, nonché della sussistenza di un processo ovvero di misure, anche non penali, a carico del 'designato'. Non è, invece, richiesta la valutazione della pericolosità del soggetto né la sproporzione reddituale. Come ricordato nella decisione in esame, la giurisprudenza di legittimità ha escluso in modo pacifico che dall'inclusione nelle *black lists* derivi la prova della natura terroristica dell'associazione ai fini della condanna in sede penale. Ne consegue che tale caratteristica debba ricavarsi "non solo dall'inclusione dell'organizzazione negli elenchi di associazioni terroristiche stilati dagli organismi sovranazionali, ma anche dalla disamina del concreto manifestarsi dell'organizzazione stessa alla stregua degli indici descrittivi fattuali indicati dall'art. 270-sexies cod. pen."¹³ La Corte di Cassazione, in parziale accoglimento della prospettazione difensiva, ha quindi chiarito come l'inserimento dell'associazione nella *black list* non introduca una presunzione processuale di gravità indiziaria, cui conseguirebbe una inversione dell'onere della prova (par. 2.1). Non di meno, tale circostanza costituisce, secondo la decisione in commento, un dato da valorizzare, trattandosi di una valutazione assunta da organi internazionali predisposti al contrasto del terrorismo (par. 2.1). L'inclusione negli elenchi internazionali concorre, quindi, alla valutazione concreta del giudice del perseguimento, da parte del gruppo, di finalità di terrorismo, unitamente a ulteriori e diverse emergenze processuali integranti gli indici fattuali di cui al già richiamato art. 270 sexies c.p. La Corte di Cassazione non si è, invece, pronunciata sulla doglianza difensiva relativa all'assenza di prova della riconducibilità in concreto delle Brigate Tulkarem alle Brigate dei Martiri di Al Aqsa. Secondo quanto evidenziato dal ricorrente, proprio in occasione della comunicazione ufficiale della nascita delle Brigate Tulkarem da parte di Anan il 14 gennaio 2024, le Brigate dei Martiri di Al Aqsa avevano, infatti, emesso un comunicato volto a sconfessare l'esistenza di tale collegamento, definendo il gruppo del ricorrente come "*alcuni mercenari pagati a Tulkarem*"¹⁴.

P e C-595/10 P; Corte eur. dir. uomo, sentenza del 26 novembre 2013, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*, ricorso n. 5809/08. In risposta agli attacchi di Hamas nel sud di Israele il 7 ottobre 2023, inoltre, il Consiglio dell'UE ha emesso la Posizione comune 2024/385 del 19 gennaio 2024 che istituisce misure restrittive nei confronti dei soggetti che sostengono, facilitano o permettono la commissione di atti di violenza da parte di Hamas e della Jihad islamica palestinese e il relativo regolamento attuativo 2024/386. Nelle *black lists* sono presenti moltissime organizzazioni islamiche, e in particolare palestinesi (Organizzazione Abu Nidal, *alias* Consiglio rivoluzionario Fatah, *alias* Brigate rivoluzionarie arabe, *alias* Settembre nero, *alias* Organizzazione rivoluzionaria dei musulmani socialisti; Brigata dei martiri di Al-Aqsa; Al-Aqsa e.V.; Hamas, incluso Hamas-Izz al-Din al-Qassem; Jihad islamica palestinese, PIJ; Fronte popolare di liberazione della Palestina, PFLP; Fronte popolare per la liberazione della Palestina – Comando generale, *alias* Comando generale del PFLP), mentre non figurano le organizzazioni estremiste dei coloni israeliani, responsabili di attacchi indiscriminati contro i civili palestinesi, specialmente in Cisgiordania. Tra i molti report disponibili cfr. B'Tselem – The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Settler Violence = State Violence*, sul sito web www.btselem.org [ultimo accesso in data 16 aprile 2025] e OHCHR, *The Escalating Settler Violence Against Palestinians in the West Bank: Impunity and State Responsibility*, disponibile sul sito web www.un.org [ultimo accesso in data 16 aprile 2025]. Il 15 luglio 2024 il Consiglio dell'UE ha approvato misure restrittive nei confronti di cinque persone e di tre gruppi israeliani, nell'ambito del regime globale di sanzioni dell'Unione Europea in materia di diritti umani, per le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani nei confronti dei palestinesi in Cisgiordania. Cfr. Regolamento di esecuzione (UE) 2024/1960 del 15 luglio 2024.

¹² Si tratta di Tribunale dell'UE, sentenza del 16 ottobre 2014, *LTTE c. Consiglio*, cause riunite T-208/11 e T-508/11; sentenza del 17 dicembre 2014, *Hamas c. Consiglio*, causa T-400/10). La decisione è stata confermata dalla CGUE per il solo LTTE (cfr. CGUE, GC, sentenza del 26 luglio 2017, C-599/14 P).

¹³ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. 5, Sentenza n. 10380 del 7 febbraio 2019 Ud. (dep. 8 marzo 2019) Rv. 277239 – 01.

¹⁴ Così è stato evidenziato dalla difesa a p. 12 del *Ricorso ex art. 311 c.p.p.* (gentilmente concesso alle Autrici dall'Avv. Flavio Rossi Albertini).

3. Gli “indici descrittivi fattuali” dell’art. 270 sexies c.p.: le finalità terroristiche dell’associazione nel contesto bellico nella giurisprudenza di legittimità.

Esclusa la valenza presuntiva della designazione delle Brigate dei Martiri di Al Aqsa nel sistema di *listing* (*supra*, §2), l’analisi della Corte di Cassazione si è, quindi, concentrata sulla valutazione in concreto degli elementi da cui desumere il perseguimento di finalità terroristiche da parte del gruppo mediante le condotte contestate. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione si è, in particolare, incentrato sull’univocità e sulla gravità degli elementi indiziari della natura terroristica del gruppo, oggetto del primo motivo di ricorso. Merita sin da subito anticipare che la Corte di Cassazione ha concluso ritenendo la “ribellione armata” attuata dalla Brigata Tulkarem riconducibile alla nozione di terrorismo, anziché a una azione di resistenza allo stato di occupazione dei territori palestinesi della Cisgiordania da parte di Israele. La Corte di Cassazione ha evidenziato come dalla lettura congiunta dell’ordinanza genetica e di quella emessa dal Tribunale del riesame emergessero “plurimi e concordanti elementi” in ragione dei quali ritenere sussistente la gravità indiziaria in relazione all’art. 270 bis c.p., tali da rendere logica e non contraddittoria la motivazione del Tribunale di L’Aquila censurata (par. 2.2). Il secondo motivo dedotto dal ricorrente, avente ad oggetto la violazione di legge e il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza di gravi indizi di partecipazione all’associazione terroristica, è stato ritenuto invece “del tutto generico”, in assenza di “specifiche doglianze circa il ruolo svolto da Yaesh e la sua appartenenza all’associazione terroristica” (par. 4).

L’analisi richiede, innanzitutto, di premettere alcune considerazioni in merito alla nozione di associazione “con finalità di terrorismo”, con riferimento ai profili sottoposti dal ricorrente alla Corte di Cassazione¹⁵. Come si dirà oltre, la complessa disciplina del fenomeno terroristico nel sistema penale interno sconta, anche in ragione del carattere eterogeneo e integrato delle fonti che vi concorrono, lacune e deficit in termini di precisione e determinatezza delle norme¹⁶. Quanto alla tipicità della fattispecie, la dottrina ha evidenziato in particolare la mancata indicazione espressa dei requisiti in presenza dei quali l’accordo tra più persone, finalizzato a commettere fatti di terrorismo, integra la fattispecie di cui all’art. 270 bis c.p.¹⁷. La definizione di terrorismo contenuta nelle fonti europee qualifica come tali le condotte che, per la natura o il contesto in cui si inseriscono, arrecano grave danno a uno Stato o a una organizzazione internazionale.¹⁸ Viceversa, l’art. 270 bis c.p. risulta del tutto svincolato dal riferimento a una serie circoscritta di comportamenti determinati e appare, invece, caratterizzato da un certo margine di vaghezza, ad esempio quanto alla determinazione della gravità del danno.¹⁹ Com’è noto, il legislatore ha invece espressamente recepito nell’art. 270 sexies c.p. la definizione delle “finalità di terrorismo”, mediante elencazione di un triplice dolo specifico alternativo: i) intimidire la popolazione, ii) costringere i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un atto, ovvero iii) destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di uno Stato o di una organizzazione internazionale (cd. finalità eversiva)²⁰. La norma si chiude, poi, con una clausola di rinvio

¹⁵ Come è stato puntualmente osservato, la finalità di terrorismo rileva non solo come elemento costitutivo del reato (art. 270 sexies c.p.), ma può costituire, altresì, una circostanza aggravante applicabile alla generalità dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento democratico (art.1 d.l. n. 625 del 1979, convertito con mod. da legge n. 15 del 1980), con conseguenze significative quanto agli aumenti di pena applicabili e alla sottrazione al giudizio di bilanciamento tra circostanze *ex art. 69 c.p.* A queste si accompagnano, inoltre, ricadute considerevoli sul piano delle misure di prevenzione applicabili, nonché sulla disciplina processuale e penitenziaria di riferimento (con particolare riferimento alla possibilità di esecuzione extra-muraria della pena). Cfr. VIGANÒ (2010), p. 194.

¹⁶ La definizione sconta, altresì, il carattere emergenziale che ha connotato l’adozione della norma e le sue successive modifiche, cfr. FASANI (2016), pp. 172-175. Per un’analisi approfondita del sistema delle fonti applicabili in materia si veda il lavoro di VALSECCHI (2004), p. 1158; riflessioni in ordine alla necessità di una interpretazione conforme alle fonti sovranazionali si trovano in CUPELLI (2002), p. 901.

¹⁷ Cfr., ancora, CUPELLI (2002), pp. 897 ss. Tali lacune sono rilevate anche da VALSECCHI (2025), par. V, laddove si evidenzia che il deficit di tipicità, quanto ai requisiti di qualificazione dell’associazione, è proprio a tutte le fattispecie associative presenti nell’ordinamento penale (artt. 416 c. 3 e 416 bis c. 2 c.p., art. 74 legge n. 309 del 1990) ed è stato colmato in via interpretativa nel senso di richiedere l’esistenza di una struttura organizzata di uomini e mezzi, anche elementare, idonea a fornire un supporto stabile agli associati per l’attuazione di un progetto criminioso comune. Per una ricostruzione delle lacune in materia di tassatività delle fattispecie ricadenti nella categoria dei reati associativi, si veda anche FASANI (2016), pp. 176-183 e, in riferimento proprio al fenomeno del terrorismo internazionale, pp. 232-235.

¹⁸ Già decisione quadro 2002/475/GAI, art. 1.

¹⁹ Sul punto si rinvia a MASARONE (2013), pp. 142-144.

²⁰ La formulazione richiama la lettera dell’art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI, come anticipato oggi recepita dalla direttiva 2017/541,

alle “altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l’Italia”. La prassi giurisprudenziale evidenzia, peraltro, la tendenza a interpretare il dolo specifico delle fattispecie di terrorismo in accezione oggettivata. Per ritenere integrato l’art. 270 *sexies* c.p. non è, dunque, sufficiente la sussistenza in capo all’agente della finalità di terrorismo, ma si richiede, altresì, che la condotta crei la possibilità concreta che si verifichi “un reale impatto intimidatorio sulla popolazione, tale da ripercuotersi sulle condizioni di vita e sulla sicurezza dell’intera collettività”, da verificarsi alla luce della natura, del contesto obiettivo dell’azione, e degli strumenti utilizzati.²¹

Considerazioni parzialmente a sé stanti devono essere svolte in relazione alle ipotesi in cui l’associazione operi, come nel caso di specie, in un contesto bellico. Superando la prima giurisprudenza più restrittiva che limitava il terrorismo al tempo di pace, le pronunce prevalenti dei tribunali italiani e della Corte di Cassazione ritengono configurabile la fattispecie di terrorismo in relazione a condotte commesse nel contesto bellico, purché rivolte nei confronti di civili e delle persone che non prendono parte alle ostilità (cd. *hors de combat*, dunque militari non in servizio poiché feriti, arresi o prigionieri di guerra, ma anche i membri dei contingenti internazionali impegnati nelle operazioni di mantenimento della pace)²². In particolare, nella pronuncia n. 1072 dell’11 ottobre 2006, considerata punto fermo della giurisprudenza di legittimità in quanto risolutiva di contrasti interpretativi sulla nozione della finalità di terrorismo degli atti commessi nel contesto di un conflitto armato, la Corte di Cassazione ha affermato che la coesistenza di militari e civili tra gli obiettivi della condotta non è idonea a escludere la natura terroristica dell’atto²³. Il procedimento riguardava tre affiliati al gruppo Ansar Al Islam, appartenente alla rete di Al-Qaida e impegnato nel reclutamento di volontari per attacchi kamikaze da svolgersi nel contesto dell’invasione militare del 2003 in Iraq. I tre, imputati di partecipazione a una associazione con finalità di terrorismo internazionale, erano stati assolti dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano con la formula perché il fatto non sussiste, in ragione dell’assenza della finalità terroristica dell’associazione, il cui operato era rivolto unicamente contro obiettivi militari statunitensi, come confermato in grado di appello. In accoglimento della censura del Procuratore Generale, che aveva rilevato come la Corte di Appello avesse trascurato “di considerare che l’elemento distintivo dei reati di terrorismo è costituito dalla finalità delle azioni criminose compiute e non dalla qualifica dei destinatari”, la Corte aveva censurato la decisione, rinvenendo il tratto distintivo degli atti con finalità terroristica nel fine di “depersonalizzazione della vittima”. Il raffronto con le fonti sovranazionali²⁴, necessario stante il carattere impreciso dell’art. 270 bis c.p. e il rinvio operato dall’art. 270 *sexies* c.p. agli strumenti internazionali vincolanti per l’Italia, imponeva, secondo la Corte, di ritenere terroristiche anche quelle condotte violente compiute nel contesto di conflitti armati e rivolte contro obiettivi militari, qualora da una verifica in concreto delle peculiari situazioni fattuali apparisse come certa e inevitabile la determinazione di gravi conseguenze “in danno della vita e dell’incolumità fisica della popolazione civile”, conseguente alla volontà (e, quindi, alla finalità) di “diffondere nella collettività paura e panico.”²⁵. In una seconda importante pronuncia, la Corte di Cassazione ha in larga misura recepito tale precedente e ha così riconosciuto che la nozione di atto con finalità di terrorismo internazionale opera anche nel contesto di un conflitto armato, con la sola eccezione delle condotte che non perseguono propositi di inti-

mentre la finalità eversiva non è compresa nella Convenzione di New York del 1999. Secondo parte della dottrina, la norma non riesce a colmare il deficit di chiarezza e precisione relativo alla definizione di terrorismo già evidenziato dalla prassi giurisprudenziale, come rilevato da MASARONE (2013), p. 216-217. Non manca chi ha evidenziato come l’attenzione del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina si sia concentrata quasi esclusivamente proprio sulla caratterizzazione dello scopo delle associazioni terroristiche. Sul punto si rinvia all’analisi dell’elemento teleologico della fattispecie, proposta da FASANI (2016), pp. 227-231.

²¹ Cfr. Cass. pen., Sez. 1, Sentenza n. 47479 del 16 luglio 2015 Cc. (dep. 1° dicembre 2015) Rv. 265405 – 01. Nella specie, la Corte di Cassazione ha escluso la sussistenza della finalità di terrorismo in relazione agli episodi di danneggiamento dei cantieri TAV, in ragione della inidoneità in concreto delle condotte a costringere le pubbliche autorità a rinunciare alla realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità ovvero a produrre un grave danno allo Stato. Sulla possibile qualificazione di tali condotte come terroristiche, in quanto dirette al danneggiamento di infrastrutture strategiche al fine di coartare la volontà dei poteri pubblici, v. MASARONE (2013), p. 221.

²² Come ricostruito da DELLA MORTE (2009), pp. 459 ss. La posizione rispecchia quanto affermato dalla CGUE in sede di rinvio pregiudiziale presentato dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, seppure nell’ambito di una controversia relativa al sistema preventivo di designazione del gruppo LTTE nel sistema di *listing* (cfr. *supra*, §2). Il riferimento è a CGUE, sentenza del 14 marzo 2017, C-158/14. Facendo proprie le conclusioni dell’Avvocato Generale, infatti, la CGUE ha confermato l’interpretazione lata della nozione di terrorismo, che, in senso conforme alle fonti pattizie internazionali richiamate, comprende gli atti commessi in tempo di guerra nei confronti delle persone protette.

²³ Si tratta della nota decisione Cass. pen., Sez.1, sentenza n. 1072 dell’11 ottobre 2006 Ud. (dep. 17 gennaio 2007), Rv. 235288 – 01.

²⁴ In particolare, l’art. 2 par. 1 lett. b) Convenzione di New York del 1999, la già citata decisione quadro 2002/475/GAI e la successiva direttiva 2017/541 escludono espressamente dal proprio ambito applicativo i fatti commessi da forze armate nel corso di un conflitto armato.

²⁵ Cfr. ancora Cass. pen., Sez.1, sentenza n. 1072 dell’11 ottobre 2006 Ud. (dep. 17 gennaio 2007), Rv. 235288 – 01, par. 4.1.

midazione della popolazione ovvero di costrizione delle autorità governative al compimento di atti diversi da quelli in origine voluti, ma che risultino finalizzate a colpire unicamente obiettivi militari e determinate da una strategia militare²⁶. Come evidenziato nel prosieguo, la successiva giurisprudenza maggioritaria ha così finito per muovere l'analisi dal requisito della finalità alla natura, civile o militare, degli obiettivi della condotta, identificando il fine terroristico dell'associazione con la mera presenza di civili tra le vittime (*infra*, §4).

Nella decisione in commento, la Corte di Cassazione ha condiviso tale impostazione e assegnato carattere dirimente alla preordinazione, diretta o indiretta, delle azioni delle Brigate Tulkarem a colpire obiettivi civili. La Corte di Cassazione pare, tuttavia, non soffermarsi sulla peculiarità che nel caso di specie ricopre l'elemento finalistico del reato di terrorismo – l'unico forse caratterizzato da una maggiore precisione e sul quale si registri una convergenza degli strumenti internazionali e nazionali. Quando l'associazione opera in un contesto bellico la linea di demarcazione rimane, come detto, pur sempre rappresentata dal requisito della finalità, che coincide per gli atti di terrorismo con l'intento di intimidire la popolazione civile, diffondendo nella collettività paura e panico. Questo si distingue evidentemente dall'attuazione di una strategia puramente militare, finalizzata alla sopraffazione del nemico. L'applicazione della fattispecie a una casistica avente principalmente ad oggetto associazioni con finalità di terrorismo di matrice religioso-fondamentalista, caratterizzate da maggiore flessibilità nella struttura interna e nelle modalità di comunicazione, ha concorso a rimodularne i caratteri in senso ampio e ha consentito la sua estensione a fenomeni tra loro invero eterogenei²⁷. Massime di esperienza relative al terrorismo internazionale di matrice religioso-fondamentalista (cioè a gruppi come Al Qaida e l'ISIS e ai cd. *foreign fighters*) sono state così estese a situazioni in cui, come nel caso di specie, entrano in gioco considerazioni significativamente diverse rispetto alle finalità di diffusione del panico e della paura nella collettività²⁸. La stessa Corte di Cassazione ha, nella pronuncia in esame, ricordato che le condotte ascritte al ricorrente venivano attuate nel contesto di illegittima occupazione dei territori palestinesi da parte di Israele, attestato in diverse occasioni dalla Corte internazionale di giustizia (Cig)²⁹. Contrariamente a quanto evidenziato dalla Corte, il contesto di illegittima occupazione, che rientra nella nozione di conflitto armato ai sensi delle Convenzioni di Ginevra³⁰, non risulta irrilevante, ma impone una più accurata valutazione degli elementi indiziari da cui desumere la natura delle finalità perseguite dall'associazione.

Nel caso di specie, la controversia concerneva la sussistenza di gravi indizi indicanti la volontà del ricorrente di pianificare, attraverso il gruppo a cui apparteneva, un attentato contro l'insediamento israeliano di Avnei Hefetz, che, come indicato nell'ordinanza applicativa della misura cautelare, fosse da ritenersi diretto anche a danno della popolazione civile. La Corte di Cassazione ha ritenuto immune da vizio la valutazione proposta dal Tribunale di L'Aquila, fondata su elementi indiziari emergenti dalle conversazioni intercettate tra Yaesh e Jihad Mahai Ibrahim Shehadeh³¹. In particolare, è stato evidenziato come determinante il riferimento espresso alla volontà di colpire in modo eclatante l'insediamento israeliano per la

²⁶ Cass. pen., Sez. 5, Sentenza n. 2843 del 21 gennaio 2014.

²⁷ La giurisprudenza pare, in particolare, attribuire sempre minore rilevanza al requisito strutturale dell'associazione, nella consapevolezza di "guardare oltre gli ordinari paradigmi interpretativi" legati alla fenomenologia del terrorismo cd. "storico". Cfr. Cass. pen., Sez. 5, Sentenza n. 50189 del 13 luglio 2017 Cc. (dep. 3 novembre 2017) Rv. 271645 - 01.

²⁸ Il Tribunale del riesame fa, ad esempio, espresso riferimento alle "indubie [...] finalità politiche e religiose perseguite dal sodalizio". Cfr. Tribunale di L'Aquila, RGNR 99/2024, Sezione per il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, RIMCP 103/2024, p. 12. Non manca chi ha auspicato, in ragione dei contrasti interpretativi in sede giurisprudenziale circa la distinzione tra atti di terrorismo e condotte di guerra, un intervento legislativo volto a definire con maggiore chiarezza l'operatività della fattispecie terroristica anche in riferimento alle azioni dirette a danno di obiettivi militari. Su questo diverso punto si rimanda ancora all'analisi di VIGANÒ (2010), p. 217. L'approccio casistico adottato dalla giurisprudenza italiana al fine di colmare in via interpretativa le lacune normative nella definizione delle fattispecie di terrorismo è oggetto di approfondita analisi in FASANI (2016) pp. 182-183.

²⁹ Il riferimento è a Corte internazionale di giustizia, Advisory Opinion, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 luglio 2004; Corte internazionale di giustizia, Advisory Opinion, Legal consequences arising from the policies and practices of Israel in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, 19 luglio 2024.

³⁰ Cfr. LONGOBARDO (2018), p. 20-21, laddove richiama, tra i caratteri fondamentali dell'occupazione armata, l'esercizio dell'autorità da parte di uno Stato impegnato in un conflitto armato internazionale contro un altro Stato, su una parte del territorio di quest'ultimo; la perdita di autorità da parte di quest'ultimo su quella parte di territorio; la mancanza di consenso da parte dello Stato il cui territorio è controllato. L'Autore evidenzia, inoltre, che la legittimità della resistenza armata in un territorio occupato deve essere analizzata ai sensi del diritto internazionale umanitario, dal momento che le situazioni di occupazione sono oggetto principalmente dello *jus in bello*. Il diritto internazionale umanitario non impone alla popolazione locale alcun dovere di obbedienza nei confronti della potenza occupante, ma riconosce che, in determinate circostanze, la resistenza armata contro la potenza occupante costituisca una forma di belligeranza legittima (p. 135).

³¹ A quanto si apprende dalla ricostruzione della Corte di Cassazione, Jihad è stato ucciso dall'esercito israeliano il 6 novembre 2023; la Corte ha valorizzato la circostanza che l'uomo fosse ritratto, insieme ad altri uomini armati, in una fotografia sul profilo Facebook del ricorrente.

presenza di “molte persone” al suo interno, nonché alla necessità, suggerita da Yaesh “senza adottare particolari cautele”, di ritirarsi in paese una volta sopraggiunte le forze armate nemiche (par. 2.2)³². La decisione in commento, nell’affermare la coerenza e non contraddittorietà di tale “corposo quadro indiziario”, ha invece ritenuto non dirimenti altri due elementi emergenti dall’ordinanza cautelare (par. 2.2). In primo luogo, è stato ritenuto irrilevante il video che ritraeva un altro individuo intento a sparare colpi in aria nella città di Tulkarem, considerato dalla difesa e persino dall’ordinanza genetica elemento escludente una condotta aggressiva nei confronti di civili. La Corte di Cassazione ha, inoltre, interpretato univocamente la conversazione nella quale Yaesh accreditava ai vertici della Brigata dei Martiri di Al Aqsa la formazione delle Brigate Tulkarem, come “unità suicida pronta ad agire in profondità” sul territorio occupato (par. 2.1.2). L’affermazione non appare, invero, di per sé idonea a escludere il carattere militare degli obiettivi, e dunque la finalità bellica - e non terroristica - delle azioni. In effetti, il Tribunale del riesame aveva ritenuto sussistente la finalità terroristica del gruppo interpretando tale affermazione come disponibilità del gruppo al compimento di atti violenti, mediante un apparato organizzativo strutturato e deputato all’attuazione di forme di reazione armata non “dirette unicamente a colpire la presenza militare sui territori occupati.” (par. 2.4). Tale circostanza era stata, tuttavia, desunta dal primo giudice mediante richiamo espresso proprio a massime di esperienza relative al “diverso fenomeno del terrorismo islamico” (par. 2.3).

Suddetti elementi, se pure idonei a fondare la gravità indiziaria in relazione all’esistenza dell’associazione, non sembrano tuttavia dirimenti per ritenere sussistente l’esclusiva commissione degli attacchi al fine di diffondere panico e paura tra la popolazione civile (e, dunque, la finalità di terrorismo). Tale conclusione omette, inoltre, di confrontarsi con la situazione di fatto – peraltro documentata dalla difesa – per cui proprio l’avamposto di Avnei Hefetz è sede di una base militare di alto valore strategico, anche perché situata al di sopra di Tulkarem³³.

4.

La rilevanza della natura civile o militare dell’obiettivo: le precedenti pronunce della Cassazione sul rapporto tra il reato di terrorismo, il diritto dei conflitti armati e il diritto penale internazionale.

La natura civile o militare dell’obiettivo è stata assunta dalla Cassazione come elemento determinante non solo per stabilire la finalità di terrorismo della condotta, ma anche il regime giuridico applicabile. Anche da questo punto di vista, l’analisi giuridica proposta sembra scontare l’influenza della precedente giurisprudenza di legittimità, che aveva tuttavia reso una rappresentazione inesatta del rapporto tra il reato di terrorismo e le norme del diritto internazionale applicabili in uno scenario di conflitto armato. Come evidenziato altrove, tale inquadramento è fondamentale, poiché l’individuazione del reato di terrorismo nell’ambito del diritto interno presuppone, quale momento preliminare rispetto all’esame delle disposizioni normative di fonte nazionale, un’attenta considerazione della qualificazione giuridica del fenomeno terroristico e delle sue ricadute penalistiche, così come delineate nel diritto internazionale, sia consuetudinario che pattizio³⁴.

Nella citata sentenza n. 1072 del 2006, la decisione originava da un giudizio abbreviato nel quale il G.u.p. del Tribunale di Milano assolveva tre affiliati di Ansar Al Islam, responsabile del reclutamento di volontari per attacchi kamikaze nel contesto dell’invasione statunitense dell’Iraq. Nell’impostazione adottata dal G.u.p. di Milano, confermata dalla Corte di Assise di Appello, si sosteneva che le condotte degli imputati, rivolte unicamente contro obiettivi militari statunitensi, fossero coperte dal diritto internazionale umanitario ed espressamente

³² Tribunale di L’Aquila, RGNR 99/2024, Sezione per il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, RIMCP 103/2024, 4 aprile 2024, p. 10. Oltre a tali circostanze, il Tribunale richiamava le dichiarazioni di Yaesh quanto al prossimo invio di armi e materiali da combattimento (ad esempio, stemmi e videocamere per riprendere l’azione), nonché di somme di denaro per l’acquisto di quanto necessario all’associazione.

³³ L’informazione è rinvenibile anche dal sito internet dell’insediamento, dove si legge che: “L’area dell’insediamento comprende la ‘montagna’ sulle sue due cime, tutti i quartieri dell’insediamento, la base militare fino oltre la porta dell’insediamento, la torre di osservazione militare – sono tutto un insieme, un unico insediamento” (*av-hefetz.co.il*), e dal sito del Land Research Center (LRC) – Progetto di ricerca finanziato dall’UE e gestito dall’Applied Research Institute – Jerusalem (ARIJ): *poica.org* [ultimo accesso in data 16 aprile 2025].

³⁴ MASARONE (2013), p.78. Così anche BAUCCIO (2005), p. 399.

escluse dal diritto internazionale pattizio relativo agli atti di terrorismo (ex artt. 2 par. 1 lett. b) e 21, Convenzione di New York del 1999). Sotto questo profilo, la Cassazione sosteneva la necessità di differenziare il regime giuridico, adottando quello proposto dal diritto internazionale umanitario o dal diritto penale comune sulla base dell'identità dei soggetti attivi e delle vittime, proponendo come alternativi e mutualmente esclusivi i due quadri normativi. La Corte soggiungeva inoltre che, al mutare di tali requisiti soggettivi, gli atti di terrorismo potrebbero qualificarsi come crimini di guerra o contro l'umanità, e richiederebbero quindi l'applicazione del diritto penale internazionale.

Il secondo caso riguardava invece una decisione nella quale il G.u.p. di Napoli dichiarava non luogo a procedere nei confronti di tre indagati per il reato di cui all'art. 270 *bis* commi 1, 2, e 3 c.p., in relazione ad attività di sostegno all'organizzazione delle Tigri per la liberazione del Tamil. Il G.u.p. in particolare sosteneva che, poiché i soggetti attivi erano da considerarsi combattenti di un movimento di liberazione nazionale, le condotte poste in essere sarebbero state da ricondurre al diritto internazionale umanitario e, pertanto, sottratte all'applicazione del diritto penale nazionale, alla luce dell'art. 21 della Convenzione di New York secondo cui "nessuna disposizione della presente convenzione incide sugli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e dei singoli che hanno rilevanza nel diritto internazionale, in particolare sui principi della Carta delle Nazioni Unite, sul diritto internazionale umanitario e sulle altre convenzioni pertinenti". Soggiungeva il G.u.p. che la qualità di combattenti dei soggetti attivi avrebbe comportato la sussunzione delle condotte sotto i crimini di guerra o i crimini contro l'umanità, rispetto ai quali vigerebbe la giurisdizione di corti internazionali cui l'autorità giudiziaria italiana dovrebbe cedere il passo³⁵. La Cassazione, richiamando la sentenza 1072/2006 e rigettando parzialmente la tesi del G.u.p., affermava che la nozione di atto con finalità di terrorismo internazionale opera anche in un contesto bellico, escludendo "i soli comportamenti volti a colpire un obiettivo militare, quando comunque sia assente la finalità di intimidire la popolazione o di costringere il governo a un atto diverso da quello che avrebbe compiuto"³⁶. La Suprema Corte metteva quindi correttamente in luce che gli atti di terrorismo, vietati in tempo di guerra dall'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra e dall'art. 4 del II Protocollo Addizionale, non sono soggetti alla giurisdizione della Corte penale internazionale, perché non ricompresi nello Statuto di Roma. Non ci sarebbe quindi alcuna sovrapposizione di giurisdizione penale né una incompatibilità tra terrorismo e situazioni di conflitto armato.

In entrambe le sentenze, dunque, la Cassazione sembrava sostenere che vi fosse una distinzione binaria in base alla quale, nel contesto di conflitti armati, gli attacchi nei confronti di civili o combattenti *hors de combat* sarebbero riconducibili al reato di terrorismo, mentre ne sarebbero escluse le azioni dirette contro i combattenti, che resterebbero soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario. Se, poi, il soggetto attivo fosse stato membro di forze armate (statali o di un movimento di liberazione), gli atti sarebbero stati eventualmente qualificabili come crimini di guerra o contro l'umanità. A fronte della disomogeneità dei percorsi argomentativi proposti, pare tuttavia opportuno chiarire, da un lato, quale sia lo spettro di applicazione del diritto internazionale umanitario e quale quello del diritto penale internazionale e, dall'altro lato, come gli attacchi armati oggetto della sentenza qui in commento si collochino tra le fonti internazionali e l'art. 270 bis c.p.

Bisogna innanzitutto precisare che, per quanto entrambi si applichino sovente – ma non necessariamente – ai contesti bellici, e condividano parte delle fonti, il diritto internazionale umanitario ed il diritto penale internazionale hanno funzioni e destinatari distinti. Il diritto internazionale umanitario, costituito principalmente dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 ma considerato in larga parte diritto consuetudinario e perciò applicabile *erga omnes*, impone agli Stati di rispettare determinati obblighi nel contesto di conflitti armati. Il diritto penale internazionale, invece, attribuisce responsabilità di tipo penale (e quindi necessariamente individuale) in capo a singoli individui, militari o civili indistintamente, che abbiano commesso crimini di guerra o crimini contro l'umanità. I due ordinamenti non sono quindi mutualmente esclusivi, al contrario: le più gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra si qualificano come crimini internazionali, ai sensi dell'art. 8(2)(a) dello Statuto di Roma. Al tempo stesso, sussiste una relazione tra il diritto umanitario ed il diritto penale domestico, laddove il primo impone agli Stati di criminalizzare e perseguire le più gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra –

³⁵ Cass. pen., Sez. 5, Sentenza n. 2843 del 21 gennaio 2014., par. 2b.

³⁶ Ivi, par. 2c.

come espresso dall'art. 49, I Convenzione di Ginevra; art. 50, II Convenzione di Ginevra; art. 129, III Convenzione di Ginevra; art. 146, IV Convenzione di Ginevra; art. 85(1), I Protocollo Addizionale. Anche rispetto al diritto penale internazionale, l'Italia conserva quindi la propria giurisdizione, rispetto a cui quella della Corte penale internazionale è solo complementare³⁷: è quindi corretto ritenere che sussista la giurisdizione italiana sui fatti in oggetto, ma, contrariamente a quanto asserito dalla Cassazione nella sentenza n. 1072/2006, essa prescinde dalla qualifica dei soggetti attivi³⁸.

Per quanto riguarda la qualifica dei soggetti passivi, invece, essa è astrattamente rilevante ai sensi del diritto internazionale: gli attacchi intenzionali contro i civili, commessi da attori armati statali come non-statali, sono infatti vietati dagli artt. 48, 51(2) e 52(2) del I Protocollo Addizionale, considerato diritto consuetudinario come rilevato dalla Norma 1 e Norma 7 della codificazione della Croce Rossa Internazionale, e costituiscono crimini di guerra ai sensi degli artt. 8(2)(b)(i) e 8(2)(e)(i) dello Statuto di Roma. Si tratta, tuttavia, di fattispecie al momento assenti dall'ordinamento penale italiano³⁹ e non assimilabili alla condotta di terrorismo che, invece, non rappresenta un crimine internazionale ai sensi dello Statuto di Roma né del diritto penale internazionale consuetudinario. È in questo senso significativo che l'inclusione del terrorismo nello Statuto della Corte penale internazionale sia stata rigettata nel corso della Conferenza di Roma: nonostante tale condotta fosse stata originariamente ricompresa nella bozza redatta dal Comitato preparatorio per la istituzione di una Corte penale internazionale⁴⁰, soltanto 12 Stati dei 160 presenti alla Conferenza si sono espressi a favore della codificazione di una norma al fine di punire gli atti di terrorismo come crimini internazionali⁴¹. Tale decisione è dovuta principalmente alla difficoltà di identificare una definizione generalmente accettata di "terrorismo"⁴², una problematica risalente nell'ambito del diritto internazionale⁴³, ma anche italiano⁴⁴, che ha portato parte della dottrina, nonché la ex-Presidente della Corte

³⁷ Come efficacemente espresso da Julia Geneuss: "International criminal law arguably is not a 'spin-off' of states' criminal law systems, based on the outsourced, pooled and collectively exercised *ius puniendi* of states, but establishes an autonomous 'second track' of criminal law provisions that exists alongside crimes contained in domestic legal orders." (GENEUS (2023), p. 852). Si veda sul tema: FRONZA, in AMATI ET AL. (2020); EL ZEIDY (2008). Attualmente, la Corte penale internazionale sembra essere peraltro orientata verso un modello di "positive complementarity" o "proactive complementarity" (cfr. ICC, Office of the Prosecutor, *Policy on Complementarity and Cooperation*, aprile 2024, p. 7), secondo cui la Corte si propone di incoraggiare dove possibile la prosecuzione di crimini internazionali da parte di corti domestiche, limitandosi ad un ruolo di coordinamento e supervisione. Si vedano in tal senso: BURKE-WHITE (2008); LABUDA (2019), pp. 369-390.

³⁸ Viceversa, la qualifica dei soggetti attivi è rilevante ai sensi del diritto umanitario internazionale ma, come correttamente sostenuto dalla giurisprudenza della Cassazione, a tal fine vengono assoggettati allo stesso trattamento – e quindi all'attribuzione dello *status* di combattenti – tanto i soldati di eserciti regolari quanto i membri di forze armate di altra natura. Così anche: BARTOLI (2008), p. 166: "In particolare, da questa prospettiva sono da scartare anzitutto quei modelli di disciplina che compiono una ripartizione tra diritto internazionale umanitario e diritto nazionale sulla base della tipologia di combattente legittimo che viene in gioco, ragion per cui se si tratta di combattente regolare appartenente alle forze armate di uno Stato si applica il diritto umanitario, mentre se si tratta di combattente irregolare si applica il diritto penale ordinario. Una tale disciplina creerebbe una disparità di trattamento a ingiustificato "vantaggio" di coloro che appartengono alle forze armate regolari."

³⁹ Ad oggi, l'ordinamento italiano prevede la punizione di alcune condotte parzialmente assimilabili ai crimini di guerra come codificati nelle fonti di diritto internazionale umanitario. Esse sono tuttavia collocate all'interno del Codice penale militare di guerra (c.p.m.g.) e pertanto, con alcune eccezioni specificamente richiamate dalla legge e dall'art. 14 c.p.m.g., applicabili unicamente al personale militare regolarmente inteso. Si vedano sul tema: BARTOLINI (2021); ACQUAVIVA (2014).

⁴⁰ In particolare, l'art. 5 della bozza prevedeva che la giurisdizione della Corte avesse giurisdizione anche su "crimini di terrorismo", definiti come: "Undertaking, organizing, sponsoring, ordering, facilitating, financing, encouraging or tolerating acts of violence against another State directed at persons or property and of such a nature as to create terror, fear or insecurity in the minds of public figures, groups of persons, the general public or populations, for whatever considerations and purposes of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or such other nature that may be invoked to justify them". Si veda: United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, 14 aprile 1998, A/CONF.183/2/Add.1.

⁴¹ Si tratta di: Algeria, Armenia, Congo, India, Israele, Kirgizistan, Libia, Macedonia, Russia, Sri Lanka, Tajikistan e Turchia. Alcuni Stati sostenevano in particolare l'introduzione di un crimine di terrorismo in quanto tale, altri come fattispecie di crimine contro l'umanità.

⁴² United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Official Records: Volume I*, 12 luglio 1998, A/CONF.183/13 (Vol.I), p. 71. È stato peraltro più volte rilevato che, anche al di fuori della dimensione giuridica, la definizione del concetto di terrorismo pone notevoli difficoltà. Si veda: SAVOIA (2017), pp. 134-137.

⁴³ Come riportato da Ben Saul: "Historically the existence of a discrete prohibition, crime, or concept of terrorism in international law was much doubted. The orthodox view was succinctly expressed by Baxter in 1974, who stated that 'We have to regret that a legal concept of 'terrorism' was ever inflicted upon us. The term is imprecise; it is ambiguous; and above all, it serves no operative legal purpose'.", "Despite the many international attempts to define terrorism generically, there is still no such crime as terrorism in international treaty law.", in SAUL (2006), pp. 129 e 190. Si vedano anche, *ex multis*: MASARONE (2013), pp. 86 e ss.; SCHEPPELE, in VEDASCHI E SCHEPPELE (2021), p. 70: "The problem (and the opportunity for states that want to operate under the blanket of international law protection that Security Council resolutions give) is that terrorism has no agreed-upon definition in international law."; ALZUBAIRI (2019), p. 50: "The major difficulty is in agreeing on a unified definition of terrorism at the international level. Several international conventions have dealt with specific acts of terrorism, but no convention has yet defined the general term 'terrorism.'". Per una tesi opposta, si veda: CASSESE (2001), pp. 993, 994.

⁴⁴ Si ricorda a tal proposito che lo stesso ordinamento italiano, sino al 2005, era privo di una definizione del termine terrorismo. Si veda:

internazionale di giustizia, a sostenere che “il termine ‘terrorismo’ non ha alcun significato legale specifico”⁴⁵ e che, nell’ambito del diritto internazionale consuetudinario, “non esiste un crimine internazionale distinto, o un concetto giuridico unificato, di terrorismo”⁴⁶.

5. La direzione degli atti di violenza “contro uno Stato estero”, alla luce del parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze legali derivanti dalle politiche e dalle pratiche di Israele nel Territorio palestinese occupato, compresa Gerusalemme Est.

Ancora con riferimento al primo motivo di ricorso, la difesa adduce la mancanza di un elemento costitutivo del reato rispetto al quale l’ordinanza del riesame avrebbe omesso di motivare. In particolare, si evidenzia che il comma 3 dell’art. 270 *bis* c.p. fa riferimento ad “atti di violenza (...) rivolti contro uno Stato estero, un’istituzione o un organismo internazionale”, laddove gli attacchi pianificati da Yaesh sarebbero stati limitati al territorio della Cisgiordania, un territorio illegittimamente occupato da Israele dal 1967. Alla luce di ciò, non sarebbe corretto considerare la Cisgiordania come territorio israeliano e, pertanto, non sarebbe possibile affermare che gli atti pianificati da Yaesh erano diretti contro uno Stato *estero*.

È innanzitutto degno di nota che la Suprema Corte abbia riconosciuto pacificamente l’illegittimità dell’occupazione israeliana nei territori palestinesi, sulla base di “plurime risoluzioni delle Nazioni Unite” (par. 2). Invero, già nel 1967 la Risoluzione 242 del Consiglio di Sicurezza – poi reiterata in diverse occasioni⁴⁷ – imponeva all’esercito israeliano di ritirarsi dai territori occupati nella “Guerra dei sei giorni”, con la quale Israele aveva preso militarmente possesso della Cisgiordania, Gaza e Gerusalemme Est in Palestina, della penisola del Sinai in Egitto e delle alture del Golan in Siria⁴⁸. Negli anni successivi, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha costantemente dichiarato l’occupazione dei territori palestinesi una “violazione della Carta delle Nazioni Unite” ed un atto “illegale”⁴⁹. Ciò nonostante, a cominciare dal 2002, Israele avviava la costruzione di una “recinzione di sicurezza”, costituita da un muro militarmente sorvegliato lungo una linea continua di oltre 700 km che, deviando in modo consistente dai confini stabiliti dalla comunità internazionale, è in larga parte situato all’interno del Territorio palestinese occupato⁵⁰. Il muro, inoltre, è costruito in modo da ricomprendere nel territorio israeliano la maggior parte delle colonie israeliane presenti in Cisgiordania (tra cui quella di Avnei Hefetz), isolando le comunità palestinesi in delle *enclaves* da cui i cittadini palestinesi possono uscire solo attraverso appositi varchi collocati in alcuni punti del muro e a condizione di avere ottenuto un permesso dalle autorità israeliane a tal fine⁵¹. Nel 2004, la

FASANI (2016), p. 232-233.

⁴⁵ Così HIGGINS, in HIGGINS E FLORY (1997), p. 27 (originale in inglese, traduzione dell’autrice).

⁴⁶ SAUL (2006), p. 191: “In the absence of a generic treaty crime of terrorism, analysis of customary law confirms that there is no distinct international crime, or unified legal concept, of terrorism. (...) At best, there is international consensus on condemning terrorism, or support for a prohibition on terrorism, but which is insufficiently precise to support individual criminal liability.” (originale in inglese, traduzione dell’autrice).

⁴⁷ Si vedano in particolare: UNSC, *Resolution 267 (1969) on the status of Jerusalem*; *Resolution 298 (1971) on the status of Jerusalem*; *Resolution 465 (1980) on the Territories occupied by Israel*; *Resolution 478 (1980) on the status of Jerusalem*; *Resolution 2334 (2016) on the situation in the Middle East*.

⁴⁸ UNSC, *Security Council resolution 242 (1967) on a peaceful and accepted settlement of the Middle East situation*, S/RES/242 (1967), adottata all’unanimità nel Corso della 1382 sessione (22 novembre 1967). In particolare, si legge che il Consiglio: “Afferma che che l’adempimento dei principi della Carta richiede l’instaurazione di una pace giusta e duratura in Medio Oriente che dovrebbe includere l’applicazione di entrambi i seguenti principi: (i) “Ritiro delle forze armate israeliane dai territori occupati nel recente conflitto; (ii) cessazione di ogni rivendicazione o stato di belligeranza e rispetto e riconoscimento della sovranità, dell’integrità territoriale e dell’indipendenza politica di ogni Stato dell’area e del loro diritto a vivere in pace entro confini sicuri e riconosciuti, liberi da minacce o atti di forza”.

⁴⁹ IMSEIS (2023), p. 191. Dal 1982, il riferimento esplicito all’illegalità dell’occupazione veniva tuttavia sostituito da parte dell’Assemblea Generale con una più generica qualifica di “grave violazione dei diritti umani”, nel tentativo di favorire una soluzione diplomatica che, come noto, non veniva raggiunta.

⁵⁰ Coerentemente con la terminologia adottata dalle Nazioni Unite, dalla Corte internazionale di giustizia e dalla Corte penale internazionale, con “Territorio palestinese occupato” intendiamo i territori di Gaza e della Cisgiordania, compresa Gerusalemme Est, militarmente occupati da Israele.

⁵¹ Come accertato dalla Corte internazionale di giustizia: “Va sottolineato che la costruzione del muro è stata accompagnata dalla creazione di un nuovo regime amministrativo. Così nell’ottobre 2003 le Forze di Difesa Israeliane hanno emesso delle ordinanze che stabiliscono che la parte della Cisgiordania compresa tra la Linea Verde e il muro è una “Area Chiusa”. I residenti di quest’area non possono più rimanervi,

costruzione del muro ed il regime ad esso associato veniva censurata dalla Cig come illegale, poiché espressione delle misure di annessione e colonizzazione del Territorio palestinese occupato intraprese da Israele e pertanto in violazione del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese⁵², nonché dei Regolamenti dell'Aia del 1907 e la IV Convenzione di Ginevra, relativi al diritto dei conflitti armati in particolare ed in particolare all'occupazione militare di territori, e i rilevanti trattati in materia di diritti umani⁵³.

Il 30 dicembre 2022, in seguito al progressivo e drammatico inasprimento delle circostanze, l'Assemblea Generale investiva la Cig di un nuovo parere consultivo ex art. 96⁵⁴, volto ad accertare quali fossero le conseguenze legali, in capo ad Israele e agli Stati terzi, della perdurante occupazione, colonizzazione e annessione del territorio palestinese occupato dal 1967⁵⁵. Nel parere, emesso il 19 luglio 2024, la Cig concludeva che "la presenza perdurante di Israele nel Territorio palestinese occupato è illegale"⁵⁶. Notando con grave allarme che, peraltro, il numero di coloni ed insediamenti (autorizzati e non) è in costante aumento, arrivando nel 2023 a circa 465.000 coloni in Cisgiordania e 230.000 a Gerusalemme Est distribuiti in circa 300 insediamenti⁵⁷, la Cig procedeva quindi affermando che tali politiche, essendo "progettate per rimanere in loco a tempo indeterminato e per creare effetti irreversibili", costituiscono un'annessione territoriale in violazione del divieto di uso della forza sancito dalla Carta delle Nazioni Unite⁵⁸, oltre che una discriminazione sistematica basata, *inter alia*, su razza, religione o etnia, in violazione degli artt. 2(1) e 26 del ICCPR, dell'art. 2(2) dell'ICESCR e dell'art. 2 del CERD⁵⁹.

Merita di essere evidenziato che, nel parere consultivo in oggetto, la Cig muove dalla ormai consolidata affermazione dell'illiceità delle modalità con cui Israele conduce l'occupazione militare dei territori in questione per arrivare ad affermare l'illegalità dell'occupazione in sé. L'esplicita affermazione di questo passaggio argomentativo rappresenta un significativo sviluppo, che alcuni studiosi hanno equiparato ad un "sisma" nel mondo del diritto internazionale, mettendo parzialmente in discussione la separazione, tradizionalmente considerata ermetica, tra *jus ad bellum* e *jus in bello* in casi in cui le violazioni del diritto dei conflitti armati siano tante e tali da frustrare il diritto all'autodeterminazione e provocare un'annessione *de jure* o *de facto* del territorio occupato⁶⁰. Proprio dal diritto del popolo palestinese all'autodeterminazione, e

né i non residenti possono attraversarla, a meno che non siano in possesso di un permesso o di una carta d'identità rilasciata dalle autorità israeliane. Secondo il rapporto del Segretario generale [delle Nazioni Unite], la maggior parte dei residenti ha ricevuto permessi per un periodo limitato. I cittadini israeliani, i residenti permanenti israeliani e coloro che hanno i requisiti per immigrare in Israele in conformità con la Legge del Ritorno possono rimanere o muoversi liberamente verso, da e all'interno dell'Area Chiusa senza permesso. L'accesso e l'uscita dall'Area e l'uscita dall'Area Chiusa possono avvenire solo attraverso i cancelli di accesso, che vengono aperti di rado e per brevi periodi." (traduzione non ufficiale a cura dell'autrice), Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, par. 85. Per un approfondimento sulle motivazioni sottostanti e le conseguenze di tale regime, si veda: BERDA (2017).

⁵² Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, par. 122.

⁵³ Ivi, par. 124-130.

⁵⁴ La Cig, principale organo giudiziale delle Nazioni Unite, può infatti essere investita da parte dell'Assemblea Generale o del Consiglio di Sicurezza di pareri consultivi riguardo a "qualsiasi questione legale", i quali a differenza delle decisioni non hanno natura vincolante, ma sono considerati una fonte interpretativa di massima importanza, come conferma l'intervento di 52 Stati e tre organizzazioni internazionali nel procedimento – il più grande numero di partecipanti mai registrato in un caso della Cig.

⁵⁵ UNGA, *Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, 30 dicembre 2022, A/RES/77/247, par. 18.

⁵⁶ Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 luglio 2024, par. 285.

⁵⁷ Ivi, par. 68. L'organizzazione non-governativa israeliana Peace Now, fondata nel 1978 e dedicata al monitoraggio dell'espansione degli insediamenti dall'inizio degli anni '90, riporta che a Novembre 2024 si contano 147 insediamenti israeliani in Cisgiordania autorizzati dal governo israeliano, oltre a 224 privi di autorizzazione formale. Secondo quanto riportato dall'Ufficio centrale di statistica del governo israeliano, il numero di coloni residenti in Cisgiordania era pari a 478.600, oltre a 236.000 coloni distribuiti in 12 insediamenti a Gerusalemme Est. Secondo uno studio dell'UE, negli ultimi 5 anni gli insediamenti autorizzati sono aumentati del 180% (Ufficio del Rappresentante dell'UE – Cisgiordania e Striscia di Gaza, UNRWA, "2023 Report on Israeli settlements in the occupied West Bank, including East Jerusalem Reporting period -January - December 2023", 2 agosto 2024).

⁵⁸ Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 luglio 2024, par. 173.

⁵⁹ La Corte analizzava nel dettaglio la legislazione discriminatoria adottata da Israele nei confronti dei Palestinesi, asserendo che "questa differenza di trattamento non può essere giustificata in relazione a criteri ragionevoli ed obiettivi, né ad un interesse pubblico legittimo". Con specifico riferimento alla legislazione imposta per mantenere una quasi totale separazione tra coloni e Palestinesi in Cisgiordania e a Gerusalemme Est, la Corte concludeva che la legislazione israeliana costituisce una violazione dell'art. 2 del CERD, che proibisce la segregazione razziale e l'*apartheid*.

⁶⁰ Si veda: Imseis (2024). Il contributo è parte di un più ampio simposio pubblicato da *Verfassungsblog* a cura di Kai Ambos, dove sono discussi i tratti più salienti della decisione. Argomenti simili a quello presentato da Imseis erano stati suggeriti anche in: BEN-NAFTALI ET AL. (2005),

dal divieto di annessione di territori tramite l'uso della forza, discende l'obbligo – in capo a tutti gli Stati – di “di distinguere nei rapporti con Israele tra il territorio dello Stato di Israele e il territorio palestinese occupato dal 1967”⁶¹.

Da questo punto di vista, la sentenza della Corte di Cassazione italiana – che precede di pochi giorni il parere della Cig – interpreta quindi correttamente l'illiceità della presenza israeliana sul territorio occupato, in linea con gli obblighi internazionali (già) esistenti in capo all'Italia. Ciò nonostante, rigettando i motivi addotti dalla difesa, la Cassazione afferma che l'illegalità dell'occupazione, e quindi il fatto che la Cisgiordania non rappresenti territorio israeliano, non fa venire meno il carattere internazionale dell'attacco progettato da Yaesh, poiché la nozione penalmente rilevante di “Stato estero”, nel contesto in oggetto, si estende al di là dell'aspetto territoriale, e deve piuttosto intendersi come riferimento ad “un soggetto di diritto internazionale avente la qualifica di Stato sovrano e indipendente” (par. 3.1). A supporto di tale tesi, la Suprema Corte mette in luce che l'art. 270 *bis* c. 3 c.p. ricomprende non solo attacchi contro Stati esteri, ma anche contro istituzioni ed organismi internazionali, con ciò necessariamente prescindendo dal mero dato territoriale (par. 3.2). Nello sviluppare questa argomentazione, la Corte richiama tra l'altro l'art. 270 *sexies* c.p., evidenziando quale elemento centrale lo scopo di intimidire la popolazione del Paese colpito e precisando quindi che “la finalità è desumibile dall'effetto e non certo dal luogo ove le stesse vengono realizzate” (par. 3.3). Se, da un lato, è apprezzabile che la Cassazione abbia chiarito che è l'effetto complessivo a determinare la finalità dell'atto di terrorismo (e non il luogo ove esso accade), dall'altro lato desta qualche perplessità la nozione di “Stato estero” adottata dalla Corte. In contrapposizione alla precedente giurisprudenza, la quale identificava la sintesi statutale nella triade montevideana di popolo-governo-territorio⁶², la Cassazione sembra, cioè, adottare in questo caso una nozione di “Stato estero” più elastica, affermando che un attacco nei confronti della popolazione di uno Stato, ovunque ubicata, equivale ad un attacco nei confronti dello Stato stesso (par. 3.4). Una simile linea interpretativa potrebbe infatti portare ad un'estensione indebita del concetto di Stato estero, di particolare rilevanza per determinazioni fondanti sia alla luce dello *ius in bello* che dello *ius ad bellum*.

6. Il labile confine tra la nozione di terrorismo e l'esercizio del diritto all'autodeterminazione: spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza italiana ed internazionale.

Infine, è opportuno soffermarsi sulle difficoltà – di ordine giuridico – nel tracciare il confine tra atti di terrorismo e manifestazioni del diritto all'autodeterminazione, diritto riconosciuto, oltre che dalla Corte internazionale di giustizia⁶³, anche dalla Corte di Cassazione come

p. 551; RONEN (2008), p. 201; UNGA, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967*, 23 Ottobre 2017, A/72/43106; IMSEIS (2020), p. 1055; WILDE (2021); HINDI (2023).

⁶¹ Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 luglio 2024, par. 278.

⁶² Si veda in particolare Cass. Pen. 49666/2004: il caso originava da una richiesta di custodia cautelare in carcere nei confronti dell'allora Presidente del Consiglio del Montenegro, rigettata dal G.i.p. di Napoli che riteneva l'indagato godesse di immunità dalla legge penale in virtù della sua carica. Il Pubblico Ministero, nell'ambito del ricorso per Cassazione, sosteneva *inter alia* che il Montenegro non poteva essere identificato come soggetto di diritto internazionale alla luce del mancato riconoscimento dello Stato del Montenegro da parte dell'Italia e della comunità internazionale. La Cassazione non accoglieva questa tesi, affermando che: “Uno Stato sovrano, quindi, sussiste come soggetto autonomo di diritto internazionale in presenza della triade territorio - popolo - governo ed in presenza dei requisiti della effettività ed indipendenza. Non è invece necessario che la detta organizzazione di governo sia riconosciuta, dagli altri Stati. Il riconoscimento di uno Stato da parte di un altro Stato, infatti, è un atto privo di conseguenze giuridiche (al pari del non - riconoscimento) ed appartiene alla sfera della politica, in quanto rivela null'altro che l'intenzione di stringere rapporti amichevoli, di scambiare rappresentanze diplomatiche e di avviare forme più o meno intense di collaborazione mediante la conclusione di accordi. Esso pertanto non ha valore costitutivo della personalità di diritto internazionale.” La decisione fa peraltro riferimento ad una precedente sentenza della Corte, relativa ad un mandato di cattura nei confronti di due leader dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina, Yasser Arafat e Salah Khalaf. (Cass. Pen., sez. I, 1981/1985). La dottrina costituzionalistica italiana propone invece una definizione di Stato leggermente diversa, caratterizzata da tre elementi: popolo (quale elemento personale dello Stato), territorio (quale elemento materiale su cui si organizza la comunità statale) e costituzione (quale elemento giuridico-organizzativo dello Stato). Cfr. BAUCCIO (2005), p. 67.

⁶³ Si veda in particolare la decisione: Corte internazionale di giustizia *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Parere consultivo, 25 febbraio 2019, par. 152 e par. 155. Più recentemente, e con particolare riferimento al caso della Palestina: *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Parere consultivo, 19 luglio 2024, par. 233. Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia, si veda: SUEDI (2023), pp. 161-177. Il carattere cogente della norma, e quindi la sua applicabilità *erga omnes*, è stato inoltre rilevato in più

“norma consuetudinaria a carattere cogente”⁶⁴. Tale ambiguità emerge con evidenza anche nella sentenza oggetto di analisi, dove si afferma che non sarebbe “in alcun modo possibile una netta separazione tra forme di resistenza legittime secondo il diritto internazionale e condotte di natura terroristica” (par. 2.4). Eppure, contrariamente a questa posizione, proprio l’art. 270 bis c.p. impone di operare tale distinzione, in funzione della finalità perseguita dagli autori della condotta, come evidenziato *supra* (§3).

Come ampiamente richiamato dalla difesa nella memoria depositata a sostegno della richiesta di riesame⁶⁵, le condotte poste in essere da Yaeesh potrebbero in effetti più idoneamente collocarsi nell’ambito dell’esercizio del diritto all’indipendenza e all’autodeterminazione⁶⁶. Militano a favore di questa conclusione almeno due elementi. In primo luogo, come detto, non si rinviene nelle intercettazioni alla base dell’ordinanza genetica alcun riferimento all’intenzione di colpire o intimidire la popolazione civile di Avnei Hefetz⁶⁷. In secondo luogo, la finalità dichiarata dell’operazione era quella di perseguire la liberazione dall’occupazione militare israeliana – occupazione esplicitamente considerata illegittima dalla stessa Cassazione, oltre che dalle numerose fonti internazionali già citate, e che rappresenta pertanto una violazione del diritto all’autodeterminazione⁶⁸.

Oltre ad essere dirimente al fine di escludere la qualificazione dei fatti come reati di terrorismo, definire tali atti come forma di resistenza legittima pone le condotte sotto un diverso regime giuridico dal punto di vista del diritto internazionale dei conflitti armati. Ai sensi dell’art. 1(4) del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, infatti, nei casi di resistenza armata contro dominazione coloniale, occupazione straniera e regimi razzisti si applica il regime giuridico proprio dei conflitti armati internazionali. Proprio l’applicazione del diritto dei conflitti armati ha portato la Cig a riconoscere l’illegalità dell’occupazione israeliana alla luce dell’analisi di alcune delle politiche poste in essere da Israele nel Territorio palestinese occupato⁶⁹, esplicitamente affermando che Israele è legalmente obbligato a porre fine alla propria permanenza nel Territorio palestinese occupato il più rapidamente possibile, interrompendo ogni attività di insediamento ed evacuando i coloni attualmente insediati in Cisgiordania, nonché a restituire le terre sottratte e risarcire i danni causati ai Palestinesi per mezzo dell’occupazione – quantificati da parte di esperti in oltre 300 miliardi di dollari⁷⁰. Il 13 settembre 2024, nell’ambito di una sessione speciale di emergenza, l’Assemblea Generale ha dato seguito alle indicazioni della Cig, adottando una risoluzione nella quale intimava ad Israele di ritirarsi dal Territorio palestinese occupato al più tardi entro 12 mesi ed imponendo a tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite di astenersi dal sostenere in ogni modo la con-

occasioni: Corte internazionale di giustizia, *East Timor* (Portogallo c. Australia), Sentenza, 30 giugno 1995, par. 29. In senso analogo, e con specifico riferimento alla Palestina, si vedano: Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Parere consultivo, 9 luglio 2004, par. 88 e 154; e, più recentemente, Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Parere consultivo, 19 luglio 2024, par. 232.

⁶⁴ In particolare, nella già citata decisione Cass. Pen., sez. I, 1981/1985, la Corte asseriva che: “i movimenti di liberazione nazionali – tra i quali è ricompresa l’OLP – godono di una limitata soggettività internazionale. Agli stessi è riconosciuto un *locus standi* all’interno della comunità internazionale, al fine limitato di discutere, su basi di perfetta parità con gli Stati territoriali, i modi ed i tempi dell’autodeterminazione dei popoli da loro politicamente controllati, in applicazione del principio di autodeterminazione dei popoli, ritenuto norma consuetudinaria a carattere cogente”.

⁶⁵ Così è stato evidenziato dalla difesa nel *Ricorso ex art. 311 c.p.p.* (gentilmente concesso alle Autrici dall’Avv. Flavio Rossi Albertini).

⁶⁶ Per una trattazione del “diritto alla resistenza” ed il rapporto dello stesso con il diritto ad esistere e l’auto-determinazione, si veda: OHLIN (2016), in TESÓN (a cura di), pp. 86-92.

⁶⁷ Tuttalpiù, in base ai parametri definiti dall’art. 270 *sexies* c.p., si potrebbe eventualmente ricondurre l’operazione diretta contro l’esercito israeliano alla finalità di costringere uno Stato a compiere o astenersi dal compiere una determinata azione – i.e. ritirarsi dal territorio illegalmente occupato. È tuttavia dubbio se costringere uno Stato a porre fine ad un’occupazione ormai riconosciuta come *contra legem* possa effettivamente considerarsi un atto di terrorismo, e non piuttosto un atto di resistenza legittima.

⁶⁸ Come messo in luce da Antonio Cassese, infatti, ogni occupazione militare determina di per sé una violazione del diritto all’autodeterminazione. Cfr: CASSESE (1995): p. 99.

⁶⁹ Esse ricomprendono pratiche quali il trasferimento di cittadini israeliani all’interno del territorio occupato ed il contestuale trasferimento forzato di cittadini palestinesi nei territori occupati (condotte entrambe vietate dall’art. 46(9) della IV Convenzione di Ginevra), la confisca e requisizione di terreni pubblici (in violazione degli art. 46, 52 e 55 dei Regolamenti dell’Aia), lo sfruttamento delle risorse naturali (vietato dall’art. 55 dei Regolamenti dell’Aia), l’estensione della legge della potenza occupante ai territori occupati (contraria all’art. 43 dei Regolamenti dell’Aia e dall’art. 64 della IV Convenzione di Ginevra), gli attacchi violenti realizzati dai coloni e dalle forze armate israeliane nei confronti dei Palestinesi (in violazione dell’obbligo di garantire l’incolumità della popolazione occupata sancito dall’art. 46 dei Regolamenti dell’Aia e dall’art. 27 della IV Convenzione di Ginevra).

⁷⁰ Il dato emerge dallo studio realizzato dall’Irish Centre for Human Rights presso l’Università di Galway (Irlanda), intitolato: *The legality of the Israeli occupation of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem* e sottoposto da parte del Presidente del Comitato Onu sull’esercizio dei diritti inalienabili del popolo palestinese al Segretario Generale delle Nazioni Unite, con una lettera del 20 settembre 2023 (A/78/378-S/2023/694).

dotta illegale posta in essere da Israele⁷¹. Pur non trattandosi di una risoluzione cogente, il contenuto della stessa è connotato da un alto valore giuridico, alla luce del fatto che si fonda sul parere consultivo della Cig e che è stata adottata con una eccezionale maggioranza di 124 voti a favore, 14 contrari e 43 astenuti.

Date queste premesse, è già stato correttamente messo in luce dalla dottrina che la resistenza armata contro la potenza occupante è considerata legittima ai sensi del diritto dei conflitti armati⁷². In particolare, l'art. 4(A)(2) della III Convenzione di Ginevra limita tale possibilità ai movimenti di resistenza organizzati che presentino le caratteristiche necessarie per renderli titolari della protezione garantita ai prigionieri di guerra, e cioè il fatto di essere comandati da una persona responsabile dei suoi subordinati, quello di avere un segno distintivo fisso riconoscibile a distanza, di portare le armi apertamente e di condurre le operazioni in conformità alle leggi e agli usi di guerra⁷³. L'art. 44(3) del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, inoltre, precisa che, nei contesti nei quali la natura delle ostilità rende impossibile per i combattenti soddisfare le condizioni di cui alla III Convenzione di Ginevra, tali requisiti sono meno stringenti. Va sottolineato che, in ogni caso, di fronte al mancato soddisfacimento di queste condizioni il combattente perderebbe la protezione garantita ai prigionieri di guerra, ma non per questo l'atto di resistenza armata sarebbe da considerarsi in violazione del diritto umanitario internazionale⁷⁴. Peraltro, pare opportuno precisare anche che già nel 1982, richiamando esplicitamente i casi della Palestina e della Namibia, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite aveva esplicitamente affermato “la legittimità della lotta dei popoli per l'indipendenza, l'integrità territoriale, l'unità nazionale e la liberazione dalla dominazione coloniale e straniera e dall'occupazione straniera *con tutti i mezzi disponibili, compresa la lotta armata*”⁷⁵.

È degno di nota che, del resto, la resistenza armata ad una potenza occupante è un'esperienza familiare alla storia italiana, non priva di tracce nella giurisprudenza di legittimità. Nel 1957, la Cassazione, in sede civile, emetteva una sentenza relativa all'esplosione di un ordigno, ad opera dei partigiani italiani, in via Rasella, che causava la morte di trentadue soldati tedeschi e due civili italiani, oltre al ferimento di altri due civili che si trovavano sul luogo. La Corte confermava le decisioni precedenti che avevano rigettato la richiesta di risarcimento del danno proposta dai familiari dei civili uccisi, sulla base del fatto che l'attentato rappresentò “un legittimo atto di guerra”. In particolare, la Corte precisò che: “La eccezionalissima, dolorosa situazione in cui venne a trovarsi l'Italia dopo l'8 settembre 1943 non poteva consentire che l'attività militare delle forze partigiane si svolgesse sempre secondo piani organici e con una disciplina regolare. Essa era necessariamente rimessa anche all'iniziativa e al coraggio dei singoli gruppi, i quali, di volta in volta, secondo le circostanze, compivano quegli attacchi al nemico che ritenevano possibili ed opportuni. Trattavasi infatti di forze clandestine, operanti tra infinite difficoltà e con gravissimi rischi, stante l'enorme sproporzione di forze rispetto all'avversario.”⁷⁶

Senza volere sminuire le difficoltà messe in luce dalla Cassazione, la riconosciuta illegittimità dell'occupazione da parte della Cig e, in più occasioni, della Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nel caso di specie, potrebbe fornire un valido criterio per una corretta qualificazione dei fatti e, conseguentemente, del regime giuridico applicabile. Oltre ad evitare un'estensione indebita della nozione penalistica di terrorismo, operare tale distinzione pare invero fondamentale per tutelare – non solo guardando al passato – l'effettività del diritto all'autodeterminazione.

⁷¹ UNGA, *Advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences arising from Israel's policies and practices in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and from the illegality of Israel's continued presence in the Occupied Palestinian Territory*, 18 settembre 2024, A/Res/ES-10/24.

⁷² LONGOBARDO (2018), p. 145; CASSESE (1995), pp. 197-198; LATTANZI (1987), p. 24: “A noi pare, in particolare, che il Sistema generale non sia in grado di vietare un uso della forza armata, pur se limitato e circoscritto, in tutti i casi di emergente necessità diversi dall'aggressione armata contro uno Stato (...) e in specie nell'ipotesi di mantenimento con la forza armata di una dominazione coloniale, razzista, straniera o oppressiva tout court.”

⁷³ Cfr. art. 4(A)(2)(a)-(d), III Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra (Ginevra, 1949).

⁷⁴ In questo senso: LONGOBARDO (2018), p. 146. Come opportunamente precisato dall'autore, anche la resistenza armata esercitata dai civili rientrerebbe nei casi di resistenza legittima ex art. 5(2) della IV Convenzione di Ginevra, non potendosi ammettere l'esistenza di una categoria “anfibia”, quale quella dei combattenti illegittimi.

⁷⁵ UNGA, *Importance of the universal realization of the right of peoples to self-determination and of the speedy granting of independence to colonial countries and peoples for the effective guarantee and observance of human rights*, 3 dicembre 1982, A/RES/37/43.

⁷⁶ Cass. civ., SU, 19 luglio 1957, n. 3053.

7.

Riflessioni conclusive.

La decisione in esame si inserisce in un consolidato filone giurisprudenziale, relativo alla determinazione degli indici fattuali in presenza dei quali ritenere sussistente la natura terroristica delle attività di un gruppo ai sensi dell'art. 270 sexies c.p. La peculiarità del caso di specie, caratterizzato dal contesto di illegittima occupazione militare, conduce, tuttavia, la Corte di Cassazione a confrontarsi con numerose questioni che afferiscono al diritto internazionale e sulle quali si intersecano pronunce giurisprudenziali spesso contraddittorie. Se la natura terroristica dell'associazione di cui all'art. 270 bis c.p. non può essere desunta semplicemente dal suo inserimento nelle *black lists* dell'UE, anche in ragione della contrazione delle garanzie che caratterizza la procedura di designazione, l'attenzione deve essere posta sugli atti commessi e sulle finalità perseguite in concreto. Le lacune di determinatezza e precisione delle norme italiane determinano, tuttavia, serie difficoltà interpretative quanto alla perimetrazione delle finalità perseguite dal gruppo e lasciano ampio margine alla giurisprudenza per una rimodulazione dei caratteri tipici di tali reati. L'esame della decisione in commento conferma questa tendenza, evidenziando come le fattispecie di terrorismo vengano riconosciute anche in relazione a condotte attuate in contesti bellici, laddove risultino non esclusivamente dirette contro obiettivi militari. Gli atti di terrorismo si distinguono, infatti, per il loro intento di intimidire la popolazione civile, diffondendo paura e panico nella collettività. Gli indici elaborati dalla Corte di Cassazione con riferimento a organizzazioni di matrice religioso-fondamentalista, tuttavia, male si attagliano alle condotte di resistenza armata. Il deficit di precisione della fattispecie domestica finisce dunque per tradursi in un'applicazione estensiva della norma a fenomeni profondamente diversi tra loro.

Nel caso di specie, la presenza di civili nell'area in cui la Brigata Tulkarem intendeva operare è stata ritenuta sussistente secondo il parametro della gravità indiziaria richiesto per la fase cautelare. La Corte di Cassazione ha, infatti, ritenuto immune da vizi la decisione impugnata, laddove desumeva da tale circostanza la finalità terroristica, e non bellica, delle condotte che il ricorrente avrebbe inteso attuare. Il ricorso alla nozione di terrorismo conduce, tuttavia, a esiti particolarmente dubbi, in quanto omette di confrontarsi con la situazione di fatto di un avamposto dal particolare valore strategico e con il più generale contesto di una occupazione militare illegittima. Gli elementi valorizzati dalla Corte di Cassazione per sostenere la natura terroristica delle finalità delle Brigate di Tulkarem non appaiono, infatti, univoci nell'escludere il carattere militare degli obiettivi colpiti e, di conseguenza, la finalità bellica - e non terroristica - delle azioni imputate al ricorrente.

Nelle situazioni di conflitto armato, il criterio dirimente viene infatti fatto coincidere dalla giurisprudenza maggioritaria con la presenza di civili tra le vittime. Tuttavia, tale discriminazione presenta numerosi profili di criticità, specie nelle ipotesi di resistenza armata a una occupazione militare illegittima. Tale semplificazione sembra riflettere l'evoluzione incerta della giurisprudenza di legittimità, che ha di volta in volta adottato differenti ricostruzioni del rapporto tra diritto penale interno, diritto internazionale umanitario e diritto penale internazionale. Una corretta lettura dei rapporti tra questi sistemi normativi - distinti ma complementari - consente di chiarire che la natura civile o militare dell'obiettivo non rileva, di per sé, ai fini della qualificazione come terrorismo. Merita ad ogni modo ricordare che la mancata qualificazione delle condotte come terroristiche non determina vuoti di tutela. Attacchi deliberati contro persone protette dal diritto internazionale umanitario, civili e *hors de combat*, possono infatti integrare, in presenza degli elementi tipici delle fattispecie, crimini di guerra, indipendentemente dalla presenza di militari tra le vittime.

Sotto un diverso profilo, se la decisione ha il merito di affermare in più occasioni il carattere illegittimo dell'occupazione israeliana, le conclusioni della Corte non sembrano tenere conto di tale illegittimità in almeno due rilevanti passaggi. In primo luogo, i giudici hanno considerato l'azione posta in essere all'interno del Territorio palestinese occupato come un attacco diretto contro Israele, estendendo in modo discutibile la nozione di "Stato estero" fino a ricomprendere territori non riconosciuti come parte integrante dello Stato israeliano secondo il diritto internazionale. In secondo luogo, la Corte ha ommesso di considerare la possibilità che l'azione fosse espressione di una forma di resistenza legittima all'occupazione, funzionale all'esercizio del diritto all'autodeterminazione, qualificato come norma consuetudinaria a carattere cogente sia dalla giurisprudenza interna che da quella internazionale. Pur senza voler sminuire le oggettive difficoltà che il diritto penale incontra nel tracciare una linea netta tra condotte

di terrorismo e forme di legittima resistenza armata, il caso di specie offriva elementi idonei a realizzare un corretto inquadramento giuridico della vicenda. Oltre alle numerose risoluzioni delle Nazioni Unite in materia, si segnalano in tal senso tanto le conclusioni della Corte internazionale di giustizia quanto precedenti della stessa Corte di Cassazione, che avrebbero potuto orientare la valutazione in senso maggiormente conforme al diritto internazionale.

In conclusione, non si possono che condividere le preoccupazioni di quella autorevole dottrina che ha messo in guardia contro un'estensione indebita della nozione di terrorismo, con le conseguenti ricadute sulla contrazione dei diritti fondamentali⁷⁷. Questo rischio appare ancora più accentuato alla luce delle recenti proposte legislative che sembrano privilegiare un utilizzo dello strumento penale in chiave essenzialmente simbolica, in contrasto con i principi cardine di proporzionalità e sussidiarietà⁷⁸.

Bibliografia

ACQUAVIVA, Guido (2014): *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano* (Milano, Giuffrè)

ALZUBAIRI, Fatemah (2019): *Colonialism, Neo-Colonialism, and Anti-Terrorism Law in the Arab World* (Cambridge, Cambridge University Press)

BARTOLI, Roberto (2008): *Lotta al terrorismo internazionale tra diritto penale del nemico, ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto* (Torino, Giappichelli)

BARTOLINI, Giulio (2021): "The Criminalization of War Crimes in Italy and the Shortcomings of the Domestic Legal Framework", *International Criminal Law Review*, 21, pp. 679-697

BATTAGLINI, Chiara (2017): "Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello stato di diritto", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 53-68

BAUCCIO, Luca (2005): *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale: Aspetti teorici e pratici* (Milano, Giuffrè)

BEN-NAFTALI, Orna, GROSS, Ayal e MICHAELI, Keren (2005): "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", *Berkeley Journal of International Law*, 23, 3, pp. 551-614

BERDA, Yael (2017): *Living Emergency: Israel's Permit Regime in the Occupied West Bank* (Stanford, Stanford University Press)

BURKE-WHITE, William W. (2008): "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *Harvard International Law Journal*, 49, pp. 53-108

CASSESE, Antonio (1995): *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge, Cambridge University Press)

⁷⁷ Il rischio tanto di vuoti di tutela quanto di eccessi di criminalizzazione, derivante dalla indeterminatezza della fattispecie, è stato evidenziato già da CUPELLI (2002), p. 897. Sull'importanza della risposta giuridica dello Stato di diritto al terrorismo, in termini di desistenza dal ricorso alle logiche del diritto penale del nemico e di necessaria "rimessione alla magistratura dell'opera di non sconfinamento del limite" si rinvia a PELISSERO (2016), p. 100, 101 e 112; sul rapporto tra diritto penale "di lotta" e garantismo, cfr. DONINI (2007), pp. 55 ss. Si veda altresì, in relazione al rischio che lo Stato di diritto cada nella contraddizione di negare se stesso, FERRAJOLI (2016), p. 8. Sulla riaffermazione della necessaria tenuta delle garanzie nel contrasto al terrorismo, nel rapporto tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti e con specifico riferimento all'esperienza statunitense post 2001, cfr. SPATARO (2007), pp. 213 ss.

⁷⁸ D.d.l. n. 1236/2024 (cd. "Pacchetto sicurezza"), Art. 1, introduzione dell'articolo 270-quinquies.3, in materia di detenzione di materiale con finalità di terrorismo, su cui si veda PELISSERO (2024). Le osservazioni critiche circa il contenuto della riforma si sono recentemente estese alle modalità della sua adozione nelle forme del decreto-legge (d.l. 11 aprile 2025, n. 48). Per una primissima valutazione cfr. *Decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario)*, in *Sist. Pen.*, 14 aprile 2025.

- CASSESE, Antonio (2001): “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *European Journal of International Law*, 12, pp. 993-1001
- CUPELLI, Cristiano (2002): “Il nuovo art.270-bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?”, *Cassazione penale*, 2, pp. 897-903
- DELLA MORTE, Gabriele (2009): “Sulla giurisprudenza italiana in tema di terrorismo internazionale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 443-475
- DONINI, Massimo (2007): “Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare”, *Studi sulla questione criminale*, 2, pp. 55-87
- EL ZEIDY, Mohamed M. (2008): *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (Leiden, Martinus Nijhoff)
- FASANI, Fabio (2016): *Terrorismo islamico e diritto penale* (Milano, Wolters Kluwer)
- FERRAJOLI, Luigi (2016): “Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo”, *Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza, Diritti fondamentali, Speciale Questione Giustizia*, pp. 8-15
- FRONZA, Emanuela (2020): “Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno”, in AMATI, Enrico et al. (a cura di): *Introduzione al diritto penale internazionale* (Torino, Giappichelli), pp. 47-84
- GENEUS, Julia (2023): “On the Relationship Between German International Criminal Law and Counter-terrorism Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 21, pp. 839-856
- HIGGINS, Rosalyn (1997): “The general international law of terrorism”, in HIGGINS, Rosalyn e FLORY, Maurice (a cura di): *Terrorism and International Law* (Londra, Routledge), pp. 13-29
- HINDI, Abdulrahman R. (2023): “Unlawful Occupation: Assessing the Legality/Illegality of Occupations, Including for Serious Breaches of Peremptory Norms”, *TWAIL Review*, 4, pp. 1-34
- IMSEIS, Ardi (2020): “Negotiating the Illegal: On the United Nations and the Illegal Occupation of Palestine, 1967-2020”, *European Journal of International Law*, 31, pp. 1055-1085
- IMSEIS, Ardi (2023): *The United Nations and the Question of Palestine: Rule by Law and the Structure of International Legal Subalternity* (Cambridge, Cambridge University Press)
- IMSEIS, Ardi (2024): “A Seismic Change: Illegal Occupation, Serious Breaches of Fundamental Norms of International Law and the Collapse of the Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction”, *Verfassungsblog*, 10 ottobre
- LABUDA, Patryk I. (2019): “The Flipside of Complementarity: Double Jeopardy at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 17, pp. 369-390
- LATTANZI, Flavia (1987): “Autodeterminazione dei popoli”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, vol. II* (Torino, UTET), pp. 4-26
- LONGOBARDO, Marco (2018): *The Use of Armed Force in Occupied Territory* (Cambridge, Cambridge University Press)
- MASARONE, Valentina (2013): *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale: Tra normative interna, europea ed internazionale* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)
- MAUGERI, Anna Maria (2017): “Misure di prevenzione e fattispecie a personalità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza della qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 15-35

MELONI, Chantal e CRIPPA, Maria (2024): “D.lgs. 22.6.2007, n. 109. — Misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l’attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale”, in *attuazione della Direttiva 2005/60/CE (G.U., 26.7.2007, n. 172)*, in EPIDENDIO, Tomaso e VARRASO, Gianluca (eds), *Codice delle confische* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre), pp. 1993-1999

OHLIN, Jens David (2016): “The Right to Exist and the Right to Resist”, in TESÓN, Fernando R. (a cura di), *The Theory of Self-Determination* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 70-93

PELISSERO, Marco (2016): “Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite”, *Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza, Diritti fondamentali, Speciale Questione Giustizia*, pp. 99-112

PELISSERO, Marco (2024): “A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici”, *Sistema Penale*

RONEN, Yaël (2008): “Illegal Occupation and its Consequences”, *Israel Law Review*, 41, pp. 201-245

SALERNO, Francesco (2010): *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali* (Padova, Cedam)

SAUL, Ben (2006): *Defining Terrorism in International Law* (Oxford, Oxford University Press)

SAVOIA, Salvatore (2017): “Dal diritto penale del nemico al diritto penale del terrore. Limiti delle politiche penali contro il terrorismo”, *Democrazia e diritto*, 2, pp. 129-141

SCHEPPELE, Kim Lane (2021): “Common Template, Diverse Agendas: The Futility (and Danger) of Legislating for the World”, in VEDASCHI, Arianna e SCHEPPELE, Kim Lane (a cura di): *9/11 and the Rise of Global Anti-Terrorism Law: How the UN Security Council Rules the World* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 56-79

SPATARO, Armando (2007): “Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani”, in DE MAGLIE, Cristina e SEMINARA, Sergio (eds), *Terrorismo internazionale e diritto penale* (Padova, Cedam), pp. 163-235

SUEDI, Yusra (2023): “Self-determination in Territorial Disputes before the International Court of Justice: From Rhetoric to Reality?”, *Leiden Journal of International Law*, 36, pp. 161-177

TEBALDI, Marcello (2018): “Le black lists nella lotta al terrorismo. Tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 7, pp. 77-92

VALSECCHI, Antonio (2004): “Il problema della definizione di terrorismo”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 1127-1159

VALSECCHI, Antonio (2025): “270 bis”, in Dolcini, Emilio e Gatta, Gian Luigi (eds), *Codice penale commentato* (Milano, Wolters Kluwer Italia), pp. 2531-2554

VIGANÒ, Francesco (2010): “La nozione di terrorismo ai sensi del diritto penale”, in SALERNO, Francesco (editor), *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali* (Cedam), pp. 193-220

WILDE, Ralph (2021): “Using the Master’s Tools to Dismantle the Master’s House: International Law and Palestinian Liberation”, *Palestine Yearbook of International Law*, 3, pp. 3-74

¿Las fuentes del derecho afgano legitiman los episodios de violencia de género?

Le fonti del diritto afgano legittimano gli episodi di violenza di genere?

Do the Sources of Afghan Law Legitimize Episodes of Gender-Based Violence?

MARIA MICHELA LOMBARDO

*Doctoranda en la Universidad de Granada en Cotutela con la Universidad de Catania
lombardo@correo.ugr.es*

VIOLENZA DI GENERE E DOMESTICA,
DIRITTO PENALE COMPARATO

VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA,
DERECHO PENAL COMPARADO

GENDER AND DOMESTIC VIOLENCE,
COMPARATIVE CRIMINAL LAW

ABSTRACTS

La violencia de género constituye una de las violaciones más graves y persistentes de los derechos humanos a nivel mundial. En Afganistán, este fenómeno se ve agravado por factores estructurales, culturales y políticos que han consolidado un sistema profundamente patriarcal, donde las mujeres y las niñas enfrentan múltiples formas de discriminación, violencia y exclusión. Desde los matrimonios forzados y precoces, pasando por la violencia doméstica, hasta la negación del acceso a la educación o a la justicia, las prácticas que vulneran los derechos de las mujeres están profundamente arraigadas tanto en la normativa consuetudinaria como en las interpretaciones más extremas de la *Shari'a*. El objetivo principal de este trabajo es analizar críticamente el marco jurídico de Afganistán, identificando los conflictos que existen entre el derecho consuetudinario, el derecho islámico y las normas formales en materia de derechos de las mujeres.

La violenza di genere costituisce una delle più gravi e persistenti violazioni dei diritti umani a livello mondiale. In Afghanistan, questo fenomeno è aggravato da fattori strutturali, culturali e politici che hanno consolidato un sistema profondamente patriarcale, dove le donne sono costrette ad affrontare molteplici forme di discriminazione, violenza ed esclusione. Dai matrimoni forzati e precoci alla violenza domestica, fino alla negazione dell'accesso all'istruzione o alla giustizia, le pratiche che violano i diritti delle donne sono profondamente radicate sia nelle norme consuetudinarie che nelle interpretazioni più estreme della *Shari'a*. L'obiettivo principale di questo lavoro è quello di analizzare criticamente il sistema giuridico afgano, identificando i conflitti che esistono tra diritto consuetudinario, diritto islamico e norme formali in materia di diritti delle donne.

Gender violence is one of the most serious and persistent human rights violations in the world. In Afghanistan, this phenomenon is aggravated by structural, cultural and political factors that have consolidated a deeply patriarchal system where women are forced to face multiple forms of discrimination, violence and exclusion. From forced and early marriages, through domestic violence, to denial of access to education or justice, practices that violate women's rights are deeply rooted in both customary law and the most extreme interpretations of *Shari'a*. The main goal of this paper is to understand how the Afghan legal system work through the analysis of conflict between customary law, Islamic law and formal rules on women's rights.

SOMMARIO

1. Introducción: Fuentes del Derecho. – 1.1 Derecho consuetudinario: *Pashtunwali*. – 1.2. *Shari'a*. – 1.3 Fuentes formales: a) Constitución, b) Legislación Afgana, c) Vínculos Internacionales. – 2. Las diferentes caras de la violencia de género. – 2.1. El sistema educativo y la educación. – 2.2. El matrimonio forzado y el suicidio. – 2.3. El problema de la nacionalidad y el fenómeno de los “*bacha poch*”. – 3. Conclusión.

1.

Introducción: Fuentes del Derecho.

Aunque en muchas zonas de Afganistán, sobre todo después de la caída de los talibanes en 2001, se ha producido un proceso de modernización política y económica, hoy prevalece la fragmentación étnica, lingüística y religiosa.

La fragmentación se ve favorecida por cuestiones morfológicas de la propia región. De hecho, Afganistán consta de dos partes, separadas por la cordillera del Hindu Kush y esto, en términos sociopolíticos, ha llevado al aislamiento de las comunidades favoreciendo una sociedad fundada en los vínculos patriarcales de tipo feudal.

La familia es el valor absoluto, a su vez insertado en un contexto étnico típico del clan o de la tribu, en el que el matrimonio es una alianza y las mujeres son clasificadas como *res mobiles*, receptáculos del honor de los varones. Solo unas pocas realidades, como la de Kabul, se vieron en el tiempo abrumadas por un fuerte cosmopolitismo que impulsó la modernización.

En una realidad así dividida prevalecen los intereses relativos al fortalecimiento de la unidad nacional, al establecimiento de la democracia, a la formación de una sociedad en la que la opresión, la discriminación y la violencia sean suprimidas o al menos limitadas.

Precisamente la flexibilidad entre estos diferentes sistemas ha permitido a Afganistán no sucumbir al caos durante las múltiples guerras que lo han arrasado.

Sin embargo, este contexto fragmentado ha tenido consecuencias en muchos sentidos.

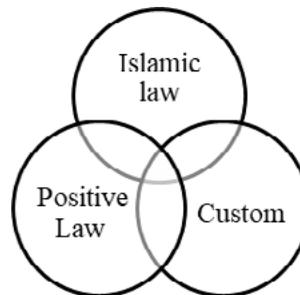
En efecto, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el sistema de fuentes jurídicas afganas se presenta como complejo y competitivo, caracterizado por la compenetración entre ley consuetudinaria local (*Pashtunwali*), ley religiosa (*Shari'a*) y ley formal del Estado.

Esta configuración impide la definición de un verdadero sistema de fuentes oficiales.

La falta de claridad sobre la relación entre estas diferentes fuentes de la ley y la ausencia de directrices sobre cómo actuar realmente para resolver los conflictos entre ellas, siempre ha causado muchos problemas.

En teoría, cada sector se proclama una autoridad legal autónoma o incluso exclusiva, pero en la práctica ninguno de ellos individualmente ha sido capaz de sustituir completamente a los demás. Esto ha llevado a una serie de limitaciones de poder y autoridad.

Podemos imaginar el sistema jurídico afgano como un conjunto de círculos superpuestos:



La imagen sugiere tres fuentes de legitimidad e indica algunas áreas claras de autoridad autónoma para cada fuente, complicada por áreas de posible superposición.

Ninguna área está bien definida o dominante. Así, en casi todas las materias pueden reivindicarse principios de derecho positivo, principios islámicos y reglas consuetudinarias.¹

A pesar de la existencia de un sistema legal formal establecido bajo las disposiciones de una Constitución, la realidad socio-legal no se refleja en él, y la ley formal no representa en absoluto las reglas que la mayoría de la población aplica todos los días.

¹ EDDY (2009).

Para la gente común y los aldeanos, la ley tribal y la ley islámica son más significativas y efectivamente más conocidas que cualquier otra fuente.

Estos sistemas alternativos reflejan mejor los valores y tradiciones locales (especialmente rurales) que el sistema legal formal, que muchas veces había sido atacado con frecuencia como vehículo para introducir ideologías extrañas en el país.

Por ejemplo, si bien la protección de los derechos individuales garantizados por los tratados y convenios firmados por Afganistán puede tener la máxima prioridad para los abogados internacionales que asesoran al Gobierno afgano, estos acuerdos no tienen ningún efecto a nivel local, en particular cuando se refieren a la religión, a las mujeres y a los asuntos familiares.

De hecho, los valores que el Estado afgano se ha comprometido a apoyar a nivel internacional son en gran medida desconocidos e inaplicables a nivel nacional.

Muy a menudo sucede que los ciudadanos afganos no perciben la expansión del sistema legal formal como un paso adelante en la creación del Estado de Derecho y esto condiciona la propia autoridad de las fuentes jurídicas formales.

En consecuencia, en Afganistán, por un lado, podríamos decir que la interpretación y aplicación de la *Shari'a* y del derecho consuetudinario impiden la aplicación y el cumplimiento de las normas y la protección de los derechos humanos, pero desde otro punto de vista, también podríamos decir que el Estado de Derecho es incapaz de imponer un sistema capaz de garantizar y hacer cumplir las leyes de manera eficaz.

1.1.

Derecho consuetudinario: *Pashtunwali*.

Concretamente, el principal pilar de la sociedad afgana es el honor y no es posible prescindir del vínculo existente entre derecho y religión.

La estructura tribal que caracteriza a la sociedad afgana hace que el derecho consuetudinario represente cuantitativamente la porción más consistente y relevante en la vida cotidiana de las comunidades, en particular de las rurales.

A diferencia de estas áreas, las áreas urbanas se ven más afectadas por la influencia del sistema legal estatal.

El modelo que es necesario seguir para llevar una vida honrada es el derecho consuetudinario (*pashtunwali*) fundado sobre «coraje» (*nang*), «venganza» (*badal*), «hospitalidad» (*melmastia*), «barreras de género» (*pardah* y *namus*) y «asamblea tribal» (*jirga*)².

El derecho consuetudinario se entiende conjuntamente como código y como ideología, y a menudo aparece en los procesos por violación de los derechos individuales.

Se utiliza para evitar disputas familiares y derramamiento de sangre innecesario.

El problema es que la vigencia y prevalencia del *pashtunwali* impide al Estado ocuparse directamente de las violaciones de los derechos individuales y de las disputas que surgen entre las familias y las tribus. La sociedad tribal está autodefinida y fundada en el sentido del honor y en la obligación a la venganza por el mal sufrido. Cada pueblo se autogestiona y no responde a una institución oficial, sino a puntos de referencia identificados en hombres de gran poder.

Este enfoque concede una autodeterminación extrema y permite a los hombres afganos hacerse justicia por sí mismos, para restablecer el honor a través de la venganza.

El juez es etiquetado como un intruso, representante del Estado, cuya participación viola el honor personal al revelar la incapacidad de las partes de poder confrontarse directamente defendiéndose a sí mismos, su nombre y su familia.

En teoría, la adopción del principio de separación de poderes debería haber concedido la autonomía y la independencia de los órganos jurisdiccionales. El poder judicial debería haber tenido la tarea de juzgar en todos los litigios promovidos por personas físicas o jurídicas, incluido el Estado, como demandantes o demandados, de conformidad con las disposiciones legales y de examinar la legalidad constitucional de las leyes, decretos legislativos, tratados y convenios internacionales y su interpretación de acuerdo con la ley.

Todavía en la realidad, la situación actual en Afganistán demuestra que solo una pequeña parte de la teoría de la separación de poderes se ha aplicado correctamente y de forma estable.

El Parlamento está fragmentado y no puede afirmar su papel de manera efectiva; el poder judicial parece débil y propenso a someterse a la voluntad política. Además, ante los recientes

² SPEROTTO (2011), pp. 81-88.

acontecimientos históricos que han llevado al colapso del Estado y al caos total, el futuro de Afganistán es totalmente incierto y está en constante cambio.

Mientras que el derecho consuetudinario era parte de una tradición oral, los tribunales estatales requerían documentos escritos y leyes específicas. Los contendientes en una disputa necesitaban contratar especialistas que tuvieran una formación formal pero también conocieran las reglas consuetudinarias y la ley islámica.

Por cierto, en el pasado, el Estado ha utilizado estos sistemas como una forma de regulación indirecta, especialmente en sectores sin capacidad administrativa y gubernamental directa y, de hecho, ha sido muy útil para los funcionarios del gobierno local confiar en el sistema informal para mantener la paz y el orden general. El Estado solo intervenía cuando las disputas amenazaban el orden público o se informaba de actividades delictivas.

Además, los afganos han asumido erróneamente la convergencia entre *Shari'a* y *Pash-tunwali*, ignorando su diversidad, seguramente convencidos de que sus tradiciones locales estaban totalmente inspiradas en la ley islámica de los buenos musulmanes. En efecto, dadas las altas tasas de analfabetismo en Afganistán y la débil formación en árabe, pocos saben exactamente lo que requiere la ley islámica.³

1.2.

Shari'a.

En cuanto al papel del Islam, el pueblo de Afganistán es un pueblo con una firme fe en Dios y que confía en su misericordia creyendo en la sagrada religión islámica, como se desprende del preámbulo de la Constitución de 2004⁴.

Es precisamente a mitad de camino entre las costumbres y las instituciones estatales que se sitúa la *Shari'a*, que interactúa con la norma de producción estatal condicionando también su contenido y exigiendo el respeto de los principios islámicos.

La *Shari'a* desempeña un papel fundamental tanto en las zonas rurales como en las urbanas y ha sido la ley tradicionalmente aplicada en materia de derecho de familia y de estatuto de las personas, de la propiedad, de las pruebas y de los contratos.

Es necesario adelantar que toda religión, más allá de las interpretaciones no siempre correctas del propio mensaje teológico, en cuanto condicionadas por elementos culturales que se superponen, busca alcanzar la fidelidad a la verdad.

Cuando, como en el caso de Afganistán, existe una fuerte compenetración entre sociedad religiosa y sociedad civil, el peso de la marginación, que se manifiesta en una evidente privación de los derechos fundamentales, resulta aún más penalizador.

Muy a menudo también a causa de la escasa instrucción, la lectura “masculina” de los contenidos teológicos ha favorecido la existencia de formas de reducción de sentido y de significado del “valor femenino” dentro de las religiones y de la sociedad civil. De ahí la necesidad de favorecer un cambio de mentalidad y la predisposición de estrategias y acciones concretas para la eliminación de todos los obstáculos, prejuicios y todas las restricciones que todavía se pueden observar en la confesión religiosa islámica.

La *Shari'a*, en árabe “ley” o literalmente “camino trillado”, representa la fuente de las reglas de la religión islámica, un código de comportamiento ético que se ha convertido en los años en ley positiva, que, según los Imanes más iluminados, debería estar privada de poder coercitivo.

A diferencia de las leyes fundamentales de las otras religiones, son particularmente de-

³ BARFIELD (2008), pp.348-373.

⁴ “En el nombre de Alá, el Compasivo, el Misericordioso. Alabado sea Alá, el Cheriser y Sostenedor de los Mundos; y Alabado sea la paz con Mahoma, Su último mensajero y sus discípulos y seguidores. Nosotros, el pueblo del Afganistán creemos firmemente en Dios Todopoderoso, confiamos en Su voluntad divina y adherimos a la Santa religión del Islam; consciente de las anteriores injusticias, miserias e innumerables desastres que ha sufrido nuestro país; apreciando los sacrificios, las luchas históricas, la yihad y la justa resistencia de todos los pueblos del Afganistán, admirando la posición suprema de los mártires de la libertad del país; comprendiendo que un Afganistán unido e indivisible pertenece a todas sus tribus y pueblos; observando la Carta de las Naciones Unidas, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con el fin de fortalecer la unidad nacional, salvaguardar la independencia, la soberanía nacional y la integridad territorial del país; establecer un orden basado en la voluntad y la democracia de los pueblos; formar una sociedad civil sin opresión, atrocidad, discriminación y violencia, basada en el estado de derecho, la justicia social, la protección de la integridad y los derechos humanos, y el logro de las libertades y los derechos fundamentales de los pueblos; fortalecer las instituciones políticas, sociales, económicas y de defensa; lograr una vida próspera y un entorno de vida sano para todos los habitantes de esta tierra; y, finalmente, recuperar el lugar apropiado del Afganistán en la familia internacional.

Han aprobado esta Constitución de conformidad con las realidades históricas, culturales y sociales, así como los requisitos de tiempo a través de nuestros representantes electos en la Loya Jirga, del 3 de enero de 2004, celebrada en la ciudad de Kabul.”

talladas y completas, abarcan todos los ámbitos de la vida y están destinadas a la *Umma*, a la comunidad islámica universal, por lo que vale para todos los musulmanes, en cualquier parte del mundo donde se encuentre, demostrando que es personal y extraestatal.

Tanto que en varios países se han creado tribunales religiosos para supervisar la aplicación de estas normas y las sucesivas penas que deben imponerse en caso de incumplimiento.

Las peculiaridades de la *Shari'a* son su imperatividad, que exige a todo musulmán respetar lo previsto, no solo en la esfera de la comunidad y de la familia sino sobre todo en la privada; su exclusividad, ya que no admite más que otras leyes, como las laicas, puedan tener una supremacía; su inmutabilidad, porque de origen sagrado y no modificable por el hombre que no puede alterar o sustituir al legislador divino.

Las leyes laicas del Estado, si son contrarias a un principio de la *Shari'a*, obligan al ciudadano a elegir el comportamiento recto de la revelación divina, sin aplicar lo institucionalmente previsto.

La *Shari'a*, la palabra de Dios, tiene cuatro fuentes principales: el *Corán*, la *Sunna*, el *Ijma'* y el *Qiyas*.

Lo que está contenido en los textos sagrados representa el valor máximo aplicable al propio fuero interno y gracias a Él el hombre debería comprender qué comportamientos y actitudes son lícitos y cuáles, en cambio, lo alejan de Dios haciéndose daño a sí mismo y a su comunidad.

El *Corán* contiene además cerca de seiscientos preceptos importantes para el hombre, aplicables al foro externo como miembro de la *Umma* islámica. Las reglas del *Corán* abarcan desde el derecho de familia hasta el derecho penal, las sucesiones, los principios de los contratos, las reglas del derecho tributario y las reglas para el culto de la religión.

Dadas sus fuentes, la *Shari'a* parece ser un código de leyes completo y actual.

Pero la voluntad de mantener un cierto rigor cultural sin querer abrirse al cambio puede crear no pocas dificultades en el ámbito de la tutela de los derechos de las mujeres, delineando un estilo de vida femenino absolutamente arcaico y androcéntrico. Por ejemplo, algunas interpretaciones de la *Shari'a* consideran las diferencias biológicas entre los dos sexos y los llevan a diferentes aspiraciones, ya que las hormonas afectan no solo al cuerpo de la madre, sino que también implican cambios psicológicos y mentales. Por lo tanto, a la mujer no se le debe permitir el trabajo, ya que cuando se encuentra en estas “etapas” puede tener comportamientos irracionales.

En esta perspectiva, a la mujer solo se le asigna el papel de madre y cuidadora de la familia, ella debería ocuparse solo de la casa y de la descendencia hasta una cierta edad; teniendo en cuenta que es exclusivamente el hombre quien debe ocuparse de la educación de los hijos mientras la madre se ocupa de educar a las hijas, aclarando cómo comportarse y todo lo necesario para ser, en el futuro, una esposa y una madre modelo. La naturaleza ha creado a la mujer más emocional y sensible precisamente porque es procreadora y por lo tanto necesita tener a su lado un hombre y una familia que la hagan estar a salvo.

Dentro de la familia existen, pues, papeles profundamente diversos y no sustituibles. A este respecto, en la *Shari'a* se hace referencia a un término (*qawwamiyyah*) que puede traducirse como “tutela” o como “dominio”, y que se refiere a la relación entre marido y mujer.

Se afirma que el hombre debe mantener económicamente a su mujer y a su familia; él tiene un papel de seria responsabilidad porque está llamado a tomar las decisiones para todo el núcleo familiar. Este papel difícil y complicado se considera una “carga” demasiado pesada para la mujer.

Los estereotipos de género en este sentido también surgen con respecto a la educación de la descendencia: a los hijos se les dice que respeten a la madre en cuanto es ella quien se ocupa de todas las necesidades de la familia y que respeten al padre en cuanto es el educador moral y religioso.

Los niños hasta la edad de siete años deben ser atendidos por la madre dado el fuerte vínculo que se establece, pero en el octavo año la educación de los hijos debe ser confiada al padre. Estos no solo deben gozar de una formación religiosa y económica, sino que deben realizar las primeras experiencias extrafamiliares. Tales experiencias no pueden llevarse a cabo con la madre, a la que está cerrada la vida pública.

Confiar la autoridad familiar a dos personas comprometería los difíciles equilibrios matrimoniales. Más bien, el ego y el egoísmo femenino hacia esta búsqueda de igualdad pueden ser sofocados con la ayuda de la religión, y la división de tareas asegura la creación y el crecimiento de un ambiente familiar próspero y duradero.

La cuestión más preocupante en el contexto familiar, en relación con una interpretación incorrecta y extrema de la *Shari'a*, se refiere a la práctica violenta de las mujeres.

En la *Surah*, desde los versículos de la *Ayah An-Nisa*⁵, se deduce que el hombre debe garantizar a su esposa una vivienda adecuada, el sustento y la ropa necesaria y adecuada a su condición social, no debe maltratarla ni abofetearla sino protegerla y estar cerca de ella; pero también que no se comprenden a los que maltratan a su esposa, e inmediatamente después la abrazan y la aman.

Los hombres tienen que vivir con sus esposas de una manera justa y amable.

Sin embargo, los intérpretes extremistas de la *Shari'a* parecen admitir formas de violencia física entre marido y mujer, argumentando que si la mujer no puede respetar sus propios vínculos, satisfaciendo desde todos los puntos de vista las necesidades del marido y de la familia, en primer lugar, puede intentar un diálogo con la esposa para comprender sus comportamientos y razones; en segundo lugar, es legítimo para él abandonar la cama conyugal con el fin de llevar a un “razonamiento sabio” la esposa; en última instancia, al hombre se le permite el uso de la fuerza contra la esposa que lo deja insatisfecho. Además, tales rechazos podrían justificar la infidelidad, la traición y la completa indiferencia del marido hacia la esposa. Todas ellas dinámicas que inevitablemente llevarían a la familia al borde del fracaso.

Parece pasar el mensaje de que el uso de la fuerza no es el fin, sino el medio y un camino para llegar al objetivo final, que es volver a la armonía conyugal.

Todo esto examinado hasta ahora demuestra que algunas interpretaciones “extremistas” de la *Shari'a* implican notables diferencias de género, inculcando sentimientos como el terror y el miedo del cónyuge y la consiguiente imposibilidad de una vida fuera de la familia.

Esto se aplica también a las niñas y a las jóvenes, que percibiendo estas actitudes como algo habitual, difícilmente podrán acceder a pensamientos distintos del contexto en el que han crecido. En sus mentes este *modus operandi* seguirá siendo para siempre un “estilo de vida” considerado normal y ordinario.

“En ninguna parte del Corán se dice que las mujeres deben depender de un hombre.

*Ninguna voz ha descendido del cielo para decirnos que toda mujer debe escuchar a un hombre”*⁶.

1.3. Fuentes Formales.

a) Constitución.

En 1963, bajo el impulso de Zahir Shah y tras amplias consultas con todos los segmentos de la sociedad, fue aprobada por la *Loya Jirga*⁷ una Constitución que instauraba un proceso inédito de participación democrática. Ese fue el momento en que se afirmó el derecho Estatal, el principio de separación de poderes y se comenzó a proteger una serie de derechos y libertades fundamentales. En 1964 empezó el período constitucional de la nueva democracia.⁸

Sin embargo, a pesar de los avances realizados, con el tiempo se ha hecho cada vez más necesaria una reforma constitucional cuya *ratio* era enfrentar las cuestiones nacientes tanto en el plan sustancial, como el papel que había que conceder a la *Shari'a* en la Constitución, como en el procesual. Se trataba, en definitiva, de definir el Afganistán como un Estado secular más que un Estado islámico.

Uno de los objetivos principales era reconstruir el Estado afgano a través de la redacción de una carta constitucional que pudiera ponderar las necesidades del Estado teniendo en cuenta todos los valores de la población y el respeto de todas las etnias presentes en el territorio.

Tras una fase de consulta popular, los comisarios reunidos en Kabul redactaron definitivamente la Constitución, publicada en noviembre de 2003 y hecha oficial el 4 de enero de 2004.

Las instituciones internacionales han esperado hasta el último momento un enfoque laico de la carta constitucional, pero ante un período de dominación talibán las consultas se mostra-

⁵ *Surah, Ayah An-Nisa*, es la cuarta Sura del Corán, que también se conoce como “las mujeres”.

⁶ YOUSAFZAI (2021), p. 192.

⁷ No tenemos que confundir las *jirgas*, es decir, el consejo de ancianos, con la *Loya Jirga*, que es el Gran Consejo de Ancianos, que fue institucionalizada y entró en el marco jurídico del Afganistán en la Constitución de 1964.

La *Loya Jirga* se celebra a nivel nacional e incluye a miembros y dirigentes de todas las diferentes tribus para decidir sobre cuestiones relativas al bienestar nacional del Estado, además pueden participar personas de diferentes religiones, idiomas o etnias.

⁸ DE MAIO y LORIS W (2003), pp.191-212.

ron inequívocamente favorables a una Constitución exclusivamente islámica.

El artículo 6 de la Constitución afgana establece que: «*El Estado tiene el deber de crear una sociedad próspera basada en la justicia social, la protección de la dignidad y los derechos humanos, sobre la realización de la democracia y de garantizar la unidad nacional y la igualdad entre todos los grupos étnicos y tribales, así como el desarrollo equilibrado de todas las zonas del país.*»

La República promete alcanzar la justicia social, eliminando todos los obstáculos económicos y sociales entre los ciudadanos, asegurando la plena igualdad ante la ley en el respeto de las libertades individuales; del derecho a la vida; el derecho a la autodeterminación; el derecho a un juicio justo; el derecho a una existencia digna; el derecho a la libertad religiosa; el derecho a la protección de sus datos personales y el derecho al voto.

Así pues, formalmente, en la sociedad afgana el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y están sujetos a los mismos deberes, son perfectamente equivalentes a los ojos del Estado, tal como se desprende del artículo 22 de la Constitución: «*Queda prohibida toda forma de discriminación y de privilegio entre los ciudadanos de Afganistán. Los ciudadanos de Afganistán, tanto hombres como mujeres, tienen los mismos derechos y obligaciones ante la ley.*»

El artículo 24 de la Constitución afgana afirma que la libertad es un derecho natural de los seres humanos. Este derecho no estará limitado a menos que se vean afectadas otras libertades y el interés público regulado por la ley. La libertad y la dignidad humana son inviolables y el Estado debe respetar y proteger estos valores.

El artículo 27 de dicha fuente afirma que nadie puede ser castigado sin la decisión de un tribunal autorizado, adoptada de conformidad con las disposiciones legales, promulgadas antes de la comisión del delito.

En virtud del artículo 29, la persecución de los seres humanos está prohibida. A nadie se le permite ni se le puede ordenar que practique la tortura, incluso en el caso de que el objetivo sea obtener la verdad de un sospechoso, arrestado, detenido o condenado.

Quedan prohibidas las penas contrarias a la dignidad humana.

El artículo 34 protege la libertad de expresión como derecho inviolable. Reconociendo a cada afgano el derecho a expresar su pensamiento a través de medios y modalidades conformes a las disposiciones de la ley, dentro de los límites previstos por la propia Constitución.

De conformidad con el artículo 48, todos los ciudadanos tienen derecho a trabajar.

El artículo 50 prohíbe todas las formas de discriminación en la contratación de funcionarios.

La Carta Constitucional concede especial importancia al tema de la educación y a la necesidad de reconocer este derecho fundamental a todos, sin distinción alguna.

El artículo 17 de la Constitución afgana establece: «*El Estado adoptará las medidas necesarias para promover la educación a todos los niveles [...]*».

La educación resulta ser un valor fundamental para su realización con vistas a una vida digna.

El artículo 43 dice: «*La educación es un derecho de todos los ciudadanos de Afganistán, que el Estado debe proporcionar gratuitamente hasta que se gradúe. El Estado tiene el deber de formular y promover programas eficaces para la difusión equilibrada de la educación en todo el territorio de Afganistán y proporcionar educación obligatoria hasta un nivel promedio. El Estado también debe garantizar la enseñanza de las otras lenguas locales en las zonas donde se hablan.*»

De este primer examen formal se desprende claramente que la Constitución afgana no es discriminatoria para las mujeres.

Sin embargo, aunque la Constitución declara que el Estado debe respetar la Carta de las Naciones Unidas, los acuerdos interestatales, los tratados internacionales a los que se ha adherido Afganistán y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 3 de la Constitución establece que «*En Afganistán ninguna ley puede ser contraria a los principios y a las disposiciones de la sagrada religión del Islam.*».

Por lo tanto, si bien la Constitución afgana se muestra totalmente contraria a cualquier forma de discriminación y en varias ocasiones en el examen de esta fuente, resulta clara la voluntad del legislador de establecer una carta constitucional capaz de poner fin a los abusos durante demasiado tiempo perpetuados con respecto a las mujeres y las personas que necesitan una protección especial, por otra parte, la fragmentación que rige el país impide a la Constitución imponerse por encima del apego ético y del sentimentalismo religioso.

La única interpretación que se puede atribuir al artículo 3 de la Constitución afgana es la primacía de la ley religiosa sobre la ley estatal, capaz de elevarse a la fuente del derecho supe-

rior a la Constitución.

En consecuencia, todas las normas contenidas en el decreto constitucional solo tienen valor si no contrastan con las normas religiosas.

Lamentablemente, tras la caída del régimen republicano en 2021, los talibanes suspendieron la Constitución de 2004 y purgaron jueces, fiscales y funcionarios, aplicando decretos ministeriales o dirigencia religiosa, sin un nuevo texto constitucional formal.

El régimen instauró la *Shari'a hanafi*⁹ como única fuente suprema de derecho, vetando la Constitución y eliminando cualquier marco legal que limitara el poder del Emir.

Esta dinámica ha erosionado todos los mecanismos de protección de derechos, acechado por decretos arbitrarios y normas religiosas impuestas unilateralmente.

Los talibanes no han hecho más que aumentar la incertidumbre en torno a su visión constitucional y confundir el asunto haciendo declaraciones incoherentes sobre el orden constitucional que desean instaurar en Afganistán.

En septiembre de 2021, indicaron que aplicarían la Constitución de 1964 de Afganistán como una carta provisional. Mientras tanto, el Emir talibán, líder supremo y jefe de Estado, exigía que las instituciones del Estado dejaran a un lado aquellas leyes que consideraban no redactadas en estricta observancia de la tradición *hanafi*. Las instituciones especializadas compuestas exclusivamente por juristas *hanafis* (como el Consejo de *Ulama* y los juristas dentro del Tribunal Supremo Talibán) estaban facultadas para realizar una revisión abstracta de todas las leyes estatales a fin de certificar que ninguna de ellas contradecía los fallos del *fiqh hanafis*.

El Emir aclaró que hasta que se complete este proceso de verificación, la ley *hanafi* seguirá siendo la ley del país.

No obstante, la Constitución de 2004 sigue estando disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia como “constitución aplicada” de Afganistán y los líderes talibanes se han comprometido a respetar sus normas.

Para hacer las cosas aún más confusas, los talibanes han sugerido en muchos lugares que rechazan los valores y las normas que están consagrados tanto en la Constitución de 1964 como en la de 2004, denunciando los documentos como una imposición extranjera.¹⁰

De toda forma, la conducta oficial de este grupo extremista es totalmente incompatible con los valores democráticos y liberales consagrados en las leyes fundamentales de Afganistán.

b) Legislación Afgana.

Una de las acciones más significativa para prevenir y castigar el fenómeno de la violencia contra las mujeres en Afganistán fue la promulgación de la histórica ley afgana sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres (EVAW) en 2009.¹¹

La EVAW aspira a proteger los derechos y la dignidad humana de las mujeres y niñas afganas criminalizando veintidós actos específicos de violencia.

En un intento de introducir cierta flexibilidad, en algunos casos específicos, la ley permite a la víctima retirar la denuncia en cualquier etapa del procedimiento, incluso después de la condena, con la consiguiente interrupción del caso.

La excepción a esta flexibilidad subsiste para cinco de los delitos considerados más graves:

- violencia sexual;
- prostitución forzada;
- publicidad de la identidad de la víctima;
- quemaduras químicas;
- autolesión forzada o suicidio inducido.

Debido a la gravedad de estos cinco crímenes, los autores de estos actos violentos deben ser procesados y castigados incluso si la denuncia se retira posteriormente.

En concreto, como se subraya en el primer y segundo informe periódico combinado elaborado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹² el 20 de abril de 2012, el artículo 5 de la Ley afgana sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres (EVAW) declara que los siguientes actos constituyen violencia contra las mujeres:

⁹ Derecho islámico definido durante siglos por los eruditos asociados con la escuela de derecho *hanafi*.

¹⁰ PASARLAY (2022).

¹¹ HAKIMI (2020), pp.52-72.

¹² Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 2012, p. 29.

- violar a una mujer
- obligar a la mujer a la prostitución
- quemar a la víctima o utilizar sustancias químicas o venenosas contra la víctima
- obligar a la mujer a auto lesionarse o suicidarse
- herir o incapacitar a una mujer
- golpear a una mujer
- comprar o vender a una mujer para el matrimonio
- entregar a una niña al precio de la sangre
- limitar el derecho de la mujer a casarse obligándola a contraer matrimonio o eligiendo previamente al esposo antes de alcanzar la edad legalmente prevista
- insultar, amenazar o causar daños a la mujer
- prohibir la posesión de bienes personales o hereditarios
- limitar el derecho a la educación, al trabajo y al acceso a los servicios sanitarios
- el trabajo forzoso
- el aislamiento forzado.

Además, la ley EAW establece la Alta Comisión para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres y obliga a ocho ministerios gubernamentales a actuar para contrastar el fenómeno de la violencia de género.

Introduce una serie de servicios médicos y legales gratuitos, además de la compensación de los daños sufridos y el deber de confidencialidad.

De acuerdo con la Ley de Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que está expresamente subordinada a otras fuentes legislativas, una denuncia solo puede presentarse a instituciones gubernamentales formales como la policía, tribunales y otras autoridades competentes y, a menos que la denuncia sea retirada por la víctima, las autoridades tienen el deber de proseguir el proceso penal; la oficina del fiscal y el tribunal están obligados a dar prioridad a los casos EAW y a tratarlos lo antes posible. Se prohíbe la suspensión, el perdón o la mitigación de las penas.

El único mecanismo legalmente encargado de juzgar estos casos es el sistema de justicia formal, excluyendo así todos los mecanismos informales o tradicionales de mediación, considerados en tales casos ilegales.

Resolver los casos de violencia contra las mujeres a través de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos llevaría a abusar de la posición de las mujeres y sus derechos, así como a aumentar la violencia contra las víctimas. Por ejemplo, muchas de las resoluciones penales dictadas por las *Jirgas* locales requieren la práctica del “*baad*”, ósea la práctica habitual, criminalizada en virtud de la ley EAW, de vender chicas o mujeres concediéndolas en matrimonio para resolver una disputa familiar.

En estas prácticas hay comisiones informales de mediación, compuestas casi en su totalidad por hombres, que suponen erróneamente que la víctima y el autor de la violencia tienen el mismo poder y que ambas son responsables del abuso. En estos contextos, radicalmente patriarcales, las víctimas de violencia rara vez participan directamente en el proceso, haciéndolas personas desafortunadas sin ningún derecho a ser escuchadas. Por si fuera poco, las víctimas se ven a menudo sometidas a una presión significativa por parte de su familia y de la comunidad, inducidas a aceptar la mediación en lugar de ejercer su derecho a acceder a la justicia a través del sistema formal.

Además de la EAW, se han tomado muchas medidas a lo largo de los años para combatir la violencia de género en Afganistán.

La Oficina del Alto Comisionado para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer estuvo presidida desde el principio por el Ministerio de Asuntos de la Mujer, en cuyas reuniones participaron todos los altos funcionarios de la Oficina del Fiscal y de los Ministerios del Interior, Justicia, salud pública, información y cultura, educación, trabajo y asuntos sociales. Entre los resultados de esta organización se encuentran la elaboración de una estrategia quinquenal y la realización de seminarios sobre los matrimonios precoces y forzados, que han llevado a la adopción de la prohibición prevista por el protocolo sobre la eliminación del matrimonio precoz y forzado.

La Estrategia Nacional de Desarrollo de Afganistán, elaborada entre 2009 y 2012, tenía como objetivo específico organizar programas de desarrollo en los ámbitos político, económico, social y de seguridad. Con ocasión de la elaboración de la estrategia, se realizaron consultas directas con 17.000 personas, aproximadamente la mitad de ellas mujeres, de 34 provincias

diferentes.

Uno de los principales objetivos era garantizar la igualdad de oportunidades, derechos y seguridad en todos los ámbitos, tanto para las mujeres como para los hombres.

En la Conferencia de Londres de 2010 se aprobó formalmente el Plan decenal de Acción Nacional para la Mujer en Afganistán para la protección de las mujeres, que el Gobierno afgano, con el apoyo de la comunidad internacional, debería haber aplicado. Este plan fue uno de los innumerables esfuerzos sostenidos por el gobierno nacional para cumplir los compromisos contraídos con las mujeres de manera sistemática, permanente y coordinada.

El objetivo principal del plan era apoyar los principios de la estrategia nacional de desarrollo de Afganistán (es decir, la seguridad, la gobernanza, el Estado de Derecho, la protección de los derechos humanos y el desarrollo económico y social) y sobre todo garantizar la igualdad de género y la inclusión de las mujeres en todos los ámbitos, incluidas las políticas, presupuestos, programas, proyectos, actividades de servicios, contratación, formación, promoción y designación de privilegios y oportunidades.

Otro logro importante ocurrió cuando la Organización Mundial de la Salud y la Comisión Independiente de Derechos Humanos de Afganistán condenaron el denominado “test de virginidad”¹³. Posteriormente, el Código Penal de Afganistán abolió formalmente este procedimiento no científico, concretado en un examen ginecológico forzado degradante y moralmente perjudicial para la víctima, calificándolo de una práctica cruel e inhumana.

Desafortunadamente, con el retorno del régimen talibán en agosto de 2021, muchas de las conquistas obtenidas en años de lucha y sacrificio se han anulado.

Los talibanes han restablecido el “Emirato Islámico” unitario, altamente centralizado y autocrático (tal como se definió en la carta de 1998¹⁴) y han revivido una serie de leyes que adoptaron a mediados del decenio de 1990.

El Ministerio de Asuntos de la Mujer fue sustituido por el Ministerio de Promoción de la Virtud y Prevención del Vicio, que ejerce su mandato bajo la “Ley de los principios generales de la organización y jurisdicción de los ministerios del Emirato Islámico”, publicada en la Gaceta n.797 de 1996 del Boletín Oficial, que confiere a este ministerio amplios poderes para hacer cumplir la moral pública.

También se volvieron a facultar a algunos ministerios al revertir las decisiones de la zona de la República que habían creado varios poderosos organismos, direcciones y comités independientes de los ministerios.

En cuanto a la dotación de personal, a nivel nacional los talibanes parecen haber mantenido a la mayoría del personal en ministerios técnicos que permanecieron en el país, pero han colocado a miembros de los talibanes en puestos de dirección.

En los ministerios que se ocupaban de cuestiones consideradas delicadas por los talibanes como el ministerio de seguridad y el ministerio de educación y enseñanza superior, parece que los talibanes han sustituido a la mayor parte del personal con sus miembros.

También los funcionarios del poder judicial nombrados en la era de la República fueron expulsados y, en su lugar, el Emir talibán ha nombrado exclusivamente a personas que llevan los títulos de *ajund*, *shaykh*, *mufti* y *mulavi*¹⁵, títulos que no están normalizados y no corresponden a un conjunto fijo de cualificaciones pero que sugieren que la persona posee conocimiento de la tradición profética y que puedan emitir respuestas autorizadas sobre las cuestiones relativas a la ley islámica.

c) Vínculos internacionales.

Partiendo del supuesto de que diversas legislaciones islámicas, entre ellas la afgana, consagran de manera más o menos evidente la desigualdad entre hombres y mujeres, en particular en los ámbitos del procedimiento civil, del derecho de familia y de la herencia, a veces agravada en las prácticas sociales, es necesario comprender qué vínculos internacionales tiene el Afganistán.

El Afganistán forma parte de varios instrumentos internacionales cuyo objetivo no es sólo

¹³ Conocido también como “examen de dos dedos”, porque normalmente los doctores introducían dos dedos para comprobar si la mujer tenía himen intacto. Esta práctica ha hecho que proliferen los negocios clandestinos que prometen restablecer la virginidad de las mujeres reparando su himen. Además de ser invasiva, esta operación es peligrosa y cara.

¹⁴ Sobre el tema véase: RUBIN (2020).

¹⁵ Sobre el tema véase la decisión de la Suprema Corte n.69 juicio provincial de 16 de diciembre 2021.

la protección de los derechos humanos fundamentales, sino, sobre todo, la protección de personas especialmente amenazadas, como las mujeres, los niños y las personas con discapacidad:

Tratado	Firma	Ratificación
CAT - Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	4 febrero 1985	1 abril 1987
CAT-OP Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	/	17 abril 2018
CCPR- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	/	24 enero 1983
CEDAW- Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	14 agosto 1980	5 marzo 2003
CERD-Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	/	6 julio 1983
CESCR- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	/	24 enero 1983
CRC-Convención sobre los Derechos del Niño y la Adolescencia	27 septiembre 1990	28 marzo 1994
CRC-OP-AC Protocolo facultativo a la Convención sobre la participación de los niños en los conflictos armados	/	24 septiembre 2003
CRC-OP-SC Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantiles	/	19 septiembre 2002
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	/	18 septiembre 2012

A lo largo del tiempo, se han emprendido diversas iniciativas para aplicar las restricciones impuestas por estas fuentes internacionales, como la creación de entidades específicas para la mejora de los derechos de la mujer, la adopción de leyes que afectan directamente a su situación, la realización de planes de trabajo que tengan en cuenta los diferentes sectores de la vida de las mujeres afganas y la pretendida modificación de las leyes que violan sus derechos.

El reto más importante al que se enfrenta el proceso de aplicación es la falta de seguridad, ya que las mujeres no pueden disfrutar plenamente de protección. A estas premisas se añaden las tradiciones y costumbres poco favorables.

La comunidad internacional es plenamente consciente de los considerables esfuerzos realizados por Afganistán para promulgar y aplicar un marco jurídico que proteja y promueva los derechos de la mujer. Sin embargo, se considera que el clima de violencia extrema y persistente, en particular contra las mujeres, el proceso político en curso y la transición de las fuerzas de seguridad, ponen al Estado en una situación muy difícil. Se supone que la aplicación de los instrumentos internacionales es la garantía más eficaz para el pleno respeto y disfrute de los derechos humanos y la protección de las mujeres.

Después de la caída del primer régimen talibán, se hicieron muchos esfuerzos en Afganistán para garantizar que los derechos de las mujeres estuvieran firmemente arraigados en el crítico proceso de reconstrucción de la Nación.

Se prestó atención a la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y a la Resolución 1325 sobre la mujer, la paz y la seguridad, que el Consejo de Seguridad adoptó en 2000.

Estos instrumentos, considerados esenciales para el progreso y la protección de los derechos de la mujer, han tenido cierta influencia en el proceso de elaboración de la Constitución afgana, haciendo de la protección de la mujer una cuestión prioritaria entre los distintos objetivos del gobierno provisional afgano de Hamed Karzai.

Casi de inmediato, UNIFEM y otras organizaciones internacionales comenzaron a proporcionar seminarios de capacitación sobre la CEDAW, asistiendo a un creciente interés del movimiento de las mujeres afganas que comparten el objetivo de conocer la Convención y considerar todas las formas en que la Convención podría haber sido utilizada como instrumento de defensa de los derechos.

El gobierno provisional afgano demostró su compromiso con la igualdad de género ante las intensas presiones internacionales para mejorar la situación de las mujeres y ratificó inesperadamente la CEDAW el 5 de marzo de 2003.

La ratificación de la Convención por parte de Afganistán fue un hito importante para los derechos de las mujeres no solo en Afganistán, sino en todo el mundo musulmán.

Afganistán ha hecho historia al convertirse en el primer Estado musulmán en ratificar la Convención sin reservas. Al hacerlo, el Estado se comprometió a alcanzar los objetivos de la Convención incorporando los principios de igualdad entre hombres y mujeres en su sistema jurídico, aboliendo y sustituyendo todas las leyes discriminatorias y actos de discriminación contra las mujeres por parte de personas, organizaciones y empresas.

La ratificación de 2003 indujo a los activistas que defendían la protección de los derechos de la mujer a movilizarse incitando a incluir importantes garantías de los derechos de la mujer en la nueva Constitución afgana; sin embargo, en los meses anteriores a la *Loya Jirga* constitucional, muchos se opusieron organizando una clara campaña para desacreditar la Convención calificándola occidental, no islámica e incompatible con la cultura y la religión afgana.

Por último, la Constitución afgana de 2004 proclama la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley, dispone la interpretación y aplicación de la *Shari'a* por encima de las garantías constitucionales; Esto socava la fuerza de la cláusula de igualdad y todos los demás logros importantes de las activistas afganas y sus seguidores.

Lamentablemente, Afganistán aún no ha ratificado el Protocolo Facultativo a la CEDAW, a pesar de que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres ha recomendado en varias ocasiones su adhesión.¹⁶

De conformidad con los artículos 9, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Afganistán también debe garantizar un trato justo, interpretado como protección jurídica, a los acusados, a los supervivientes y a las víctimas. Por lo tanto, las mujeres deben ser tratadas con respeto y recibir protección antes, durante y después del proceso legal.

Como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Gobierno de Afganistán está obligado a prohibir la discriminación por razón de sexo, tal como se establece en el artículo 2 de dicho Pacto, y garantiza que todos los derechos sean disfrutados equitativamente por hombres y mujeres.

Es evidente que todos estos objetivos sólo pueden lograrse mediante la creación de marcos legislativos adecuados, sistemas judiciales y organismos policiales que ofrezcan un entorno seguro para las mujeres y para todas las personas que puedan ser consideradas víctimas.

Además, el Estado debe garantizar que los refugios y los servicios sanitarios físicos y psicológicos sean accesibles a todas las víctimas sometidas a cualquier forma de violencia.

El juez, habilitado por la Constitución y mediante el uso de fuentes internacionales, debe realizar una interpretación de la legislación interna de acuerdo con la disposición convencional.

En otras palabras, aunque la CEDAW u otras fuentes internacionales no pueden por sí solas constituir parámetro en el juicio de Constitucionalidad, bien pueden sin embargo “iluminar” la disposición Constitucional adecuada para declarar inconstitucional una ley discriminatoria o para rechazar una interpretación legislativa *contra mulierem*.¹⁷

Muy a menudo en los informes, redactados por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, se insta al Estado afgano a conferir prioridad a la movilización nacional y al

¹⁶ Sobre el tema véase: RAO y NEHRU (2016), pp. 49-64 y BOXER (2002), p.5.

¹⁷ D'USSEAUX y CECCHERINI (2021), pp.703-722. Sobre el tema véase, además: SCOTTI (2018).

apoyo internacional a las recomendaciones contenidas en las observaciones finales del Comité.

Se insta encarecidamente al Estado parte a que aplique sin demora los instrumentos adecuados para la consecución de los objetivos, estableciendo un mecanismo especial de coordinación con todas las instituciones estatales competentes a todos los niveles entre el Parlamento, el poder judicial y las partes interesadas, incluidas las entidades internacionales que apoyan la transición del Estado Parte a su transformación continua.

En los últimos veinte años, los notables avances en materia de derechos humanos han permitido al pueblo afgano participar de manera significativa en una sociedad que valora y defiende los derechos internacionalmente protegidos.

Sin embargo, en la actualidad, la adquisición del poder por parte de los talibanes ha suscitado enormes temores de un retorno a los modelos de comportamiento pasados, que implicarían, además de alimentar la desesperación entre muchos afganos, las violaciones y abusos de los derechos de la mujer cometidos por las partes en conflicto.

En declaraciones realizadas a partir de 2021, los talibanes han jurado respetar y proteger al Estado y a sus habitantes.

Los portavoces de los talibanes han asumido un compromiso específico de respetar el derecho de las mujeres al trabajo y el derecho de las niñas a asistir a la escuela, en línea con la interpretación talibán de la ley islámica. También afirmaron que respetarán los derechos de los miembros de las minorías étnicas y religiosas y que se abstendrán de tomar represalias contra aquellos que han trabajado con el gobierno o la comunidad internacional.¹⁸

Sin embargo, la realidad es que ya en 2021 se produjo un aumento de las víctimas civiles de casi el cincuenta por ciento en comparación con 2020, y esta cifra aumenta de año en año.

Se han producido graves represalias contra quienes, a lo largo de los años, apoyó al Gobierno y a la comunidad internacional, aquellos que han trabajado por los derechos humanos y la justicia o aquellos cuyos estilos de vida y opiniones son simplemente percibidos como contrarios a la ideología talibán.

Reina una atmósfera de gran preocupación y temor por las mujeres, los periodistas y la nueva generación de líderes de la sociedad civil que ha surgido en los últimos años.

Las diversas minorías étnicas y religiosas de Afganistán también están actualmente expuestas a la violencia y la represión, dados los modelos anteriores de graves abusos bajo el régimen talibán.

Las Naciones Unidas continúan a permanecer disponibles, a ofrecer ayuda a todos los que más lo necesitan, a apoyar los esfuerzos para restaurar la paz y la estabilidad y a apoyar los derechos y la dignidad de todos los afganos.

2. Las diferentes caras de la violencia de género.

Hablar de violencia o discriminación de género no significa referirse exclusivamente a un acto meramente físico. La violencia puede ocultarse en cualquier acto que implícitamente priva de la dignidad humana. Violenta puede ser cualquier tipo de conducta capaz de afectar no solo el cuerpo sino también la psique y la autoestima.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres (1993) define la violencia contra las mujeres “*cualquier acto de violencia de género que cause o pueda causar daños físicos, sexuales o psicológicos a las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, ya sea en la vida pública o privada*”.

Al aplicar esta definición, las Naciones Unidas identifican y reconocen algunas de las diferentes formas de violencia contra las mujeres, como la violencia infligida por los socios; las prácticas tradicionales perjudiciales, como la mutilación y el corte genital femenino; el infanticidio femenino y la selección sexual prenatal; el matrimonio precoz y forzado; la violencia relacionada con la dote; los crímenes contra las mujeres cometidos por “honor”; el maltrato de las viudas; el feminicidio; la violencia sexual por parte de los no socios; el acoso sexual y la violencia en el lugar de trabajo, en las instituciones educativas y en el deporte; la trata de mujeres y muchas otras.

Aunque no existe una definición tan clara dentro del ordenamiento jurídico afgano, las fuentes internas condenan todos los ejemplos e indicadores incluidos en esta definición.

¹⁸ FERGUSON (2022).

Sobre la base de todo lo expuesto, sería oportuno profundizar algunos de los aspectos más importantes del fenómeno de la violencia contra las mujeres en el contexto afgano.

2.1. *El sistema educativo y la educación.*

El sistema educativo tiene una importancia fundamental para el desarrollo del país, y especialmente para garantizar el derecho a la educación de todos los ciudadanos.

Con la toma del poder por los talibanes, en su momento, las mujeres fueron alejadas de cualquier actividad social y privadas del derecho a la educación. Todas las escuelas de niñas han sido cerradas y las mujeres oficialmente excluidas de la enseñanza.

Incluso después de la caída del primer régimen talibán, la calidad de la educación en las escuelas seguía siendo muy baja, y aunque la educación se consideraba igualmente importante para ambos sexos, las niñas nunca han tenido las mismas oportunidades de acceder a la educación.

A pesar de esto, muchísimas jóvenes se comprometieron cotidianamente en el estudio, ya que tienen la constante preocupación de interrumpir su formación por voluntad de los padres o de los hermanos en caso de bajo rendimiento.

El 67,2% de la población considera éticamente incorrecto que las niñas asistan a escuelas en las que, entre los profesores, hay hombres¹⁹. Sin embargo, muchos están cansados de someterse a un método educativo que recompensa sistemáticamente la obediencia en detrimento de la curiosidad y la creatividad.

El porcentaje de alfabetización entre las niñas, hasta 2019, no superaba el 7%; pero siempre han existido zonas donde el acceso a la educación, al trabajo y a la vida social de las mujeres está completamente bloqueado. En el informe “*Education under attack 2014 de la Coalición Global para la Protección de la Educación contra el Ataque*”²⁰ se analizan las amenazas y los ataques contra estudiantes, profesores y otras personas que trabajan en el contexto de la educación, así como contra las escuelas, universidades e instituciones educativas.

Estos ataques pueden ser perpetrados por motivos políticos, ideológicos, étnicos o religiosos, pero el resultado común es privar a las personas de su derecho fundamental e inalienable al estudio, consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el ordenamiento jurídico interno de Afganistán es precisamente la Carta Constitucional la que concede especial importancia a la cuestión de la educación y a la necesidad de reconocer este derecho fundamental a todos, sin distinción alguna.

El artículo 17 de la Constitución afgana establece: «*El Estado adoptará las medidas necesarias para promover la educación a todos los niveles [...]*». La educación resulta ser un valor fundamental para su realización con vistas a una vida digna.

El artículo 43 dice: «*La educación es un derecho de todos los ciudadanos de Afganistán, que el Estado debe proporcionar gratuitamente hasta que se gradúe. El Estado tiene el deber de formular y promover programas eficaces para la difusión equilibrada de la educación en todo el territorio de Afganistán y proporcionar educación obligatoria hasta un nivel promedio. El Estado también debe garantizar la enseñanza de las otras lenguas locales en las zonas donde se hablan.*»

Sin embargo, a pesar de lo dispuesto en la carta constitucional, a partir de agosto de 2021, tras la recuperación del poder por parte de los talibanes, la situación parece haber vuelto a ser como en el pasado. Suhail Shaheen, portavoz del gobierno talibán, declaró unos días después de la toma de Kabul: «*Creemos en la libertad de expresión, en el derecho a la educación y al trabajo y en el hecho de que todos deberían ser iguales ante la ley, sin discriminación.*»

No obstante, en los meses siguientes, los talibanes difundieron reglas más específicas sobre la educación de las mujeres, y comenzaron las primeras violaciones del derecho al estudio.

¹⁹ CHIAVARINO (2013), pp. 1-12.

²⁰ La Coalición Global para la Protección de la Educación contra el Ataque es una coalición interinstitucional formada en 2010 por organizaciones que trabajan en el ámbito de la protección de los derechos humanos y la educación en situaciones de emergencia y conflictos. La iniciativa nació de la preocupación por los continuos ataques a instituciones educativas, estudiantes y trabajadores en numerosos países del mundo.

La coalición incluye organizaciones como: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Save the Children, Human Rights Watch, el Council for Assisting Refugee Academics (CARA), Protect Education in Insecurity and Conflict (PEIC) y el Scholars at Risk Network.

El sábado 18 de septiembre de 2021 cuando, según el calendario escolar, volvieron a abrir las escuelas, a las niñas afganas se les dio acceso a escuelas primarias, reservadas para estudiantes de 6 a 12 años, pero se han impuesto varias restricciones: las aulas deben estar separadas por sexo, con profesoras para niñas, que es una condición difícil de cumplir debido a la falta de personal femenino; se exige el uso del velo integral o del *burqa*, junto a uniformes estrictos; se han eliminado materias consideradas “occidentales” o contrarias a la interpretación extremista de la *Shari'a* y todas las niñas necesitan un pariente hombre (*mabram*) para desplazarse, impidiendo el acceso especialmente en zonas rurales.

Siempre a mediados de septiembre 2021 los Talibanes se pronunciaron además sobre el derecho al estudio universitario, diciendo que las mujeres podrían seguir estudiando a la universidad, pero en cursos reservados solo para mujeres e impartidos por profesoras, cuyos contenidos, de todos modos, debería ser revisado. Los talibanes también dijeron que las mujeres afganas que iban a la universidad deberían cubrirse la cabeza. No estaba al principio claro si se referían al hijab, que no cubre la cara, o a cobertura más completa.²¹

Entre finales de enero y principios de febrero de 2022, algunas universidades públicas en las provincias de Laghman, Nangarhar, Kandahar, Nimroz, Farah y Helmand han reabierto permitiendo la participación de las mujeres, en aulas separadas de las de los hombres.

No obstante, en diciembre de 2022, se emitió una prohibición oficial de asistencia a los cursos universitarios tanto públicos como privados para las mujeres. Las matriculadas en cursos universitarios han sido expulsadas y los cursos con profesoras han sido interrumpidos.

En 2023, los talibanes prohibieron también la educación a distancia y online para mujeres.

En diciembre de 2024, se vetó la formación de enfermeras y comadronas, perjudicando la salud materna y neonatal.

También las alumnas que deberían asistir a la escuela secundaria, es decir, las niñas de entre 12 y 17 años, no han vuelto a sus clases.

Los talibanes han establecido una prohibición solo implícita, que ha sido suficiente para anular completamente la frecuencia. El gobierno emitió una ordenanza que preveía el regreso a la escuela secundaria para los estudiantes y profesores varones, sin mencionar a las mujeres.

Oficialmente, los talibanes habían afirmado que las escuelas secundarias, para niñas de 12 años en adelante, reabrirían una vez “garantizadas condiciones islámicas adecuadas”, pero todavía nunca se ha adoptado ninguna medida concreta para hacerlo.

Cuando gobernaron la mayor parte de Afganistán a finales de 1990, los talibanes actuaban exactamente como lo hacen hoy en día, por inferencia, intimidación, violencia y, si es necesario, asesinato.

La directora de la escuela de Sayed Ul-Shuhada, destruida en parte en mayo 2021 por una explosión causada por un coche bomba que causó la muerte de 90 personas, entre ellas muchos adolescentes, desearía conocer los detalles del plan de los talibanes para la educación de las niñas. Pero esto no le fue permitido ya que para las mujeres estaba prohibido asistir a las reuniones semanales del comité escolar, ya que éste está constituido exclusivamente por hombres.²²

Desde 2021, se han promulgado 12 decretos para limitar la educación de las mujeres y casi 18 para limitar su libertad de movimiento.

En 2023 el Afganistán se confirmó un país donde las mujeres y los adolescentes no tienen acceso a la educación, el empleo y la libertad de movimiento.

Los índices internacionales también confirmaron una imagen de fuerte disminución en los derechos.

Según el “*Global Gender Gap Report 2023*”, que compara el estado actual y la evolución de la paridad de género a nivel internacional, el Afganistán se encuentra en la parte inferior de la clasificación con una puntuación general del 40,5%.

Es el último de los 146 países, ganando la reputación de peor país del mundo en términos de igualdad de género; tiene el rendimiento más bajo en todos los subíndices, excepto en salud y supervivencia, donde se sitúa en el 141º lugar, y es el único cuya puntuación de paridad de género en la educación es inferior al 50% (48,2%).²³

Actualmente la educación de las mujeres mayores de 12 años está totalmente suspendida, las mujeres no pueden trabajar en lugares públicos y privados, no pueden viajar en automóvil o avión y no pueden visitar lugares públicos (parques, gimnasios, baños) si no van acompañadas

²¹ IL POST (2021).

²² PANZA (2021).

²³ UBBIALI (2023).

de un familiar masculino.²⁴

Según datos de la UNESCO de agosto 2024, 1,4 millones de niñas han sido directamente afectadas por estas prohibiciones, cifra que refleja un incremento de 300 000 en tan sólo un año.²⁵

En marzo de 2025, la Misión de Asistencia de la ONU en Afganistán (UNAMA) reiteró su “profunda decepción” por el cuarto año consecutivo de cierre de escuelas secundarias para niñas, indicando que la cifra de niñas excluidas ascendió a 2,2 millones.²⁶

A pesar de todo, muchas mujeres valientemente se han organizado clandestinamente resistiendo a las prohibiciones impuestas y encontrando soluciones alternativas.

Pashtana Durrani fundó el “LEARN Afganistán”, una red de escuelas digitales en el país que ofrece clases en línea (aunque solo el 6 % de las mujeres tienen acceso a internet) y dirige escuelas clandestinas en seis provincias, educando a unas 700 niñas.

Meetra Alokozay es directora ejecutiva de “Sahar Education”, una organización sin fines de lucro que trabaja para empoderar a las mujeres en Afganistán.²⁷

Muchas chicas que quieren seguir estudiando han creado grupos de resistencia, encontrándose en casas con otras estudiantes tratando de aprender la una de la otra para seguir educándose incluso sin un lugar adecuado.

Están encerradas en habitaciones con puertas y rejas cerradas para que nadie pueda oír las desde fuera y siempre mantienen las cortinas bajadas para que el aula no sea visible desde el exterior.

El mismo espíritu de rebelión nació en 1996 cuando las niñas daban clases gracias a la valentía de algunas mujeres como Shukriya Barakzai, que en 1999, después de haber sido golpeada por salir de casa para ir a ver a un médico con su hija vestida de varón, decidió convertirse en activista y luego dedicarse a la política. Comenzó a organizar clases clandestinas para niñas afganas en el edificio en el que vivía y luego se convirtió en una conocida periodista que también fue elegida en el parlamento afgano.

Dado que a las mujeres les estaba prácticamente prohibido estudiar, muchas ex maestras organizaban escuelas autogestionadas, dispuestas precariamente en sótanos de edificios, o en casas privadas. Las clases se programaban a diferentes horas, para evitar sospechar de la policía talibán y los libros se empaquetaban para que parecieran paquetes de comestibles. Cuando de repente los talibanes irrumpieron, comenzaron a rezar en el coro, fingiendo recitar el Corán.

En efecto, la posibilidad de impartir clases en casa sería de gran ayuda para las estudiantes, sobre todo para las niñas. Se reduciría así la inseguridad inherente al cumplimiento del camino hacia la escuela, imputable tanto a la eventualidad de que se produzcan incidentes relacionados con el conflicto, como al peligro de sufrir acoso o abusos.

Otros objetivos fundamentales para garantizar el derecho a la educación de las niñas y niñas afganas podrían ser el uso de estructuras educativas femeninas que cumplan las normas mínimas de seguridad y salud, como tener baños y agua potable y más profesoras.

2.2.

El matrimonio forzado y el suicidio.

La familia es seguramente el aspecto más importante de la vida en Afganistán.

Se supone que una relación conduce inevitablemente al matrimonio. En la mayoría de los casos, esta institución tiene la finalidad de fusionar dos familias diferentes o remediar una disputa. Casi nunca se trata de atracción o sentimientos entre los futuros cónyuges.

Cuando dos familias establecen una unión, en cada reunión que tiene lugar antes del matrimonio deben estar presentes los miembros de sus familias. Es casi imposible que la futura pareja tenga la oportunidad de pasar tiempo en soledad para conocerse mejor antes de la ceremonia.

Paradójicamente, incluso la endogamia, es decir, la elección del cónyuge dentro del mismo grupo, es muy común en las periferias afganas. Sin embargo, esto no representa una obligación, es absolutamente posible predeterminar la relación con sujetos externos a la propia tribu/clan.

²⁴ MILAN (2024).

²⁵ UNESCO (2024).

²⁶ UNICEF (2025).

²⁷ HOMA (2024).

Las familias afganas son generalmente grandes y multigeneracionales. Es costumbre que las mujeres se muden con la familia del esposo en el momento del matrimonio.

Debido a la falta de disponibilidad económica, es raro que las parejas recién casadas se muden a su propia casa. Por esta razón, el tamaño promedio de una familia en Afganistán es de aproximadamente siete/ocho personas. Los hijos casados normalmente viven con su esposa e hijos en la casa de su padre y madre, junto con sus hermanas solteras.

Así que es posible que tres o cuatro generaciones vivan bajo el mismo techo y es obvio que todas las mujeres trabajen juntas para manejar los asuntos domésticos y los niños.

En esta dinámica ampliada, el hombre mayor desempeña el papel más autoritario, pero en general todas las decisiones relevantes deben ser aprobadas por los hombres del hogar.

En efecto, son exclusivamente los hombres los que llevan el peso económico de la familia, los que deben proteger el honor y responder a cualquier comportamiento incorrecto.

En Afganistán, la poligamia es legal siempre que el hombre demuestre que puede apoyar económicamente a todas las esposas.

El Código Civil afgano, en los artículos 86 y 89 confirma la validez de la poligamia, pero la condiciona a varios factores como la existencia de una razón legítima y el consentimiento de la esposa.

En concreto, el artículo 86 del Código Civil afgano dice: “*La poligamia puede producirse cuando se cumplen las siguientes condiciones:*

1. *cuando no exista temor alguno de que las esposas reciban un trato desigual;*
2. *cuando el marido tenga medios financieros suficientes para mantener a todas sus esposas. Esto incluye alimentos, ropa, alojamiento y atención médica adecuada;*
3. *cuando exista una razón legítima, como por la posibilidad de que la primera mujer no pueda concebir hijos o padezca una enfermedad grave.”*

Para un matrimonio polígamo no es necesario un permiso judicial o cumplir con formalidades específicas, siempre que se respeten las condiciones antes mencionadas.

Si el marido no las respeta, las esposas podrán recurrir al *darar*, es decir, al divorcio judicial sobre la base del daño causado.

De acuerdo con la CEDAW, el matrimonio polígamo viola el derecho de la mujer a la igualdad con los hombres, y puede tener consecuencias emocionales y financieras tan graves para la mujer y para los familiares a su cargo que tales matrimonios deberían desalentarse y prohibirse.

Afortunadamente, esta práctica es poco habitual hoy en día en Afganistán. Por lo general, ocurre cuando el hermano de un hombre muere y la viuda no tiene a nadie que la sostenga. En ese caso, su cuñado tiene el deber de casarse con ella.

La comunidad internacional siempre ha reconocido el fenómeno del matrimonio forzado como un problema gravísimo.²⁸ En muchísimos países del mundo, entre ellos Afganistán, está permitido dar en matrimonio a una joven para finalidades específicas como la promoción social, la ganancia de sumas indigentes, el acompañamiento de familias potentes (*badalè*) y otras innumerables razones.

El matrimonio forzoso no es solo una violación de los derechos humanos que involucra exclusivamente a mujeres jóvenes, a menudo incluso mujeres adultas solteras o viudas se ven obligadas a contraer matrimonio contra su voluntad. Pero está claro que ejercer violencia o intimidación para empujar a la unión es más fácil en los casos en que la víctima es un menor.

Un matrimonio infantil es, por definición, un matrimonio forzado, ya que un niño no puede ser considerado en ningún caso libremente consiente a la unión conyugal.

A lo largo de los años, las Naciones Unidas han intentado abordar estas prácticas tradicionales que son especialmente perjudiciales para las mujeres. Sin embargo, las acciones concretas para erradicar esta práctica han ganado impulso real desde la década de 1990, coincidiendo con la atención prestada a la salud reproductiva de los adolescentes en la Conferencia Internacional del Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994 y la afirmación de los derechos humanos de la mujer en la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995.

La pandemia de COVID-19 y la crisis sucesiva han agravado aún más la situación para las familias. En 2020, casi la mitad de la población de Afganistán era tan pobre que no tenía

²⁸ Sobre el tema de los matrimonios forzados véase: CUADRADO RUIZ (2017), pp. 494-511 y CUADRADO RUIZ (2018), pp. 41-62.

bienes de primera necesidad como alimentos básicos o agua limpia.²⁹

La desastrosa situación económica en Afganistán está empujando a más y más familias a la pobreza y esto es a menudo lo que las obliga a tomar decisiones desesperadas, como hacer que los niños trabajen y casar a las niñas a una edad temprana. Dado que a la mayoría de las niñas no se les permite volver a la escuela, el riesgo de matrimonios precoces ahora es aún mayor.

Según el artículo 70 del Código Civil de Afganistán, la edad legal para contraer matrimonio es de dieciocho años para un chico y 16 para una chica. De conformidad con el artículo 71.1, si la niña aún no ha cumplido los 16 años, su matrimonio solo puede tener lugar si el padre da su consentimiento o sobre el asunto decide directamente el tribunal competente.

El artículo 71.2 declara inadmisibles los matrimonios de menos de quince años.

El Afganistán, como país fuertemente islámico, de conformidad con el ordenamiento jurídico y profesado por la *Shari'a*, prohíbe absolutamente las relaciones sexuales con niños; dichas relaciones se considerarán en todo caso lícitas exclusivamente dentro del vínculo matrimonial.

Concretamente, el artículo 426 del Código Penal afgano condena hasta diez años de prisión a los que abusan sexualmente de los niños y el artículo 427 del Código Penal afgano castiga con la reclusión a largo plazo las relaciones sexuales fuera del matrimonio y el adulterio.

En ninguna parte el Código afgano menciona, como consecuencia de estos crímenes, el castigo previsto por la *Shari'a* del *Hudud*.

Lamentablemente, el 24 de marzo de 2024, el líder supremo de los talibanes, Hibatullah Akhundzada, anunció que la organización fundamentalista comenzará a hacer cumplir su interpretación de la ley de la *Shari'a* en Afganistán, reintroduciendo la flagelación pública y la lapidación de las mujeres por adulterio: *“esta guerra no termina aquí. Nuestro objetivo es establecer la religión de ala e implementar la Shari'a en esta tierra. Nuestro camino no ha terminado con el mero control de Kabul y las provincias. No, ese no es nuestro objetivo. Ahora aplicaríamos la Shari'a en la práctica. Estamos implementando el Hudud de ala (los castigos ordenados por Dios). Vamos a implementar públicamente el Rajm (lapidación) de las mujeres por adulterio. Todas esas acciones entran en conflicto con vuestra idea de democracia, y ustedes estarán luchando contra cada una de ellas. Así como usted afirma respetar los derechos humanos, así soy yo. Yo represento a ala, pero usted representa a Satanás. Al final el partido de ala prevalecerá.”*³⁰

Paradójicamente, el artículo 517 del Código Penal afgano establece que *“quien da en matrimonio a una viuda o a una joven menor de 18 años contra su voluntad o sin su consentimiento debe ser castigado con un breve período de prisión”*. El apartado 2 de dicho artículo especifica que si

esto ocurre con el fin de compensar un acto incorrecto (*baad*)³¹, el acusado debe ser condenado a dos años de prisión.

En la cultura *Pashtun*, el *badal* es un matrimonio basado en el intercambio, en el que dos familias se ponen de acuerdo para dar en matrimonio una hija a un hombre del otro grupo, compensando así los costes de la dote. El *baad* es en cambio un matrimonio compensatorio, en el sentido de que la joven de una familia se entrega a la otra para reparar una injusticia. Aunque el *baad* está prohibido por la ley, no hay noticias de personas denunciadas o de juicios instruidos para condenar esta práctica.³²

De conformidad con el art. 16 de la CEDAW, los Estados parte, incluido Afganistán, deberían tomar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y las relaciones familiares. En particular, garantizando: a) el mismo derecho a contraer matrimonio; b) el mismo derecho a elegir libremente a su cónyuge y a contraer matrimonio únicamente con libre y pleno consentimiento; c) los mismos derechos y responsabilidades en el marco del matrimonio y en el momento de su disolución; d) los mismos derechos y las mismas responsabilidades como padres, independientemente de la situación matrimonial, en las cuestiones relativas a los hijos; e) los mismos derechos a decidir libremente, con conocimiento de causa, el número y el intervalo de nacimientos; f) los mismos derechos y responsabilidades en materia de tutela, asistencia, custodia y adopción de menores; o establecimientos similares cuando existan en la legislación nacional. En cualquier caso, el interés de los niños será la consideración primordial; g) los mismos derechos personales al marido y a la mujer, incluida la elección del apellido, de una

²⁹ FORE (2021).

³⁰ AFGHAN WITNESS (2024).

³¹ Se trata de la práctica tradicional *Pashtun* de conceder/vender mujeres jóvenes a través del matrimonio con el fin de resolver las disputas entre las familias.

³² SERAFINI (2022).

profesión o de un empleo; h) los mismos derechos a ambos cónyuges en materia de propiedad, de adquisición, gestión, administración, disfrute.

Los compromisos y matrimonios de niños carecen de efecto jurídico y se toman todas las medidas necesarias, incluidas las disposiciones legales, para especificar una edad mínima para el matrimonio y para hacer obligatorio el registro de los matrimonios en un registro oficial.

Otras fuentes internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que Afganistán se ha adherido, también conceden gran importancia a la familia y a la posición de la mujer dentro de ella.

A pesar de todo lo dicho y de las protecciones normativas antes mencionadas, en la gran mayoría de los casos, el matrimonio forzado induce al suicidio.³³

La mayoría de las muertes se registran como simples accidentes domésticos, ya que, para las familias de las mujeres jóvenes, el suicidio es una vergüenza.

Durante el primer régimen talibán, los padres de las jóvenes que habían intentado suicidarse fueron encarcelados. El Islam y la *Shari'a* consideran el suicidio como una aberración, un insulto a Dios.

Así que, incluso hoy en día, las muertes siguen ocultas por vergüenza.

En el “*National Library of Medicine*” se cuentan muchos episodios desesperados de suicidio, como la historia de Fariba, una joven afgana de la provincia de Kapisa. El prometido de Fariba, Mujahid, había regresado a Afganistán después de un período de trabajo en Irán como drogadicto y Fariba, que al principio no se opuso a la unión organizada por las familias, ya no estaba muy convencida de su elección. A pesar de sus dudas, la familia obligó a Fariba a casarse con Mujahid, y ella, con solo 18 años, se suicidó en 2007.

No hay que cometer el error de pensar que solo las mujeres pueden ser víctimas del fenómeno del matrimonio forzado. Saxby Pridmore y Garry Walter, en su trabajo “*Suicide and Forced Marriage*” no tratan solo el triste caso de Fariba. También en el contexto afgano el pobre Kahn a los veintidós años prefirió la auto-inmolación antes que mantener una vida conyugal con una mujer de treinta y siete años.

La práctica de la auto-inmolación, es decir el acto de quemarse a la muerte, resultó en un fenómeno en crecimiento a un ritmo notable y constante. En 2004, en respuesta a un aparente aumento de los casos de auto inmolación en el país, el gobierno afgano, la Afganistán Independent Human Rights Commission (AIHRC) y la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán llevó a cabo revisiones separadas de los casos detectados para tratar de determinar por qué se estaba produciendo la práctica. Los investigadores informaron que los matrimonios forzados e infantiles, así como la violencia perpetrada por esposos, suegros y otras esposas de los esposos, eran precursores comunes de actos de autoinmolación. Datos más recientes destacan la omnipresencia de la práctica: el AIHRC y el Ministerio de Asuntos Femeninos afganos informan de la identificación de 106 casos de auto-inmolación en 2006.³⁴

Desde abril de 2022, han seguido 11 denuncias de suicidios relacionados con matrimonios forzados de niñas menores de edad. El 20 de enero de 2024, Zan TV publicó en X (anteriormente Twitter): “*Fuentes locales en la provincia de Baghlan dicen que una niña en el distrito de Deb Salab de la provincia se suicidó debido al matrimonio forzado.*” La víctima tenía 17 años y había estado casada con un hombre de 37 años cuatro meses antes. Se informó además de que anteriormente había hecho varios intentos fallidos en su vida, después del matrimonio.

Dos semanas después, el 2 de febrero de 2024, un periodista local en Faryab publicó sobre el suicidio de otra chica de 17 años en Facebook. Según Rokhshana Media, que también informó sobre el incidente, esta niña se suicidó después de oponerse firmemente a un matrimonio que su padre aprobó.

También se ha observado una tendencia reciente en las denuncias de suicidios femeninos relacionados con la violencia de los talibanes, a raíz de detenciones y encarcelamientos.

El 28 de enero de 2024 varias cuentas de medios sociales compartieron imágenes de mujeres que habían sido liberadas de las prisiones talibanes con signos de tortura.

Lo que es cierto es que el fenómeno de los matrimonios precoces y forzados contribuye a destruir las oportunidades sociales y educativas de las niñas afganas.

Como se señaló anteriormente, la mayoría de las veces el matrimonio no representa en absoluto una elección de amor que traiga felicidad a la vida de una mujer joven. Estas chicas se

³³ PRIDMORE y WALTER (2013), pp. 47-51.

³⁴ RAJ *et al* (2008), pp. 2201-2203.

encuentran catapultadas en la dimensión conyugal con hombres mucho más grandes y deben asumir la responsabilidad de la familia, del hogar. Deben desempeñar el papel de la esposa perfecta, obediente al esposo y temerosa de Dios.

Incluso vivir la intimidad en un contexto forzado puede considerarse una verdadera pesadilla. No solo por una cuestión de diferencia de edad, sino porque a menudo el hombre exige que la joven se someta a los deseos sexuales de su marido, legitimando así la “violación conyugal”.

Muchas son demasiado jóvenes para poder consentir el sexo y se enfrentan a complicaciones durísimas durante el parto debido a sus cuerpos no desarrollados. Las tasas de mortalidad relacionadas con el embarazo de las niñas de 15 a 19 años son más del doble de la tasa de las mujeres de 20 a 24 años.

Como se desprende claramente del informe de 21 de diciembre de 2011 del Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, un medio eficaz de prevención de los matrimonios forzados podría ser el registro formal del matrimonio.

El Código Civil afgano regula en detalle esta formalidad obligatoria en sus artículos 46 y 51, pero debido a las cargas que hay que soportar y al complejo procedimiento en realidad casi nadie procede a un registro concreto.

En ciertos aspectos, el suicidio puede parecer el único camino posible, sobre todo si se considera la separación o el divorcio como una frontera infranqueable.

El divorcio está contemplado en los textos sagrados, siempre que sea la última solución para la pareja: se intenta en todos los sentidos salvaguardar el matrimonio por el bien de los cónyuges y de los hijos, solo cuando no hay alternativa se admite la separación.

Hasta la introducción del Código Civil afgano de 1977, el divorcio en Afganistán estaba regulado exclusivamente por la *Shari'a*. La única decisión estatutaria en la materia fue la ley sobre el matrimonio de 1971, incorporada en una breve sección (compuesta por seis artículos) que en cualquier caso remitía a la interpretación de la ley islámica. El Código Civil afgano es, pues, el primer intento real de codificación de la disciplina del divorcio, aunque también se adoptó la *Shari'a* como fuente suplementaria, previendo que en ausencia de orientaciones predominantes, el juez pueda dictar su decisión de acuerdo con los principios fundamentales del Islam.³⁵

Hasta el 2021, gracias a una reevaluación de los textos sagrados, se había establecido que también el hombre debería recurrir a un tribunal para obtener la separación.

Sin embargo, entre los estereotipos y la dificultad de encontrar un abogado, la corrupción, la misoginia de los tribunales y la tasa de alfabetización femenina, el divorcio siempre ha sido una meta muy difícil de conseguir para las mujeres, pero desde la restauración del Emirato Islámico se ha vuelto casi imposible. Con las nuevas autoridades, la *Shari'a* es la única ley aplicable y muchas de las disposiciones legales que permitían a las mujeres divorciarse ya no existen.

Las pocas mujeres afganas que en el tiempo han encontrado la fuerza para empezar una nueva vida se convierten en ejemplos para todas las demás mujeres, demostrando que un matrimonio infeliz o violento no tiene por qué ser necesariamente una condena a cadena perpetua, ni la razón por la que renunciar a ella con un gesto extremo e irremediable.

2.3.

El problema de la nacionalidad y el fenómeno de los “bacha poch”.

Afganistán, a pesar de su herencia cultural patriarcal, con el tiempo comenzó a abrirse a la modernidad favoreciendo también el derecho de voto y la participación de las mujeres afganas en la vida política y social.

De conformidad con el artículo 53 de la Constitución afgana “*La familia es el pilar fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado. El Estado debe tomar las medidas necesarias para lograr la salud física y espiritual de la familia, en particular del niño y de la madre, la educación de los niños, así como la eliminación de las correspondientes tradiciones contrarias a los principios de la sagrada religión del Islam.*”

Con el primer ascenso al poder de los talibanes y la consiguiente imposición de la *Shari'a* se prohibió a las mujeres “existir”. No solo fueron despojadas de su rostro, escondidas tras el burka o los vidrios tintados de las casas, fueron privadas de su identidad personal.

³⁵ HASHIM KAMALI (1985), pp. 158-199.

No solo de acuerdo con la *Shari'a* sino también sobre la base de las lógicas tribales del *Pashtunwali*, el cuerpo de una mujer pertenece a un hombre. Y con él también su rostro y el nombre que lo identifica. Para un hombre, especialmente si *Pashtun*, el nombre de su madre, hermana y esposa es sagrado, como sagrado es su velo, símbolo de su honor.

La pérdida de la identidad personal femenina comenzó en 1996. Comenzaron a desaparecer los nombres en el documento nacional de identidad en el que en cambio se comenzó a escribir el nombre del padre, del hermano o del marido con la respectiva mención “hija de...”; “hermana de...”; “esposa de...”. Las mujeres ya no aparecían en las lápidas, en los anuncios fúnebres, en las tarjetas de invitación para bodas. Se empezaron a utilizar diferentes apelativos tanto en casa como en público, como *Hamshira* (ordeñadora), *ajeza* (indefensa), *zaifa* (débil), *ayal* o *koch* (familia), *kampir* (anciana).

Jurídicamente hablando, el reconocimiento de la propia identidad y de la ciudadanía son aspectos esenciales para la plena participación en la sociedad. En general, los Estados otorgan la ciudadanía a quienes han nacido en su territorio. La ciudadanía también puede adquirirse por motivos de residencia o concederse por razones humanitarias, como en el caso de los apátridas. Las mujeres que no tienen la nacionalidad se ven privadas del derecho a votar o a presentarse como candidatas a cargos públicos y se les puede negar el acceso a los subsidios públicos y la elección de su residencia. Una mujer adulta debería poder cambiar de nacionalidad y no debería ser arbitrariamente reconocida o revocada.

De conformidad con el artículo 9 de la CEDAW, los Estados deben conceder a las mujeres los mismos derechos que a los hombres en materia de adquisición, cambio y conservación de la ciudadanía. En particular, garantizan que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio pueda afectar automáticamente a la ciudadanía de la esposa, ya sea haciéndola apátrida o transmitiéndole la ciudadanía del marido.

El derecho de los hijos a un nombre, la adquisición de la ciudadanía al nacer y el derecho a conocer a los padres están expresamente previstos en las leyes de Afganistán.

El artículo 31 de la Ley de Registro de Nacimientos establece la obligación de registro para todos los afganos, incluidos los que viven en el extranjero. Todos los afganos están obligados a registrar a sus hijos en el plazo máximo de un año desde su nacimiento, en el lugar más cercano a su

residencia. Los certificados de nacimiento deben ser expedidos por centros de registro especializados. El artículo 18 de dicha Ley dispone una serie de elementos que, en el momento del registro, deben especificarse, entre otros, el nombre, el apellido, el nombre del padre y del abuelo, el lugar de nacimiento, la fecha de nacimiento, la religión, el grupo étnico; el género; las características distintivas; la residencia permanente y actual. Por último, debe adjuntarse una fotografía y una huella dactilar. Independientemente de que el niño nazca en territorio afgano o no, si los padres tienen la nacionalidad afgana, el niño recibe automáticamente la nacionalidad afgana en el momento del nacimiento.

En 2017, un grupo de activistas afganos comenzó a reclamar el derecho a tener un reconocimiento de identidad en los documentos personales. El lanzamiento en las redes sociales del hashtag #whereismyname ha tenido un gran éxito, tanto que en 2020 el gobierno afgano ha dispuesto la modificación de los registros civiles, para incluir el nombre de las mujeres en sus documentos de identidad y en los documentos de los hijos. El nombre de la madre se inserta en el momento del registro, para que los niños nacidos fuera del matrimonio puedan ser justamente registrados.³⁶

Una victoria civil significativa en un país donde las mujeres tienen desde siempre pocos derechos y su libertad está continuamente limitada y amenazada.

Al registrarse, se emite un documento oficial para los ciudadanos de la República Islámica de Afganistán. O al menos eso era lo que ocurría antes de que los talibanes recuperaran el poder proclamando a Afganistán un emirato islámico independiente en 2021.

Siempre en el tema de la identidad merece particular mención el fenómeno del “*Bacha poch*”, que significa literalmente “vestida de niño”.³⁷

Las familias sin hijos y sin descendencia tienen derecho a disfrazar a una de sus hijas de hombre para salvar el honor y alejar la mala suerte de los hijos futuros, con la esperanza de concebir varones. Teniendo en cuenta que una mujer no puede aparecer en público sola, no

³⁶ HOSEINY (2020).

³⁷ Es una expresión del *dari*, la lengua de Kabul.

puede trabajar o cuidar a los animales, es muy conveniente para las familias disfrazar a sus hijas hembras de hombres. Así que pueden contribuir y ayudar a su familia yendo de compras, acompañando a su madre y hermanas como *mahram*, trabajando la tierra y haciendo todo lo que solo el hombre tiene el deber y el derecho de hacer.

Paradójicamente todos conocen el verdadero género de esa persona, pero como está vestida de macho el honor está a salvo y todos están contentos.

Por lo tanto, incluso hoy en día, hay varias zonas de Afganistán donde la práctica del *Bacha poch* es particularmente frecuente, y para la cultura local no hay nada extraño en declarar y hacer parecer que una hembra es en realidad un varón. La diferencia con el pasado es que cuando las niñas alcanzan los diez años, deben volver a su apariencia real, dejando definitivamente la ropa masculina. A partir de los diez años, para evitar cualquier forma de deshonor, los hombres y las mujeres ya no pueden mezclarse entre sí, y las niñas deben abrazar definitivamente su destino: las paredes de la casa. Aprenden a coser, cuidan a los más pequeños, ayudan a la madre. A esta edad, las otras chicas se velan, renuncian poco a poco a la *shalwar kameez* y a la libertad que les da. Abandonan los prados y los juegos para entrar en lo que, a partir de ese momento, será para siempre su vida.

A los doce años llevan burka y nunca salen de casa sin la presencia de un hombre.

Esto a menudo pone en gran dificultad a las jóvenes ya acostumbradas a las libertades típicas de un hombre, obligadas a readaptarse a una identidad femenina y a todas las coacciones vinculadas a ella. No solo eso, también es psicológicamente muy complejo para una persona que ahora se autoidentifica como hombre, convertir sus creencias de género para cubrir las vestiduras de una mujer.³⁸

Los casos en que las familias inducen a las niñas a hacerse pasar por hombres jóvenes con fines lucrativos que pueden facilitar la dinámica familiar, no deben ser confundidos con todos los casos en que las mujeres se ven obligadas a fingir de ser hombres para salvar su vida o la de sus seres queridos.

De hecho, hay excepciones en las que las mujeres se rebelan y continúan vistiendo y actuando como hombres para siempre. Los habitantes del pueblo llaman a estas mujeres *bakri*, una palabra que indica a las mujeres sin deseo, las que renuncian al matrimonio para permanecer al lado de sus padres.³⁹

3.

Conclusión.

En resumen, para aclarar los problemas que caracterizan el *corpus iuris* afgano, el Estado en teoría tiene la obligación de elaborar un sistema jurídico que sea aceptable para todos los grupos del país, independientemente de la pertenencia religiosa o tradicionalista.

Sin embargo, la formalización de un sistema informal presenta una serie de obstáculos: en primer lugar, el derecho consuetudinario no es un conjunto único de normas que pueden recopilarse y codificarse para su simple aplicación, sino que abarca un conjunto de principios y normas adaptados a contextos específicos; en segundo lugar, la *Shari'a* escapa a los mecanismos de control del Estado de Derecho en términos de seguridad jurídica, aplicación uniforme de la ley, supervisión y control por parte de órganos jurisdiccionales imparciales e independientes.

El modo en que se interpreta la *Shari'a* hace, pues, la diferencia con las consecuencias sancionadoras de determinados comportamientos, pero no elimina en su origen las razones de discriminación y los obstáculos ideológicos que se oponen al logro de una verdadera igualdad de género.

Por cierto, si en los últimos 20 años se ha logrado algún progreso, la pérdida de control sobre el territorio afgano por parte de los países occidentales despierta gran alarma para el universo femenino.

La retirada del Occidente laico y liberal de Afganistán y la restauración del Emirato Islámico han abierto escenarios preocupantes para el destino del pueblo afgano y, en particular, el de las mujeres. Después de la toma de Kabul el 15 de agosto 2021, el portavoz de los talibanes prometió respeto por los derechos de las mujeres, según los principios y fundamentos de la *Shari'a*.

³⁸ CORBOZ *et al* (2020), pp.585-598.

³⁹ MANOORI y LEBRUN (2022).

El nudo jurídico de la cuestión se encuentra precisamente en la afirmación del portavoz de los talibanes que sitúa el respeto de los derechos de las mujeres, pero solo en el marco de la *Shari'a*.

El 18 de agosto de 2021, el Consejo de la Unión publicó una declaración conjunta firmada por todos los países occidentales, en la que reiteraba la importancia de hacer hincapié en los derechos de las mujeres afganas, pidiendo protección a los que ocupan posiciones de poder en el país reconquistado por los talibanes. “*Las mujeres y niñas afganas, como todos los ciudadanos afganos, tienen derecho a vivir con seguridad y dignidad. Debe evitarse cualquier forma de discriminación y abuso.*”

En la comunidad internacional estamos dispuestos a prestarles ayuda en forma de ayuda humanitaria y apoyo, para garantizar que se escuche su voz”.⁴⁰

Mientras tanto, no podemos permitirnos mirar hacia el otro lado.

Tal vez un día ya no usarán el burka y no serán lapidadas, tal vez no las cortarán la mano si usan esmalte, pero conservarán dentro de cada elección y dentro de cada comportamiento la orientación hacia una sustancial diferencia de rol que hace inviable de hecho el acceso igual a cualquier posición jurídica y social permitida a los hombres.⁴¹

No sabemos lo que les sucederá a todas las mujeres que viven allí. O lo que realmente les está pasando ahora. Solo podemos esperar que miren siempre hacia adelante: con el chador, o bajo el burka. Pero adelante.⁴²

Bibliografía

AFGHAN WITNESS (2024): “Audio clip from Taliban leader addresses stoning of Afghan women”, *CIR - Centre for Information Resilience*.

BARFIELD, Thomas (2008): “Culture and Custom in Nation-Building: Law in Afghanistan”, *Maine Law Review*, vol.60 - n.2, pp.348-373.

BARR, Heather (2021): “How the International Community Can Protect Afghan Women and Girls”, *Just Security*.

BOXER, Barbara (2002): “CEDAW - Ensuring the Rights of Women in Afghanistan and Beyond”, *Human Rights*, p.5.

CHIAVARINO, Claudia (2013): “L'educazione per la ricostruzione sociale: una ricerca in territorio afgano”, en GRZADZIEL, Darius (editor): *La ricerca a servizio dell'educazione* (Roma - LAS), pp.1-12.

CORBOZ, Julienne; GIBBS, Andrew y JEWKES, Rachel (2020): “Bacha posh in Afghanistan: factors associated with raising a girl as a boy”, *Culture, Health & Sexuality*, vol.22 - n.5, pp.585-598.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles (2017): “El delito de matrimonio forzado”, en PÉREZ, Alonso (editor): *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (Valencia - Tirant lo Blanch), pp. 494 - 511.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles (2018): “Derechos humanos, violencia y género”, en DEL CARPIO DELGADO, Juana y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (editor): *Derecho penal la espada y el escudo de los derechos humanos*, pp. 41-62.

DE MAIO, Andrea y LORIS, William (2003): “La ricostruzione dello stato di diritto in Afghanistan”, *Itinerari d'impresa*, estate-autunno 2003/lettere, pp.191-212.

⁴⁰ BARR (2021).

⁴¹ LOMBARDO (2022), p. 44.

⁴² ELLIS (2018).

D'USSEAUX, Francesca Brunetta y CECCHERINI, Eleonora (2021): "La preceptividad de la CEDAW a la luz de las reservas de carácter religioso: un equilibrio precario", *DPCE Online*, vol. 46 – n.1, pp.703-722.

EDDY, Jonathan (2009): "Estado de Derecho en Afganistán: La intrusión de la realidad", *Journal of International Cooperation Studies*, vol.17- n.2.

ELLIS, Deborah (2018): "*Sotto il burka*" (Torino - bestBUR Rizzoli)

FERGUSON, Jane (2022): "Afghanistan Has Become the World's Largest Humanitarian Crisis", *The New Yorker* 100.

FORE, Henrietta (2021): "Afghanistan: aumenta il rischio di matrimoni precoci nel paese", *Unicef*.

HAKIMI, Mehdi J. (2020): "Elusive Justice: Reflections on the Tenth Anniversary of Afghanistan's Law on Elimination of Violence Against Women", *Northwestern Journal of Human Rights*, vol. 18 – n.1, pp.52-72.

HOMA, Wahaj (2024): "Afghan girls turn to online learning, defying Taliban education ban", *VOA*.

HOSEINY, Ahadolla (2020): "Chiamami col mio nome: una conquista storica per le donne afghane" *Mondopoli*.

IL POST (2021): "Come vanno le cose con l'istruzione femminile in Afghanistan", Milano.

LOMBARDO, Maria Michela (2022): "*La violenza di genere e le mutilazioni genitali femminili nel contesto afghano*" (Ferrara – Università degli studi di Ferrara), p. 44.

MANOORI, Ukmına y LEBRUN, Stéphanie (2022): "*Le bambine non esistono*" (Milano – Libreria pienogiorno).

MILAN, Giorgia (2024): "Afghanistan - la terra delle donne senza diritti - reintrodotta la lapidazione per le donne che commettono adulterio", *Mondo Internazionale APS ETS*.

OCCHIPINTI, Sara (2021): "Afghanistan, le donne e l'obiettivo 5 dell'Agenda Onu 2030", *Altalex*.

OPEN (2021): "Il portavoce dei talebani ci riprova: «Le donne torneranno a scuola. Lo stop ora è per proteggerle»", Milano.

PANZA, Tommaso (2021): "I talebani negano al mondo femminile anche l'istruzione", *Il digitale*.

PASARLAY, Shamshad (2022): "Afghanistan's Unwritten Constitution under the Taliban", *I.CONnect*.

PRIDMORE, Saxby y GARRY, Walter (2013): "Suicidio y matrimonio forzado", *The Malaysian Journal of Medical Sciences*, vol.20 – n.2, pp. 47-51.

RAO, Bhavana y NEHRU, Jawaharlal (2016): "Reservations based on personal laws to CEDAW: a study of effect on the status of equality of women in india by comparing it with afghanistan", *Indian Law Institute Law Review*, Winter issue 2016, pp. 49-64.

RAJ, Anita; GOMEZ, Charlemagne y SILVERMAN, Jay (2008): "Driven to a fiery death—the tragedy of self-immolation in Afghanistan", *New England Journal of Medicine*, pp. 2201-2203.

RUBIN, Barnett (2020): “Constitutional Issues in the Afghan Peace Negotiations: Process and Substance”, *United States Institute Of Peace*, n.488.

SERAFINI, Marta (2022): “Afghanistan, la fine delle bambine: figlie cedute in cambio di cibo”, *Corriere della sera*.

SCOTTI, Valentina Rita (2018): “Quale stagione per le donne? I diritti delle donne in Nord Africa fra Islam e patriarcato”; en CECCHERINI (editor): *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione* (Editorial Scientifica – Napoli).

SPEROTTO, Federico (2011): “Los derechos de las mujeres en Afganistán” *Rivista di studi politici internazionali*, vol.78 – n.1, pp. 81-88.

UBBIALI, Greta (2023): “Afghanistan due anni dopo: essere donna al tempo dei talebani”, *Il Sole 24 ore*.

UNESCO (2024): “Afghanistan: 1.4 million girls still banned from school by de facto authorities”.

UNICEF (2025) “UNAMA expresses deep disappointment as ban on girls’ secondary education goes into fourth year”.

YOUSAFZAI, Malala (2021): “*Io sono Malala*” (Milano - Garzanti editore), p.192.



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>